



EXLEGE

REVISTA ELECTRÓNICA
DE DIVULGACIÓN
JURÍDICA Y CRIMINOLÓGICA

Año 1, julio-diciembre 2018



Universidad
De La Salle
Bajío



EXLEGE

REVISTA ELECTRÓNICA
DE DIVULGACIÓN
JURÍDICA Y CRIMINOLÓGICA

Editor Responsable

MANUEL VIDAURRI ARÉCHIGA

Editor Asociado

JOSÉ ENRIQUE MORALES VARGAS

Comité Editorial

DR. JUAN CARLOS FERRÉ OLIVE, *Universidad de Huelva*

DRA. IRINA GRACIELA CERVANTES BRAVO, *Universidad de Nayarit*

DRA. MA. PAULA DIAZ PITA, *Universidad de Sevilla*

DRA. ELENA MOLINA CAÑIZO, *Universidad Iberoamericana, plantel Ciudad de México*

DR. ANTONIO MUÑOZ AUNIÓN, *Universidad Autónoma de Chile*

DR. JOSÉ JESÚS SORIANO FLORES, *Universidad de Guanajuato*

MTRO. OMAR VIELMA LUNA, *Universidad Autónoma de Querétaro*

DRA. KARLA VILLAREAL SOTELO, *Universidad Autónoma de Tamaulipas*

DR. FRANCISCO JAVIER GORJÓN GÓMEZ, *Universidad Autónoma de Nuevo León*

DRA. GLORIA MARGARITA PUENTE DE LA MORA, *Universidad de Colima*

Consejo de Redacción

MARIELA DEL CARMEN HUERTA GUERRERO

FERNANDO MÁRQUEZ RIVAS

ZARA BEATRIZ VARGAS MONTELONGO

JOSÉ ENRIQUE MORALES VARGAS

MANUEL VIDAURRI ARÉCHIGA

EXLEGE

Revista electrónica de divulgación jurídica y criminológica

Nueva época

Año 1, núm. 2, julio-diciembre 2018

PRESENTACIÓN

MARIELA DEL CÁRMEN HUERTA GUERRERO 3

ARTÍCULOS

La cadena de custodia como elemento rector en el manejo del material de prueba

RUBÉN ALDANA SOLORIO 7

Reflexiones en torno a la violencia

AÍDA LETICIA GARCÍA JUÁREZ15

Principio pro persona y su retroceso a la luz de la
contradicción de tesis 293/2011

GERARDO JUVENAL JIMÉNEZ ALEMÁN19

Transfusiones sanguíneas en menores y conflicto de intereses en los
profesantes de la religión denominada “Testigos de Jehová”

CARLOS MUÑOZ JIMÉNEZ29

Inconstitucionalidad de los delitos graves oficiosos establecidos
en el artículo 11 del Código Penal para el estado de Guanajuato

FRANCISCO RAMOS TRISTÁN45

La empresa como ente jurídico

BRANDON RODRIGO RODRÍGUEZ DURÁN71

Análisis técnico jurídico de los procedimientos cautelares
en el estado de Guanajuato

RODRIGO GUADALUPE RODRÍGUEZ VÁZQUEZ79

| | |
|---|-----|
| Los derechos humanos en la sociedad mexicana | |
| ANA GABRIELA PADILLA HERNÁNDEZ | 93 |
| ¿Es necesario un impuesto verde? | |
| CLARA MARÍA PÉREZ VILLALOBOS | 105 |
| Criminalidad de menores: una aproximación criminológica | |
| GABRIEL ARTURO YÁÑEZ SALDAÑA | 123 |
| Criterios editoriales | 133 |

PRESENTACIÓN

Con mucho gusto dejo a disposición de las y los lectores este segundo número de la revista *ExLege* en su nueva época. Los trabajos que se presentan son el resultado del esfuerzo y dedicación intelectual de profesores y estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad De La Salle Bajío quienes, con entusiasmo e interés legítimo por el progreso de las ciencias jurídicas y criminológicas, han redactado importantes estudios para este volumen.

Siguiendo las políticas institucionales, las y los autores han orientado sus aportaciones a la búsqueda de soluciones a problemáticas concretas. Sus planteamientos atienden a necesidades prácticas o requerimientos conceptuales indispensables en las disciplinas que les son propias. No cabe duda que, progresivamente, la tarea de investigación que se realiza en esta institución adquiere relevancia y calidad.

Quiero reconocer en nombre propio y de la institución que tengo el privilegio de dirigir, a todas y todos los autores que colaboran en *ExLege*, de modo especial a su editor responsable, doctor Manuel Vidaurri Aréchiga, profesor e investigador de tiempo completo de nuestra Facultad, así como al editor adjunto, maestro José Enrique Morales Vargas, quienes han atendido las responsabilidades que a dichas encomiendas les son propias, lo que ha arrojado como resultado la oportuna edición de este producto.

Por las características de la revista, han quedado pendientes para siguientes números otros materiales, mismos que reflejan el creciente interés que la planta docente y estudiantil han mostrado en el fortalecimiento de *ExLege*. Aprecio enormemente sus aportaciones, mismas que, valga decir, verán la luz muy pronto.

Concluyo, otra vez en nombre propio, de docentes, alumnos y personal administrativo de la Facultad de Derecho, quienes con agradecimiento inmenso dedicamos este número, *in memoriam*, al maestro Rodrigo Guadalupe Rodríguez Vázquez, admirado profesor, destacado juez, además de amigo leal y generoso que en vida fue.

Indivisa Manent

Mariela del Carmen Huerta Guerrero
*Directora de la Facultad de Derecho
Universidad De La Salle Bajío*

ARTÍCULOS

LA CADENA DE CUSTODIA COMO ELEMENTO RECTOR EN EL MANEJO DEL MATERIAL DE PRUEBA

RUBÉN ALDANA SOLORIO¹

Sumario

1. Introducción. 2. Criminalística. 3. Cadena de custodia. 4. Conclusiones

Resumen

La cadena de custodia es un procedimiento creado para dar certeza y seguridad en el manejo de los diversos indicios localizados en el lugar de los hechos de un probable hecho delictuoso, es importante cuidar su manejo y su adecuado traslado entre los diversos peritos que estudian y analizan estos indicios, con el fin de convertirlos en pruebas que serán el fundamento científico para demostrar la participación de los involucrados en un hecho, para así tener el cimientito y lograr la convicción plena en el juez para demostrar un delito, y por ende, conseguir una sentencia de culpabilidad o inocencia. La cadena de custodia es un importante elemento como rector en el manejo del material de prueba.

1. Introducción

En nuestro país, desde 1917, el sistema de justicia estuvo basado en un procedimiento de tipo inquisitorio mixto donde el ministerio público tenía la función de realizar la

¹ Catedrático de la Licenciatura en Criminología y Criminalística de la Universidad De La Salle Bajío.

investigación de los delitos cometidos, ya fuera por denuncia de la víctima o de oficio. En base a la magnitud del delito, este sistema de procuración contaba con deficiencias en el proceso, que hacían complicado su seguimiento y finalización, a causa de la abundante carga de trabajo que recaía en la persona encargada de la investigación. Otra de las grandes deficiencias de tal proceso es que al ser de corte inquisitorio solo se requería para resolverse, por regla general, a través de la confesión del reo, dado que la constatación de la culpabilidad requería al menos la confirmación por dos testigos, que rara vez se conseguía ser presentada. Todo este procedimiento dejaba en desventaja jurídica al indiciado.

Como consecuencia de este sistema precario, a los tiempos modernos donde la sociedad está más involucrada en aspectos de seguridad y procuración de justicia, así como a los constantes cuestionamientos hechos por grupos defensores de derechos humanos, se inició una gran labor para reformar el sistema penal en México; así es como el 18 de junio de 2008 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se reforman los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Mediante tal reforma constitucional, el procedimiento penal transita del procedimiento semi-inquisitorio, al acusatorio y oral, cuyos principios (publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación) recoge el artículo 20 constitucional (Castro, 2011).

Este nuevo sistema de justicia penal está conformado en su estructura, tanto en el tema de los juicios orales como de salidas alternas, para dar solución efectiva, pronta y expedita al conflicto penal. No debemos perder de vista que el objetivo no es que todos los casos se resuelvan con juicios orales, pero sí que un porcentaje elevado se solucione efectivamente por medio de las salidas alternas, pues hay muchas causas que ingresan a diario en el sistema de impartición de justicia que pueden ser resueltas por medio de las salidas alternas y de esta manera dárseles una solución adecuada.

El 10 de junio de 2011 se publicó una importante reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de manera particular destaca la transformación del artículo 1º, pues se coloca en el centro de la actuación estatal la protección y garantía de los derechos humanos y vincula a todas las autoridades estatales respecto de los derechos y obligaciones en ella reconocidos.

Aunque la existencia de protocolos, lineamientos o directrices, dirigidos a los servidores para la debida preservación y procesamiento del lugar de los hechos, o del hallazgo de hechos presuntamente delictivos, favorece condiciones para que las investigaciones incrementen su eficiencia y contribuyan al esclarecimiento de los hechos (lo

que en consecuencia impacta positivamente en el acceso de los titulares de derechos al goce de los mismos), la sola existencia de estas herramientas técnico-científicas no basta. La obligación de respetar exige que el Estado y sus servidores públicos no obstaculicen o impidan el goce o el ejercicio de los derechos humanos. En otras palabras, la obligación de respetar implica que los servidores públicos no violen —por acción u omisión— los derechos fundamentales de las personas. Ello supone que los servidores públicos involucrados en el trabajo de preservación del lugar de los hechos, y en la cadena de custodia, apliquen escrupulosamente estas normas, que al ser emitidas a través de la figura del Acuerdo del titular de su dependencia tienen plena vigencia jurídica. Lo anterior es de nodal importancia, además de la observancia de los protocolos (Cortez, 2014).

Uno de los aspectos importantes en este nuevo sistema penal acusatorio es que el indiciado es inocente hasta que se demuestra su culpabilidad, ante eso se le respetan siempre sus derechos, lo cual trae como consecuencia que probar su culpabilidad esté totalmente basado en pruebas científicas bien establecidas y bien realizadas, por lo consiguiente es importante hacer referencia a algunos conceptos básicos para su entendimiento pleno.

2. Criminalística

La criminalística cuenta con muchas definiciones dadas por los diversos autores que la han estudiado, pero en concreto podemos considerarla como “la profesión y disciplina científica dirigida al reconocimiento, individualización y evaluación de la evidencia física, mediante la aplicación de las ciencias naturales, en cuestiones legales” (Guzmán, 2000). La criminalística, entonces, está basada en el método científico en su variante inductivo–deductivo.

Desde el año de 1910, el criminólogo francés Edmon Locard, describió “el principio de intercambio”, afirmando que todo criminal en su paso por la escena del delito deja una parte de sí, y se lleva consigo, deliberada o inadvertidamente algo de la propia escena, esta es la razón de la importancia del material sensible significativo dejado en el lugar de los hechos, el cual deberá ser utilizado en el proceso; nos referimos como sensible porque puede ser alterado, modificado o destruido si no se realiza un adecuado manejo del lugar, estos elementos físicos al ser recuperados del lugar de los hechos se convierten en indicios, los cuales son remitidos a las diversas áreas forenses para ser procesados y estudiados, en base a métodos científicos aceptados, y se conviertan en material de prueba para ser presentados en el juicio oral, con el fin de demostrar y probar lo acontecido en el momento del delito.

3. Cadena de custodia

La cadena de custodia es un método diseñado para controlar la confiabilidad en la prueba, la cual considero que se inicia desde la localización del material sensible significativo en el lugar de los hechos, esto nos fundamenta la importancia de la preservación del lugar, evitando en lo mayor posible la contaminación de dicho espacio físico, lo que nos exige la pronta actuación de las autoridades para la protección del citado sitio.

La cadena de custodia encuentra su fundamento jurídico en el Código Nacional de Procedimientos Penales o CNPP, en sus numerales 227 y 228, que a la letra dictan:

Artículo 227. Cadena de custodia. La cadena de custodia es el sistema de control y registro que se aplica al indicio, evidencia, objeto, instrumento o producto del hecho delictivo, desde su localización, descubrimiento o aportación, en el lugar de los hechos o del hallazgo, hasta que la autoridad competente ordene su conclusión.

Con el fin de corroborar los elementos materiales probatorios y la evidencia física, la cadena de custodia se aplicará teniendo en cuenta los siguientes factores: identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, empaque y traslado; lugares y fechas de permanencia y los cambios que en cada custodia se hayan realizado; igualmente se registrará el nombre y la identificación de todas las personas que hayan estado en contacto con esos elementos.

Artículo 228. Responsables de cadena de custodia. La aplicación de la cadena de custodia es responsabilidad de quienes, en cumplimiento de las funciones propias de su encargo o actividad, en los términos de ley, tengan contacto con los indicios, vestigios, evidencias, objetos, instrumentos o productos del hecho delictivo.

Cuando durante el procedimiento de cadena de custodia los indicios, huellas o vestigios del hecho delictivo, así como los instrumentos, objetos o productos del delito se alteren, no perderán su valor probatorio, a menos que la autoridad competente verifique que han sido modificados de tal forma que hayan perdido su eficacia para acreditar el hecho o circunstancia de que se trate. Los indicios, huellas o vestigios del hecho delictivo, así como los instrumentos, objetos o productos del delito deberán concatenarse con otros medios probatorios para tal fin. Lo anterior, con independencia de la responsabilidad en que pudieran incurrir los servidores públicos por la inobservancia de este procedimiento. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015).

El artículo 227 del CNPP, nos refiere que la cadena de custodia inicia desde el descubrimiento del indicio en el lugar hasta ser presentado en el juicio y se deberá hacer seguimiento del dicho en todo momento durante su investigación; asimismo, el artículo 228 se refiere a quiénes son los responsables del cuidado y manejo de este material.

Para lograr la estandarización de los métodos de procesamiento del lugar de los hechos la Procuraduría General de la Republica a través del INACIPE publicó dos

manuales, donde se plasman los lineamientos a seguir en la investigación, y para este fin el proceso se plasma en siete etapas a seguir, las cuales son “Primera fase. Protección y preservación del lugar de los hechos; Segunda fase. Recopilación de la información preliminar; Tercera fase. Observación, valoración y planificación; Cuarta fase. Fijación del lugar de los hechos; Quinta fase. Búsqueda y tratamiento de las evidencias; Sexta fase. Liberación del lugar de los hechos; Séptima fase. Documentación y remisión de evidencias”. (GITEC, 2011).

Así, podemos definir la cadena de custodia como el procedimiento encaminado a demostrar fehacientemente el origen y pasos que siguió el indicio hasta convertirse en prueba durante el juicio oral; por consiguiente, el objetivo primordial de la cadena es mantener el indicio en perfectas condiciones y sin alteración a lo largo del proceso de estudio científico del mismo, por ello podemos dividirlo en dos etapas, por un lado el seguimiento que tuvo por parte del personal que lo manejó desde su recolección e investigación, lo cual se hace a través del llenado de los formatos elaborados para este fin, en donde se consignan elementos básicos como el nombre del personal, la fecha, la hora, número de indicio y las condiciones en las que se encuentra el mismo; y por el otro lado las condiciones de conservación para evitar alteraciones de la muestra que repercutan en el resultado de las pruebas, por ejemplo, las muestras biológicas deberán ser conservadas en condiciones de refrigeración adecuada durante todo su proceso.

Por consiguiente, la pregunta que surge es ¿dónde inicia la cadena de custodia?, a partir de lo analizado podemos referir que inicia en el propio lugar de los hechos, para lo cual podemos hacer referencia que una buena cadena de custodia se hace desde la protección y resguardo apropiado del lugar, y se continúa cuando se cumplen en forma adecuada las fases que hace referencia el manual de buenas prácticas en el lugar de los hechos. Por otro lado, se sigue con el llenado correcto del acta del sitio de lo acontecido y el registro completo de las personas que intervienen en el procesamiento del mismo; y se continúa con la recolección de los indicios, su correcto embalaje en los contenedores apropiados con el llenado completo de los datos y el sellado de las bandas de seguridad, para seguir luego con el manejo y traslado de las mismas a la agencia del ministerio público para su distribución a los diversos laboratorios forenses para la práctica de la investigación de las mismas y la integración de los informes periciales, así como la devolución al almacén de evidencias para su resguardo y protección. Finalmente, no debemos olvidar el correcto llenado de los formatos diseñados para la cadena de custodia, los cuales se deben requisitar y firmar en el momento.

4. Conclusiones

A partir de las reformas realizadas en el 2008 con la introducción del nuevo sistema penal de corte acusatorio oral, la prueba pericial se ha convertido en el elemento principal para demostrar la participación de los involucrados en un hecho delictivo, así como el grado de participación de cada uno y cómo se dieron los hechos al momento, a raíz de esto se busca que los indicios no sean alterados, modificados, o que sean falsificados, para lo cual se creó la cadena de custodia, con el fin de cuidar el procedimiento que se debe seguir en forma clara y elaborada para mantener el valor de los indicios durante el procedimiento y, por consiguiente, se cumplan los principios establecidos para este sistema de justicia utilizado en nuestro país.

Referencias

- Castro, J. N. et al. (2011). *El nuevo sistema de justicia penal acusatorio, desde la perspectiva constitucional*. México: SCJN.
- GITEC. (2011). *Manual de buenas prácticas en la escena del crimen*. México, D.F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- González Obregón, D. C. (2014). Manual práctico del Juicio Oral. En D. C. González Obregón, *Manual práctico del Juicio Oral*. México, D.F.: Tirant Lo Blanch.
- Guzmán, C. A. (2000). *Manual de criminalística*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca.

Recursos en línea

http://www.imdhd.org/doctos/IMDHD2_Protocolos.pdf

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf.

<http://www2.scjn.gob.mx/Penal/Anexo/CodNalProcPenales.pdf>



<http://www.fge.yucatan.gob.mx/rt.php?seccion=ponte-xux&subseccion=galerias&accion=-detalles&id=2375&titulo=permite-cadena-de-custodia-certeza-en-indicios-que-llegan-al-juzgado>

REFLEXIONES EN TORNO A LA VIOLENCIA

AÍDA LETICIA GARCÍA JUÁREZ*

Desde que el hombre surge sobre la faz de la tierra ha luchado por sobrevivir, por adaptarse al medio pero transformándolo, este ha sido el único ser animal que ha logrado no solo adaptarse sino modificar el medio a sus necesidades.

Al igual que los demás animales el hombre debe su supervivencia a su agresividad, instintivamente lucha por sobrevivir, y en esa lucha también fue evolucionando, logró la transformación de su medio; la agresividad es un instinto innato que permitió al hombre perdurar al paso del tiempo y ponerse a la cabeza en la evolución de las especies.

Esta hegemonía también ha dado al hombre otras características que desarrolló a lo largo de la convivencia social, en él se observa que a la par de la agresividad para conquistar el medio, y que lo lleva a ser mejor, también desarrolla una actitud para rendir a los demás seres y ejercer un dominio sobre ellos, lo cual le llena de poder y lo envanece, al punto que tal agresividad la convierte en violencia, con la que logra ser o sentirse superior.

La violencia no es el instinto por sobrevivir, sino una actitud de poder sobre otros. La violencia es un fenómeno social, y es en la sociedad donde la vemos reflejada desde diferentes matices y escenarios. Esta violencia acompaña al hombre en todas sus etapas de vida, se va gestando, forma parte de su día a día, se aprende y es ahí donde radica su poder, su importancia y la dificultad para erradicarla.

El niño desde que nace e interactúa con su medio, comienza a ser parte de un núcleo social, la familia, en la cual se generan diversas interacciones entre sus miembros, formas de convivencia que el menor aprenderá y marcarán su manera de relacionarse y la construcción de lazos con otras personas.

* Catedrática de la Licenciatura en Criminología y Criminalística de la Universidad De La Salle Bajío.

En México, en la mayoría de los hogares se educa a los hijos con violencia, se establecen relaciones de conveniencia y temor, más que de respeto y amor, los niños obedecen a sus padres no porque los respeten o porque aprendan que es lo óptimo, sino porque temen al castigo, tienen miedo a la amenaza que conlleva la orden dada por el padre o la madre, no hay diálogo que permita hacerles ver las necesidades del hogar y la importancia de su participación en ellas; no hay negociación, simplemente se les ordena cumplir con las obligaciones impuestas.

Los niños tienen en sus hogares más obligaciones que derechos, y el cumplimiento a esas obligaciones generalmente va acompañado de imposiciones, órdenes, coerción o chantaje, mientras que en muy pocos casos de convencimiento, o de invitación a hacerlo partícipe de la dinámica familiar, como de una forma de convivir e introyectar en él los valores y las normas sociales de su grupo familiar.

El niño al saberse “protegido y amado” por sus padres aprende esta forma de “amar”, donde el amor se condiciona a su buen comportamiento, su sumisión al poder del más fuerte o del líder, su alegría depende de la alegría de otro, su confianza siempre estará en manos de otro, establecerá sus futuras relaciones bajo esos parámetros.

Los padres pueden pensar que todo lo hacen por el bien de sus hijos, al procurarlos y formarlos de acuerdo a como fueron procurados y educados, sin embargo, es esta forma de educación la que no les permite darse cuenta que existen otras formas de educar, ya que los menores ahora se enfrentan a otros medios de información y formación, o alienación, que los llevan a cuestionar su realidad o a mirarla desde otra perspectiva que puede no corresponder a su cultura.

Hoy en día los menores son expuestos a los medios masivos de comunicación, que sin la vigilancia y guía de los padres pueden convertirse en una pésima influencia para su desarrollo, porque los niños reproducirán lo aprendido o visto en los programas televisivos como si lo hubieran visto en casa.

La mayoría de los programas televisivos están plagados de violencia, de relaciones donde alguien somete o daña a otras personas, donde los valores se encuentran trastocados, generándose antivalores; los niños observan cómo un delincuente justifica su conducta y sale victorioso, o panoramas donde no necesitas trabajar o estudiar para tener éxito, o bien, donde las niñas son cenicientas y los niños antihéroes.

La violencia social también se encuentra a su alcance debido a la difusión que se le hace a través de los medios masivos de comunicación, pues es tal el bombardeo de información criminal que para los menores se vuelve algo cotidiano, con ello, le van restando importancia a dichos sucesos.

Ahora bien, el niño al ingresar a la escuela amplía su universo social y confronta su manera de ser con la de otros, y es en la escuela donde desarrolla habilidades sociales que lo harán o no integrarse a nuevos grupos sociales.

El papel de los maestros en esta etapa es decisivo, pues el menor confronta su mundo con el mundo de sus compañeros; ahora, además, con el mundo presentado en las redes sociales y en los medios masivos de comunicación, por lo que es de vital importancia el papel del profesor, no solo como trasmisor de información, sino también para orientar a los alumnos en la búsqueda de información y en el análisis que de ella hagan para utilizarla e interpretarla de una manera más adecuada.

La labor de la escuela debe transformarse, dejar de lado métodos verticales autoritarios y transmisores de “verdad”. La escuela debe ser más democrática, con una disciplina más enfocada a coordinar los derechos con los deberes de manera eficaz, donde los alumnos aprendan a defender sus derechos sin descuidar los deberes que se adquieren al ser parte de una sociedad, una educación más coherente con la realidad que se vive, que genere alumnos mayormente participativos de su acontecer social.

Nuestras escuelas deben estar atentas a la violencia que se genera dentro de sus paredes, pues hoy por hoy el bullying ya forma parte de las relaciones entre escolares, aunque esto no es algo nuevo, es una realidad que ha existido siempre, pero cuyas manifestaciones cada día son más alarmantes, ya que al salirse de contexto requiere que los profesores tomen cartas en el asunto de una manera más activa mediante un plan de acciones que abarque el reconocimiento de que existe y el impacto que tiene en la comunidad escolar, promoviendo la cultura de la denuncia para evitar que se replique, que se analicen esas conductas y se consense su erradicación, para así combatir la permisividad de la violencia entre iguales (el clásico “si te pegan pega” o algo peor, “si te dejas te pego”).

La violencia en la escuela afecta a los menores, ya sean víctimas, agresores o espectadores, porque en todos deja una marca que definirá sus relaciones sociales. Esta marca dejada por este tipo de violencia social afectará en su vida futura, a las víctimas las hará inseguras, temerosas, con baja autoestima, o tal vez generen sentimientos de ira e impotencia que puede desencadenar en eventos como los ocurridos en escuelas de Estados Unidos. Mientras que a los agresores los llevará a una pérdida de conciencia moral, a identificarse con la violencia como único medio de obtener algo, a abusar de su fuerza cada vez con mayor frecuencia. Y a los espectadores les producirá sentimientos encontrados, por un lado miedo a ser sujetos de abuso, por otro, ira ante el abuso, y lo más preocupante, apatía o risa, a tener poca solidaridad, a ser permisivos y tolerantes ante el abuso.

La violencia escolar es una conducta que debemos erradicar, ya que día a día se convierte en una forma de interrelación y va desde la violencia sutil hasta la directa. Si este problema no se atiende en las aulas podríamos hacer que se justifique y se convierta en una forma de “hacerse más fuerte”. Debemos evitar por escudar al agresor de manera sutil y de condenar a la víctima, se debe tener cuidado en no crear antihéroes entre los menores, pues ellos fácilmente etiquetan al agresor o al abusador como un líder que no tiene miedo, y esto legitima el abuso como algo positivo que acarrea popularidad.

De igual forma, la violencia se da en la sociedad, en todos los grupos sociales se legitima el abuso y se pierde terreno en la generación de valores como el respeto, la tolerancia, la solidaridad, la amistad y el amor.



Imagen tomada de: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/09/15/reflexiones-sobre-los-alimentos-provisorios-en-el-procedimiento-de-violencia-familiar/>

PRINCIPIO PRO PERSONA Y SU RETROCESO A LA LUZ DE LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011

GERARDO JUVENAL JIMÉNEZ ALEMÁN*

Sumario

1. Introducción 2. Derechos humanos y sus principios. 3. Interpretación conforme y principio pro persona. 4. El principio pro persona y la contradicción de tesis 293/2011. 5. Un Retroceso.

Resumen: En junio de 2011 se reformó la Constitución Federal mexicana, lo cual presentó un nuevo modelo en la forma concebir y aplicar los derechos humanos. En dicha reforma se plasmaron principios que rigen a los derechos humanos y la forma de su interpretación (interpretación conforme y pro persona). Ahora bien, en abril del 2014 se publicó la contradicción de tesis 293/2011 por nuestra Suprema Corte, originando un criterio jurisprudencial que trastoca la aplicabilidad del principio pro persona.

Palabras clave: Derechos humanos, principio pro persona, contradicción de tesis 293/2011.

1. Introducción

En junio de 2011 se reformó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para dar paso con ello a un nuevo modelo en la forma concebir y aplicar los derechos humanos en nuestro país. Entre otros, se reformó el artículo primero de nuestra Constitución Federal, en el cual se plasmaron los principios que rigen a los derechos

* Catedrático de la Licenciatura en Derecho de la Universidad de La Salle Bajío.

humanos y la manera en que los mismos han de interpretarse, como lo son el principio de interpretación conforme y el principio pro persona, y en abril del año 2014 se publicó la contradicción de tesis 293/2011 emitida por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de la cual se originó un criterio jurisprudencial que trastoca la aplicabilidad del principio pro persona.

En el presente trabajo se analizarán los principios que rigen los derechos humanos, los criterios para la interpretación de los mismos y la manera en la cual se afectan según lo resuelto en la contradicción de tesis 293/2011 solventada por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

2. Derechos humanos y sus principios

Primeramente, ha de comenzarse por conceptualizar los derechos humanos: “son prerrogativas mínimas que todo miembro de la especie humana, por su propia naturaleza, deben gozar, y cuyo respeto y observación deben ser garantizados por el Estado en todo tiempo y lugar, pues a través de ellas se concretan las exigencias de la dignidad humana” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, p. 5). Para Ferrajoli, en traducción de Carbonell, son “derechos que están adscritos a todos en cuanto personas, o en cuanto ciudadanos o personas con capacidad de obrar, y que son por tanto indisponibles e inalienables” (Ferrajoli, 2007, p. 8).

Una de las características que tienen los derechos humanos, según se advierte de lo anterior y que es importante destacar, es que su observancia debe ser garantizada por el Estado: “la autoridad política debe velar porque todos los seres humanos disfruten efectivamente de sus derechos esenciales, derechos que constituyen en límites inquebrantables para el ejercicio del poder público” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, p. 6). Esta característica no solamente es inherente a los derechos humanos, además está reconocida por nuestra Constitución Política en su artículo primero: “todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”.

Por lo que hace a los principios que rigen los derechos humanos, el texto Constitucional reconoce los siguientes: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Para una mejor comprensión del contexto en el cual ahora se entiende a los derechos humanos, a continuación se abordarán cada uno de los principios mencionados.

El principio de universalidad de los derechos humanos implica que “estos corresponden a todas las personas por igual” (Rojas, 2013, p. 38), entendiéndose que para

la aplicación de estos derechos no será obstáculo la raza, género, edad, nacionalidad, ni algún otro criterio que permita discriminación, por el contrario, se aplican a todos los seres humanos por igual. Entendemos la universalidad desde un punto de vista práctico, la cual debe permitir la ampliación de los titulares de los derechos y de las circunstancias protegidas por esos derechos, hasta lograr que todas las personas, en todo tiempo y lugar, gocen efectivamente de ellos (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, p. 39). Como consecuencia de este principio:

es que de ninguna manera y bajo ningún aspecto puedan utilizarse como justificación para no reconocer los derechos a algún individuo o grupo las especificidades y características propias de una cultura determinada, por el contrario, estas diferencias culturales deben usarse para desarrollar los derechos en ese ámbito, de manera que tengan plena vigencia y puedan establecerse los adecuados medios para su protección y garantía. (UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 1044).

Por su parte, el principio de interdependencia “tiene como base el hecho de que los derechos humanos se encuentran relacionados o conectados entre sí, y que, en consecuencia, la satisfacción o la afectación a alguno de ellos tiene efectos en el goce y eficacia de otros”. (UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014; Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, p. 39). Dicho principio se debe entender como un “vínculo ineludible entre todos los derechos humanos, de tal forma que el disfrute de uno depende de la realización de otro u otros, y a contrario sensu, la privación de uno, menoscaba el resto” (UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 559). Implica pues, que se deben respetar los derechos humanos, entendiendo el vínculo que hay entre ellos, no permitiéndose entonces que un derecho humano sea violentado alegando la aplicación de otro.

A su vez, el principio de indivisibilidad es entendido como aquel que tiene una visión de los derechos humanos como un todo y no de manera separada: “todos los derechos humanos se encuentran unidos, ya no por razones de dependencia, sino porque de una forma u otra ellos forman una sola construcción. Por tanto, si se realiza o se viola un derecho, impactará en los otros derechos, más allá si existe o no una relación de dependencia inmediata entre ellos” (UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 155).

Por último, el principio de progresividad “se refiere a que en todas las cuestiones relativas a los derechos humanos, tales como su reconocimiento y protección, debe buscarse un constante avance o mejoramiento; y, en contrasentido, apunta a la no regresividad, esto es, a que una vez que se ha alcanzado un determinado estándar no se admitan medidas en retroceso” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, p. 44).

Mediante el respeto a este principio es que se impone al Estado la búsqueda constante del reconocimiento y respeto a los derechos humanos, además, implica la prohibición de menoscabar derechos que ya se han reconocido, implicando una irreversibilidad que consiste precisamente “en la imposibilidad de suprimir la condición de un Derecho Humano, una vez que el Estado lo ha reconocido mediante un instrumento jurídico” (Ramírez, 2011, p. 73). Este principio se encuentra relacionado con la evolución de la protección de los derechos humanos en instrumentos y por instituciones internacionales, también conocido como principio de integridad maximadora de los derechos, implica el desarrollo y amplitud de protección de los derechos humanos y en ningún momento pueden ser restrictivos o ser aplicados con una menor protección de la que ya se ha usado con anterioridad (Bustillo, p. 21).

Es así como los principios que rigen los derechos humanos a su vez rigen la forma en que estos deben ser concebidos, y a su vez proporcionan directrices para la correcta aplicación de los mismos; es deber de las autoridades aplicar y respetar las normas de derechos humanos a la luz de los principios que los rodean, no solamente porque así lo manda la Constitución en su artículo 1ero, sino porque de hacerlo de manera contraria se estaría desnaturalizando la propia finalidad de los mismos.

3. Interpretación conforme y principio pro persona

Otro rubro importante que nos dejó la reforma es en cuanto a los principios que las autoridades deben utilizar al momento de interpretar los derechos humanos, en el artículo primero de nuestra Constitución Federal el legislador plasmó dos, el de “interpretación conforme” y “pro persona”, los cuales encontramos en el párrafo segundo del artículo primero constitucional.

La interpretación conforme consiste en “armonizar cualquier norma en materia de derechos humanos con el estándar que se considere más alto, ya sea que provenga de la propia Constitución —fuente interna— o de un Tratado Internacional —fuente externa—” (Rojas, 2013, p. 36). Para Ferrer Mac-Gregor, el concepto es

la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como la jurisprudencia de los Tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección (UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 358).

La interpretación de la norma por parte de nuestros tribunales de acuerdo al principio de interpretación conforme, implica que “en el supuesto de que una norma admita diversas interpretaciones, debe optarse por aquella que esté en armonía con la Constitución y con los Tratados Internacionales” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, p. 66).

Es importante resaltar en este punto, como lo explica Caballero Ochoa, que la base para la interpretación no solamente lo constituye nuestra Constitución, sino además los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y aquellos que propiamente no sean de derechos humanos pero que tengan contenida la protección de alguno de estos (UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 116).

Bajo estas premisas, no se debe entender la interpretación conforme como un mero parámetro sobre jerarquización de normas, sino que debe ser entendido como aquel principio que expande el espectro de aplicación de los derechos humanos. La interpretación conforme no busca simplemente el aplicar una norma porque está en un Tratado Internacional o en nuestra Constitución, sino que va más allá, precisamente lo que hace es una armonización de los derechos humanos. Caballero Ochoa expone sobre este punto que la finalidad de la cláusula de interpretación conforme, no solo es resolver problemas cuando haya una colisión entre normas “sino preferentemente la expansión de los derechos, su integración en clave de armonización; desde luego, ejerciendo una ‘actividad creativa’ que haga compatible la norma nacional de cara al ‘parámetro convencional’ y, al preferir las interpretaciones más expansivas, desechar las convencionales o las de menor efectividad en la protección de los derechos” (UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 120).

Por otra parte, tenemos el principio pro persona, el cual como ya se ha señalado, también fue incluido en el artículo primero Constitucional segundo párrafo, es otro de los parámetros a tomar en cuenta para la interpretación y aplicación de los derechos humanos, y se puede definir como el

criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre (Medellín, 2013, p. 19).

El principio pro persona implica pues que el reconocimiento de un derecho humano puede estar contenido en más de una norma, y nos da luz sobre cuál es la norma a aplicar en estos casos, siempre partiendo de “a) acudir a la norma más amplia, o a

la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos, b) e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o de su suspensión extraordinaria” (Rojas, 2013, p. 37).

Cobra relevancia señalar que este principio de interpretación no hace una diferencia en cuanto a la fuente de la norma, no es relevante el origen de la misma “aquella norma que mejor proteja los derechos y libertades o aquella que menos los restrinja, sin importar si es de origen nacional o internacional” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, p. 71), de lo que se advierte que con la inclusión del principio pro persona lo que buscó el Estado mexicano fue el pleno respeto a los derechos humanos, lejos de una jerarquización de los mismos.

Lo anterior se puede entender de esa manera, ya que nuestra Constitución ya contaba con una serie de derechos humanos reconocidos, pero al incluir en el texto constitucional como fuente de los derechos humanos, incluso tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, es indudable que se amplía el espectro de protección de los mismos.

En el caso concreto, lo que el principio pro persona establece es que cualquier autoridad al momento de resolver sobre una cuestión que atañe a derechos humanos, deberá buscar entre las diversas normas que converjan en ese punto y aplicar la más favorable o la que menos restrinja, sin importar si la norma se encuentra en un tratado internacional, constitución, legislaciones estatales, etc. Cuestión que hoy en día se ha visto mermada por un criterio que ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el cual es objeto de análisis en el presente trabajo, mismo que se abordará a continuación.

4. El principio pro persona y la contradicción de tesis 293/2011

El 14 de abril de 2014 se publicó la resolución a la contradicción de tesis 293/2011 emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la cual nuestro máximo tribunal se avocó al estudio de *la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en relación con la Constitución*.

En un primer momento, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que acorde a lo dispuesto por el artículo 133 Constitucional, la propia corte en el pasado había interpretado que tratándose de tratados internacionales, estos tenían una posición jerárquica por debajo de la Constitución, pero que estaban encima del resto de normas que conforman nuestro sistema jurídico, pero de igual manera reconoció que a la luz de las reformas realizadas al artículo primero constitucional, era necesario adop-

tar un nuevo enfoque, ya que lo que estaba en juego ahora no eran solamente tratados internacionales, sino aquellos que atañen a derechos humanos. En tal sentido, la corte reconoce que los derechos humanos pueden provenir tanto de la propia Constitución como de los Tratados Internacionales, y expresamente la resolución enuncia que “la nueva conformación del catálogo de derechos humanos no puede ser estudiada en términos de jerarquía, pues la reforma constitucional modificó el artículo 1º precisamente para integrar un catálogo de derechos y no para distinguir o jerarquizar esas normas en atención a la fuente de la que provienen” (Contradicción de tesis 293/2011, 2014).

En tal resolución, la Suprema Corte además aduce realizar una interpretación armónica de los preceptos constitucionales que involucran el objeto de estudio, e interpreta que de la parte final del artículo 1ro constitucional se puede obtener que cuando haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos se deberá estar a lo que indica la norma constitucional. También invoca las reformas realizadas a los artículos 15 y 105 constitucionales y concluye:

Por consiguiente, resulta evidente que una interpretación sistemática de los artículos reformados conduce a la ineludible conclusión de que existen normas internacionales que, por reconocer derechos humanos, adquieren un papel o rol preponderante dentro de nuestro ordenamiento jurídico, al convertirse en parte integrante del parámetro de control de regularidad conforme al cual se estudia la validez del resto de las normas jurídicas que conforman el ordenamiento jurídico mexicano (Contradicción de tesis 293/2011, 2014).

Y de repente sin más ni más, y aun cuando del propio texto de la resolución no se encuentra fundamento lógico, la corte inexplicablemente enuncia:

De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1º, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado (Contradicción de tesis 293/2011, 2014).

Y con ello nace la Jurisprudencia de rubro: “Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, constituyen el parámetro de control

de regularidad constitucional, pero cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquellos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional”.

5. Un Retroceso

Con el nacimiento de esta jurisprudencia se genera lo que podría ser el mayor retroceso en cuanto a los fines de la reforma en derechos humanos y su aplicación práctica, en concreto la aplicación del principio pro persona. Lo anterior se puede entender así, ya que como se ha mencionado, el principio pro persona implicaba poner como eje fundamental el respeto a los derechos humanos de los individuos, permitía aplicar la norma de estos que favoreciera más a la persona sin importar en donde se encontraba esta norma, llámese Constitución o tratado internacional, sin embargo, con el criterio que ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, esto ya no es así, porque ahora se podrá aplicar la norma que favorezca más a la persona, pero siempre y cuando este derecho humano no se encuentre restringido en la Constitución. Así lo interpretó la Suprema Corte, según lo establecido en la parte final del párrafo primero del artículo 1ero de la Constitución, pero pasó totalmente el párrafo siguiente.

Lo anterior constituye materialmente una lesión irreparable, por lo menos mientras siga existiendo dicho criterio para la aplicación del principio pro persona, pues para que dicho principio interpretativo pueda aplicar según sus finalidades, como establece Caballero Ochoa deber ser “el criterio indispensable para el reenvío interpretativo de las normas sobre derechos humanos, pero que no puede desplegarse debidamente teniendo una limitación a priori de no contradicción con la Constitución” (UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 112).

Si en un primer momento ya de por sí se condiciona la aplicación del principio pro persona a una jerarquización de normas, como lo hizo la Suprema Corte de Justicia, este pierde su vigencia porque ya no puede correr de manera libre, ya no es posible su aplicación, pues de acuerdo con Caballero Ochoa “es el criterio pro persona, y no la jerarquía normativa, el que define la integración, o en su caso, las prelación normativa” (UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 128).

Un ejemplo práctico de lo anterior es el caso del arraigo y la prisión preventiva oficiosa, dichas figuras encuentran fundamento en nuestra Constitución, pero de igual manera de acuerdo a diversas resoluciones y análisis realizados en otras instancias, resultan ser inconvencionales por vulnerar derechos humanos, pero bajo el criterio que ahora ha implementado la Suprema Corte de Justicia de la Nación para efectos prácticos esto resulta ser irrelevante.

En el caso de que un gobernado que está siendo sometido a un arraigo o a una prisión preventiva oficiosa, alegue que en diversos tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte se ha establecido la prohibición de su aplicación por vulnerar derechos humanos, las cortes mexicanas podrán invocar dicha jurisprudencia, resolviendo que como tales figuras se encuentran reguladas en nuestra Constitución y como las mismas implican una restricción al derecho humano de libertad personal, se inclinará a lo que establece la Constitución, y dejará en evidente desuso y abandono el principio pro persona.

Por lo anterior expuesto, es que considero que lo resuelto en la contradicción de tesis 293/2011 viene a ser un claro retroceso y un menoscabo para el principio que sirve de interpretación a los derechos humanos, como lo es el principio pro persona, pues como se ha mencionado, su aplicación práctica es muy distante de ser efectiva y, sobre todo, acorde con los postulados del propio principio, lo que no es menor cosa, ya que su inaplicación práctica arrastra la inaplicación de los derechos humanos como fueron concebidos en la reforma de junio de 2011.

Referencias

Bustillo, R. (s.f.). *El control de convencionalidad: la idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral*. Distrito Federal: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Contradicción de tesis 293/2011, (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 14 de abril de 2014).

Ferrajoli, L. (2007). *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*. Distrito Federal: CNDH.

UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. (2014). *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*. Distrito Federal: Instituto de Investigaciones Jurídicas .

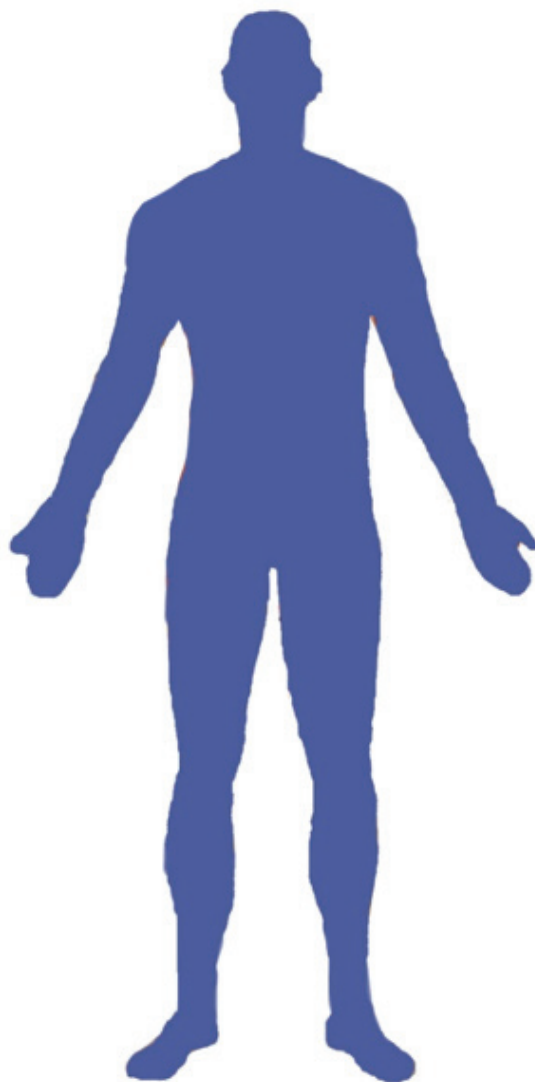
UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. (2013). *La reforma constitucional de Derechos Humanos*. Distrito Federal: Porrúa.

Medellín, X. (2013). *Principio pro persona*. Distrito Federal: SCJN/CDHDF.

Ramírez, S. (2011). *Derechos Humanos*. Distrito Federal: Oxford.

Rojas, A. (2013). *Los Derechos Humanos en México*. Distrito Federal: Porrúa.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2013). *Derechos Humanos parte general*. Distrito Federal: Suprema Corte de Justicia de la Nación.



TRANSFUSIONES SANGUÍNEAS EN MENORES Y CONFLICTO DE INTERESES EN LOS PROFESANTES DE LA RELIGIÓN DENOMINADA “TESTIGOS DE JEHOVÁ”

CARLOS MUÑOZ JIMÉNEZ*

Resumen

Cuando surge una colisión de principios entre el derecho a la vida y a la salud de un menor, que confronta el derecho a la libertad de creencia religiosa de los padres y del propio menor, surge una condición bioética y jurídica, esto cuando el tratamiento médico de elección implica la transfusión de sangre en pacientes menores de edad que profesan la religión conocida como “testigos de Jehová”, por lo que la colisión deberá resolverse mediante un proceso de ponderación de los derechos, y de ser necesario con la intervención judicial.

Palabras clave: colisión de derechos, objeción de conciencia, testigos de Jehová, patria potestad, tutela judicial efectiva.

Los profesantes de la religión llamada “testigos de Jehová” constituyen un grupo religioso que, inmerso en una comunidad mayoritariamente católica, presentan dos peculiaridades que interesan al presente tema, una de ellas es la negativa a rendir honores a los símbolos patrios y otro la negativa a cualquier tratamiento que requiera realizar transfusión de sangre o alguno de sus elementos, lo que constituye una objeción de conciencia por motivos religiosos. Ello deriva de la forma en que se interpretan diversos versículos de la biblia, que pudiendo compartirlos o no, son respetables y además son materia de protección jurídica, puesto que el artículo 24 de la Constitución Polí-

* Catedrático de la Licenciatura en Derecho de la Universidad de La Salle Bajío.

tica de los Estados Unidos Mexicanos garantiza la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión, y a tener o adoptar, en su caso, la de su agrado.

Respecto del primer punto, los creyentes argumentan que no se trata de una confrontación con la autoridad, simplemente es que, grosso modo, consideran que Dios se encuentra por encima de la autoridad de los hombres y por ende la honra a los símbolos patrios pugna con sus creencias religiosas.

Con relación a las transfusiones, refieren al Génesis 9:3, 4, el cual dicta que:

3. Todo lo que se mueve y tiene vida os será para alimento: todo os lo doy como os di la hierba verde. 4. Pero carne con su vida, es decir, con su sangre, no comeréis. Levítico 17:11 – 14. Porque la vida de la carne está en la sangre, y yo os la he dado sobre el altar para hacer expiación por vuestras almas; porque es la sangre, por razón de la vida, la que hace expiación. 12. Por tanto dije a los hijos de Israel: Ninguna persona entre vosotros comerá sangre; tampoco comerá sangre ningún forastero que reside entre vosotros. 13. Y cuando algún hombre de los hijos de Israel o de los forasteros que residen entre ellos, que al cazar capture un animal o un ave que sea permitido comer, derramará su sangre y la cubrirá con tierra. 14. Porque en cuanto a la vida de toda carne, su sangre es su vida. Por tanto, dije a los hijos de Israel: No comeréis la sangre de ninguna carne, porque la vida de toda carne es su sangre; cualquiera que la coma será exterminado. Hechos 15: 20. Sino que se les escriba que se aparten de las contaminaciones de los ídolos, de fornicación, de ahogado y de sangre.

Estas son parte de las ideas con que fundamentan sus convicciones religiosas, en que fundan su objeción a las transfusiones, sin que ello implique que rechacen cualquier otra clase de tratamiento médico, puesto que asisten a los hospitales, consultan a los facultativos, ingieren medicamentos, pero se oponen firmemente a aquellos procedimientos vinculados con la transfusión sanguínea, sin embargo, permiten el uso de hierro, eritropoyetina humana recombinante, albúminas, coagulantes, etc.

Ahora bien, conforme a la Ley General de Salud, en diversos artículos y tópicos, se hace referencia al derecho de los pacientes a manifestar su consentimiento informado, por sí o por quien conforme a la ley puede tomar las decisiones relacionadas con el tratamiento cuando el propio paciente no esté en condiciones o no tenga la capacidad legal de consentirlo, por ejemplo, el artículo 74 de la ley en cita refiere al representante de la persona con trastornos mentales; el artículo 100 nos habla del representante legal; el artículo 103 prescribe que si el paciente no puede tomar la decisión el consentimiento corresponde al representante legal, en su caso, o del familiar más cercano en vínculo. De lo que se desprende que la legislación no es unánime en establecer una relación respecto de las personas que puedan sustituir el consentimiento informado. Asimismo, es una obligación de los médicos obtener el consentimiento informado y resguardarlo en el expediente clínico conforme a la Norma Oficial Mexicana del expediente clínico.

El artículo 80 del reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica establece:

En todo hospital y siempre que el estado del usuario lo permita, deberá recabarse a su ingreso su autorización escrita y firmada para practicarle, con fines de diagnóstico terapéuticos, los procedimientos médico-quirúrgicos necesarios para llegar a un diagnóstico o para atender el padecimiento de que se trate, debiendo informarle claramente el tipo de documento que se le presenta para su firma.

El consentimiento informado es un documento donde se hace patente que el paciente ha expresado voluntariamente su intención de participar en un procedimiento terapéutico, quirúrgico o de cualquier otra índole, o bien, participar en investigación, después de haber sido informado en forma comprensible acerca de los objetivos del tratamiento, procedimiento o investigación, los beneficios, las molestias, los posibles riesgos y las alternativas, así como sus derechos y responsabilidades. Procedimiento que conforme a la Declaración de Helsinki debe satisfacer los criterios de capacidad, que refiere a que el paciente debe tener tanto capacidad legal para expresar válidamente su voluntad (mayoría de edad, no estar en interdicción) o manifestarla por quien legalmente pueda suplir dicha voluntad; misma voluntariedad que refiere a que la decisión debe ser propia del paciente, por tanto, libre de vicios de la voluntad mediante persuasiones, manipulación o coerción, por ende la vis absoluta o la vis compulsiva anulan la manifestación de la voluntad. El paciente debe contar con información, referida a los datos disponibles para tomar una decisión razonada, conocer los posibles beneficios, riesgos, secuelas, efectos secundarios, etc.; y con comprensión, que consiste en que toda la información que se le proporcione se exprese en términos llanos o coloquiales de tal manera que el paciente tenga plena posibilidad de procesar la información acorde con su edad, condición de salud mental o física, educación, cultura, etc.

En relación con el paciente menor de edad, la voluntad es sustituida por la voluntad de los padres, esto es, en ejercicio de la patria potestad, los padres tienen la representación legal del menor, en atención a que el legislador considera que todo padre en principio siempre tomará la decisión que considere como mejor para su hijo, pero ¿dicha voluntad satisface el principio de voluntariedad? ¿La decisión está tomada con criterio objetivo o se encuentra influenciada por las creencias religiosas, culturales y tradiciones? Desde luego que todos tomamos decisiones influenciados por nuestra personalidad, experiencia, educación, cultura y sistema de creencias, pero ¿es válido que yo tome decisiones por otro siguiendo el mismo criterio?

La reforma constitucional de 2011 generó un nuevo paradigma en el derecho mexicano, los derechos humanos fueron elevados a una categoría de protección cons-

titucional privilegiada, establecieron los principios de interpretación conforme, de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; se complementa el control centralizado de la constitucionalidad que sigue correspondiendo a los tribunales constitucionales (Suprema Corte de Justicia de la Nación) con el control difuso de la convencionalidad, que permite que toda autoridad de cualquier ámbito y jerarquía ajuste sus resoluciones al respeto de los derechos humanos conforme a los tratados internacionales, lo cual implica que ya no solo los tribunales son garantes de los derechos humanos, sino toda clase de autoridad se encuentra obligada a promoverlos, respetarlos, protegerlos y garantizarlos.

La Convención sobre los Derechos del Niño, de la cual el Estado mexicano es parte, mediante su ratificación con fecha 21 de septiembre de 1990, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 25 de enero de 1991, en su artículo 2 establece la obligación de los Estados parte, de respetar los derechos enunciados y asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna. Por su parte, el artículo 3 obliga a las instituciones tanto públicas como privadas a privilegiar el interés superior del niño. Mientras que el artículo 4 compromete al Estado parte a adoptar toda clase de medidas para hacer efectivos los derechos de los niños. El artículo 5 impone el deber al Estado de respetar los derechos de los padres, tutores o quienes conforme a los usos y costumbres tenga a su cargo el menor. En complemento, el artículo 6 reconoce que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. El artículo 24 establece el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud, asimismo, compromete al Estado a adoptar todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños. Finalmente, el artículo 30 proclama el derecho de los menores a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión.

A nivel de entidad federativa, la Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Guanajuato prescribe en su artículo 28 fracciones I y IX como derechos de los menores y adolescentes el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo, además del derecho a la protección de la salud y a la seguridad social, respectivamente. En el mismo tenor, para instrumentar tales derechos, la ley impone a la Secretaría de Salud las siguientes atribuciones (que de una interpretación sistemática, teleológica y conforme, se puede desprender que son obligaciones) en su artículo 21: realizar las acciones para garantizar la salud integral de niñas, niños y adolescentes; garantizar que la hospitalización de niñas, niños y adolescentes se realice con respeto a los principios establecidos en dicha ley; atender de manera especial a las niñas, niños y adolescentes que tengan enfermedades respiratorias, renales, gastrointestinales, epidé-

micas, cáncer, y demás enfermedades que por su naturaleza pongan en riesgo su vida; asegurar la prestación de la asistencia médica y sanitaria que sean necesarias a niñas, niños y adolescentes, haciendo hincapié en la atención primaria. Entre otras obligaciones.

Por su parte, los artículos 29 y 51 del ordenamiento legal referido señalan que los menores tienen derecho a la vida, así como al cuidado y preservación de la misma; a la supervivencia y al desarrollo. La misma ley impone a las autoridades el deber de llevar a cabo las acciones necesarias para garantizar el desarrollo y prevenir cualquier conducta que atente contra la supervivencia de los menores. Finalmente, se prescribe que los niños y niñas tienen derecho a disfrutar de la salud, así como a recibir la prestación de servicios de atención médica gratuita y de calidad, con el fin de prevenir, proteger y restaurar su salud.

Resulta importante establecer que es el propio menor en todo momento quien es el titular del derecho, los padres ejercen una facultad únicamente de representación, en virtud de que la minoridad de edad le impide el ejercicio de sus derechos por sí mismos, pero no les impide ser titulares de derechos y obligaciones, por lo que el derecho del padre es similar al de un mandatario, que obra por cuenta y nombre de otro, pero los derechos que ejercita son los de su representado y no los propios, en consecuencia, el patria potestas está obligado a representar en ejercicio de la patria potestad los intereses de sus hijos menores, y está obligado siempre a tomar las decisiones que satisfagan de mejor manera la protección de los derechos de los menores, de lo que surge en primer término un conflicto entre las legítimas creencias del padre con el derecho de su hijo a la vida y a la salud. Así, como el sistema de creencias religiosas se transmiten mediante los procesos de socialización, por regla general los hijos tendrán el mismo sistema de creencias y por tanto prima facie; se asume que también existe una oposición del menor a la praxis médica que implique la transfusión de sangre, motivo por el que los padres no perciben el conflicto, ni en lo moral ni en lo jurídico.

Ahora bien, existe una aparente confrontación entre los derechos del niño, pues por una parte encontramos su derecho a la vida y el derecho a la salud y calidad de vida, pero por otra existe su derecho a profesar su propia religión, lo cual conduce a que el menor por sí mismo o por conducto de quienes ejercen la patria potestad puedan oponerse válidamente a tratamientos médicos que pugnen con sus creencias religiosas. Por consecuencia, desde el punto de vista jurídico, existe la necesidad de ponderar los derechos para establecer una solución al conflicto, puesto que nos encontramos en una posición insoluble para hacer prevalecer los derechos en conflicto de manera simultánea.

En primer término encontramos un conflicto de intereses, entre el derecho del padre a transmitir sus creencias religiosas como parte del bagaje cultural a sus descendientes,

con la necesidad médica de llevar a cabo un procedimiento que requiera la transfusión sanguínea que contraviene los preceptos de su sistema de creencias, aquí concurren los derechos del padre per se, con el derecho del hijo a profesar su propia religión, donde el padre asume que lo que él desea es lo mismo que su hijo manifestaría en una libre expresión de su voluntad. Pero dadas ciertas circunstancias, el médico no podría estar en condición de cuestionar al paciente menor su opinión al respecto, y aun cuando pudiere cuestionarlo, habría que valorar la validez de dicha manifestación, dada su minoridad y limitación para comprender el alcance de sus decisiones, y desde luego, que entre mayor sea su madurez intelectual, mayor peso debe otorgarse a su voluntad expresada.

Retomando el tema del conflicto de intereses existen vías jurídicas de solución, una de ellas es la de solicitar a la autoridad jurisdiccional la designación de un tutor especial, que en forma autónoma pueda tomar decisiones sobre bases objetivas y con un criterio eminentemente utilitarista para el mejor ejercicio de los derechos del menor. Resulta evidente que si el tutor no profesa la misma religión, no tendrá objeción de conciencia por el procedimiento, pero traslada el conflicto moral a la familia del paciente y a este mismo, dado su sistema de creencias.

Una segunda postura se fundamenta en cuestiones de bioética, para establecer hasta dónde puede el médico válidamente realizar una intromisión al sistema de creencias del paciente a través de un procedimiento o técnica médica. Mediante diversas entrevistas a médicos pediatras, tengo conocimiento que los comités de ética de los hospitales públicos (algunos de los cuales cuentan con el apoyo de abogados y médicos que profesan la religión que aquí nos concierne) son relativamente consistentes en que si la vida se encuentra comprometida por la falta del procedimiento, entonces el médico debe proceder a implementarlo, desde luego, siempre que no exista otra alternativa igualmente eficiente que no incluya la transfusión. La discusión surge cuando el padecimiento compromete la función de un órgano o la calidad de vida futura del paciente. Sobre este renglón existen fuertes tensiones entre médicos no profesantes y los fieles a la creencia prohibicionista interpretada en la biblia.

La doctrina ha sostenido que existen dos formas de dilucidar el conflicto, 1) al solventar el problema bajo el criterio de normas establecidas para la hermenéutica e integración del derecho, que constituye un criterio formal de subsunción del problema a una escala jerárquica, se trata de un problema sobre la validez y supremacía de las normas, que se rige por axiomas como la de que la ley de mayor jerarquía prevalece sobre la de menor jerarquía, esto es, la ley posterior deroga la anterior, etc.; y 2) el criterio que establece que todos los principios, por su propia naturaleza como elementos fundamentales del sistema jurídico, tienen plena validez e igual jerarquía, por lo que

el problema se traduce en que a partir del peso específico de cada principio, se logre optimizar el sistema para conceder la mejor solución posible con el menor sacrificio necesario de uno de los principios en colisión.

El derecho a la vida constituye el más grande y fundamental de los derechos, puesto que la personalidad jurídica se extingue con la muerte, ya que ante la ausencia de vida no es factible el ejercicio de ninguna clase de derechos, en consecuencia, resulta contundente que si colisiona el derecho a la vida con el derecho a profesar una creencia religiosa, el peso específico del primer derecho es indiscutible y, por consecuencia, debe prevalecer el derecho a la vida y con ello la transfusión debe resultar procedente sin mayor discusión.

En tal sentido, acorde con las entrevistas a diversos médicos pediatras, estos coinciden en que si hay riesgo inminente para la vida y no existe un procedimiento alternativo, los comités de ética decidirán que debe hacerse la transfusión, sobre todo por la posibilidad de que el médico pueda incurrir en responsabilidad tanto administrativa, civil o hasta penal por omisión, puesto que tiene el deber legal de realizar todos los procedimientos necesarios y a su alcance para salvaguardar la vida y la salud de sus pacientes.

Caso diverso y de mayor reflexión acontece cuando la colisión se genera entre el derecho a la salud y el derecho a profesar una religión, esto es, la vida no se encuentra comprometida por el padecimiento, pero sí la función de un órgano o las secuelas por la negativa a la transfusión, y estas pueden afectar gravemente la calidad de vida del paciente. En el presente caso, el peso específico de cada una no parece ser tan claro, sobre todo cuando existe incertidumbre del grado de compromiso que pueda tener una función orgánica o el alcance de las secuelas que resulten del padecimiento. Desde luego que corresponderá al médico tratante identificar el grado de riesgo y establecer un balance de costo/beneficio para estar en posibilidad de ponderar el caso, puesto que si las consecuencias no son graves, y solamente implican el alargamiento de la estancia o del tratamiento, deben respetarse los derechos con la mayor amplitud posible; pero si el riesgo consiste en la posibilidad de que el paciente quede en coma, con daño funcional motriz permanente o daño a órganos, que por su participación en las funciones metabólicas le repercutan en una mala calidad de vida, entonces se debe analizar de forma seria la posibilidad de la transfusión aun en contra de la voluntad de quienes ejercen la patria potestad, puesto que la calidad de vida implícita en el derecho a la salud tiene un peso específico mayor, prima facie, que el derecho a profesar sus propias creencias religiosas.

Citemos a los altos tribunales de la federación, quienes han sostenido que

los derechos constitucionales no son absolutos, sino que admiten restricciones. Sin embargo, la regulación de estas restricciones no debe ser desproporcionada ni arbi-

traria. Para analizar la justificación de una restricción a un derecho constitucional, esta Sala ha determinado que la medida legislativa debe superar tres pasos: 1) debe ser admisible constitucionalmente, esto es, debe introducirse para la consecución de un objetivo contemplado en la Constitución, 2) debe ser una medida idónea, lo que implica que la restricción debe ser necesaria para la consecución del fin inicialmente propuesto y 3) debe ser proporcional respecto a la afectación que hace en otros bienes o intereses constitucionales.

En materia de derechos humanos se ha establecido que en el caso de colisión de principios debe recurrirse a la ponderación como mecanismo de solución del conflicto, la cual es un componente de interpretación axiológica y teleológica de la norma jurídica, basada en cuatro principios básicos: a) que la finalidad perseguida se encuentre reconocida como un valor axiológico preponderante en la Constitución o en los derechos humanos, debiendo señalar que por los principios contenidos en el artículo 1 constitucional, todos los derechos humanos tienen el mismo valor; b) que la medida adoptada resulte ser idónea para conseguir la finalidad protectora, esto es, que tenga una justificación axiológica sustentada en la interpretación conforme; c) que sea necesaria, de tal manera que siempre se buscará previamente si existe o no otra alternativa para evitar la colisión de principios, de tal modo que ambos puedan subsistir, por tanto, si la colisión es inevitable, siempre debe elegirse aquella que resulte menos lesiva; y, d) que sea proporcional, de tal forma que mientras más se limite un principio, mayor deberá ser el argumento de justificación de la supresión, restricción o postergamiento de uno de los principios en colisión.

Cabe señalar que la ponderación no es una condición generadora de antecedentes, ya que exige que en cada uno de los casos se lleve a cabo el ejercicio completo, puesto que una condición para la ponderación es que debe tomarse en cuenta cada caso en particular, por tanto, si bien es cierto que puede seguirse una metodología para realizar el ejercicio de ponderación, la solución de un caso no puede aplicarse en forma refleja a otro caso, y por su naturaleza, su ejercicio corresponde al juez, de tal suerte que es una actividad preponderantemente jurisdiccional.

La doctrina penal ha desarrollado una excluyente de responsabilidad basada en el estado de necesidad, establece que nadie es penalmente responsable cuando no existiendo otro medio menos perjudicial, el agente activo se ve en la necesidad de sacrificar un bien jurídico de menor valor para salvaguardar uno de mayor valía. Así, el cirujano al haber diagnosticado, por ejemplo, una apendicitis aguda y haber determinado que es necesaria una apendicetomía, al cortar la piel para acceder a un órgano interno técnicamente está ocasionando una lesión, pero lo realiza porque de no llevarlo a cabo, la salud o la vida del paciente se encontrarían en riesgo, porque además la ciencia médica

no ha encontrado un mecanismo menos perjudicial que propicie la curación sin ocasionar heridas en la superficie corporal, se sabe que la cirugía dejará una cicatriz, pero a pesar de que el médico ocasiona una lesión no comete delito alguno, pues existe una causa de justificación. En tal sentido, podríamos señalar que existió una ponderación respecto de la cual se cumplieron los requisitos de esta:

- a) Que el fin de la conducta corresponda a un valor axiológico reconocido, en este caso, la salud como un derecho humano.
- b) Que el procedimiento realizado es idóneo, porque conforme a la práctica médica, la cirugía es el procedimiento de elección en el caso concreto.
- c) Que no existe otra alternativa menos perjudicial.
- d) Es razonablemente proporcional, porque la relación costo/beneficio necesariamente nos lleva a concluir que era la única, o en su caso, la mejor alternativa para salvaguardar la integridad del paciente, de tal manera que las consecuencias de no actuar habrían sido catastróficas, por lo que los beneficios obtenidos son mayores a los “daños” ocasionados: heridas, cicatrices, molestias, dolor permanente, etc.

Acorde con algunas entrevistas realizadas a médicos pediatras, la mayor parte de los procedimientos médicos en que se requieren transfusiones, con independencia de las creencias, se dan en el servicio de emergencias, derivadas de accidentes de tránsito, percances en actividades recreativas o en el hogar, usualmente a consecuencia de traumatismos severos, y son los fines de semana los que mayor incidencia presentan. En segundo lugar, se presentan diversos tipos de leucemias que requieren transfusión de elementos hemáticos diversos, como podría ser plaquetas, hematíes, plasma, entre otros.

Es el caso de las urgencias el que más preocupa a los médicos tratantes, porque usualmente los fines de semana o en las jornadas nocturnas no existen dependencias jurisdiccionales, por lo que lo mejor es contar con una serie de criterios bien definidos y autorizados por los comités de ética de cada establecimiento, y de ser posible avalados por las autoridades de la Secretaría de Salud, la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, o bien, la Procuraduría Estatal de Derechos Humanos.

En congruencia con lo manifestado, podemos anticipar entonces que cuando colisiona el derecho a la vida con el derecho a la libertad religiosa, y por ende la objeción de conciencia, prima facie queda fuera de duda que debe prevalecer el derecho a la vida por sobre el de libertad de religión y el derecho a manifestar la objeción de conciencia. No obstante, habrá que ponderar cada caso en lo particular, como podría suceder cuando la esperanza de supervivencia es prácticamente nula o muy improbable, o que

pueda generar situaciones de angustia y conflicto, respecto de los efectos trascendentes de haber quebrantado la norma religiosa.

Para el caso de que lo que se ponga en riesgo sea la función de un órgano, o la calidad de vida del paciente, a razón de las secuelas que pudieren derivar con motivo del conflicto entre el derecho a la salud y el de la libertad religiosa, los médicos tratantes deberán atender a ciertos criterios bioéticos, los que deberán reflejarse en documentos que sustenten la decisión. Tales elementos deberán comprender los siguientes puntos de manera enunciativa:

1. Que los comités de ética de la institución lleven a cabo cursos de sensibilización sobre el problema y se visualice la cosmovisión de los profesantes de esta fe.
2. En cuanto sea posible, que el diagnóstico y tratamiento pueda ser avalado al menos por dos médicos especialistas acorde con el padecimiento.
3. Respetar la decisión de cualquiera de los participantes (médicos, enfermeras, instrumentistas, etc.), que por razones de conciencia no deseen participar en el procedimiento.
4. Buscar siempre alternativas terapéuticas que no requieran realizar transfusiones.
5. Establecer un pronóstico para el caso de que no se lleve a cabo la transfusión.
6. Elaborar un documento de costo/beneficio con conclusiones sobre las consecuencias tanto del tratamiento como de la falta del mismo.
7. Que el consentimiento informado lo proporcione un médico sensibilizado con el tema.
8. Establecer un parámetro de prioridades para el caso de emergencias en las que por la hora, el día o la premura, no se pueda solicitar la autorización judicial.

Habiendo determinado que corresponde a la autoridad jurisdiccional realizar el ejercicio de ponderación, cuando se suscite una colisión de derechos establecidos en los principios del derecho a la vida y/o a la salud contra el derecho humano a la libertad religiosa, surgen diversas cuestiones. La primera de ellas consiste en establecer la representación de los menores ante los tribunales, toda vez que como ya se indicó, su representación legal recae en quienes ejercen la patria potestad, que son precisamente quienes suelen oponerse al tratamiento y entonces surge el conflicto de intereses, ya que el primer problema lo encontramos en la legitimación para iniciar el procedimiento, por lo que al respecto debemos tomar en cuenta que acorde con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Guanajuato se prescribe que:

Es obligación de toda persona que tenga conocimiento de casos de niñas, niños y adolescentes que sufran o hayan sufrido en cualquier forma violación de sus derechos, hacerlo del conocimiento inmediato de las autoridades competentes, de manera que pueda seguirse la investigación correspondiente y, en su caso, instrumentar las medidas cautelares, de protección y de restitución integrales procedentes en términos de las disposiciones aplicables.

Lo anterior sin perjuicio de las responsabilidades penales que por omisión se pudieran cometer. Entonces, el primer paso es establecer un procedimiento mediante el cual alguna circunstancia en la que se exprese la colisión de los derechos humanos debe notificarse inmediatamente al agente del ministerio público competente, a la Procuraduría de la Defensa de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Guanajuato, y/o a las autoridades de la Secretaría de Salud.

Para tales casos en que existe un conflicto de intereses entre el derecho a la vida y a la salud del menor, con el derecho a profesar las creencias religiosas inculcadas por los padres, cobra vigencia el artículo 423 del Código Civil vigente en el estado de Guanajuato, que previene que “en todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad tengan un interés opuesto al de los hijos, serán estos representados en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el Juez para cada caso”. Así como lo previsto en el artículo 522 del mismo ordenamiento, que concede competencia al juez de partido del domicilio del incapacitado para designar tutor. En cualquier caso, el artículo 3 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato confiere legitimación activa en el proceso para que el ministerio público o la Procuraduría de Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Guanajuato, o inclusive el juez de oficio, pueda decretar la representación en suplencia, respecto de quien o quienes ejercen la representación originaria. De lo anterior se concluye que será el ministerio público o la procuraduría mencionada, quienes deben formular la demanda correspondiente.

El siguiente punto a dilucidar es que en forma concreta no existe un procedimiento establecido por el Código de Procedimientos Civiles para llevar a cabo la autorización correspondiente, por lo que debemos tomar en consideración lo prescrito en el artículo 17 constitucional, a cuyo contenido la doctrina garantista refiere como el derecho humano a una tutela judicial efectiva. Además de operar en el presente caso el denominado “principio pro actione”, el derecho humano a la tutela judicial efectiva deviene de la prohibición de hacerse justicia por propia mano, en consecuencia, el Estado asume la obligación de impartir justicia a través de la facultad de imperio conocida como jurisdicción, pero solo se puede alcanzar si los medios para acceder a esta permiten obtener una resolución pronta, imparcial, apegada a derecho y justa. Todo lo

cual se complementa con el principio pro actione, que establece que deben removerse todos aquellos obstáculos que por su rigor formalista impidan cumplir con la finalidad de la tutela judicial efectiva, lo que permite al juzgador que siempre que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento pueda llevar a cabo ajustes al mismo o implementar uno idóneo, mediante el ejercicio del control difuso de la convencionalidad y la interpretación conforme. Aunado a lo anterior, el artículo 16 del Código Civil vigente en el estado de Guanajuato ordena que “el silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, no autorizan a los jueces y tribunales para dejar de resolver una controversia”. Opera igualmente el criterio constitucional de interpretación e integración de la ley, que establece que las controversias se resolverán conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica y a falta o insuficiencia de la misma conforme a los principios generales del derecho, que también recoge el artículo 17 del código civil.

Adoptamos la tesis planteada por un tribunal del Estado de México, que a nuestro parecer puede dar una noción concreta sobre ambos principios:

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. EL ACCESO A UN RECURSO EFECTIVO, SENCILLO Y RÁPIDO, ES CONSECUENCIA DE ESE DERECHO FUNDAMENTAL. El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección. Por otro lado, el artículo 17 constitucional prevé el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que supone, en primer término, el acceso a la jurisdicción, es decir, que el gobernado pueda ser parte en un proceso judicial y, en segundo, el derecho que tiene a obtener una sentencia sobre el fondo de la cuestión planteada y su cabal ejecución, que deberá ser pronta, completa e imparcial, lo cual se encuentra íntimamente relacionado con el principio del debido proceso, contenido en el artículo 14 del señalado ordenamiento, por lo que para dar cabal cumplimiento al derecho inicialmente mencionado, debe otorgarse la oportunidad de defensa previamente a todo acto privativo de la libertad, propiedad, posesiones o derechos, lo que impone, además, que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento. Por tanto, el acceso a un recurso efectivo, sencillo y rápido, mediante el cual los Jueces y tribunales tutelen de manera eficaz el ejercicio de los derechos humanos de toda persona que lo solicite, sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal, es consecuencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en tanto que asegura la obtención de justicia pronta, completa e imparcial, apegada a las exigencias formales que la propia Constitución consagra en beneficio de toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción.

OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO DEL CENTRO AUXILIAR DE LA PRIMERA REGIÓN, CON RESIDENCIA EN NAUCALPAN DE JUÁREZ, ESTADO DE MÉXICO.

Amparo en revisión 308/2012. Juan Carlos Aparicio. 6 de julio de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Alfredo Enrique Báez López. Secretario: Manuel Monroy Álvarez. Época: Décima Época, registro: 2002096, instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, tipo de Tesis: Aislada, fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 4, materia(s): Constitucional, Tesis: II. 8o.(I Región) 1 K (10a.), Página: 2864.

Por lo tanto, a pesar de que no exista un procedimiento específico, podrá optarse por una medida cautelar bajo los parámetros establecidos, siempre que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, para luego dar paso a un procedimiento ordinario, pero con la designación del tutor, quien podrá sustituir la voluntad de los padres, debiendo tomar en cuenta tanto la apariencia del buen derecho, el peligro en la demora y la necesidad de realizar un trámite sumarísimo, sin que la autoridad judicial pueda retardar indebidamente la determinación que le corresponde.

En cuanto al actuar de los médicos, estos deben protegerse mediante un escrito y con acuse de recibo tanto al ministerio público como a la Procuraduría de la Defensa de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, así como a la Secretaría de Salud, mediante los documentos y opiniones que soporten la necesidad de la petición, relacionándolos con los criterios clínicos, hospitalarios, su correspondencia con las guías de prácticas médicas o protocolos reconocidos por la Organización Mundial de la Salud, además del pronóstico y las consideraciones de riesgo/beneficio, para que la autoridad pueda normar su criterio, de tal manera que las cuestiones jurídicas se resuelvan por los especialistas de la materia, y evitar asumir responsabilidades que no corresponde al área de la responsabilidad médica.

Referencias

- Alexy, R. (enero-junio 2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad (Rubén Sánchez Gil, trad.). *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional*, núm. 11.
- Carbonell, M. (compilador) (2008). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Carbonell, M. (compilador) (2014). *Argumentación jurídica. Proporcionalidad y ponderación*. México: Centro de Estudios Jurídicos Carbonell A. C.

- Comité de Ética del Hospital Privado de Comunidad. (1998). Normativa para el Rechazo de transfusiones por razones religiosas (Testigos de Jehová). Mar Del Plata, Argentina.
- Mac-Gregor Poisot, E. F. et al. (coordinadores). (2013). *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana I*. México: SCJN/UNAM/Programa Estado de Derecho para Latinoamérica.
- Medellín Urquiaga, X. (2013). *Principio pro persona*, México: SCJN/OACNUDH/CDHDF.
- Ramírez-Salazar C., et al. (2003). Aspectos jurídicos en casos de transfusión sanguínea en Testigos de Jehová. *Gaceta Médica Mexicana*, vol. 139, núm. 4.
- Ravetllat Ballesté, I. (2009). El interés superior de los niños, concepto y delimitación del término. *Revista Educatio Siglo XXI*, vol. 30, núm. 2, Barcelona.
- Simon Campaña, F. (2015). *Interés superior del niño, técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva*. El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura.

Recursos en línea

- Caballero Ochoa, J. L. La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona. En Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídica de la UNAM. Recuperado de http://www.cjslp.gob.mx/seminario/programa/Panel%20III/PanelIII_ClausulaInterpretaci%C3%B3nConformePrincipioProPersona_JoseLuisCaballeroOchoa.pdf
- Cázares López, C. y Peña de Hoyos, J. L. Los Testigos de Jehová y la objeción de conciencia. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/156/14.pdf>.



<http://alianjesus.cubava.cu/2017/01/13/ninos-testigos-de-jehova-mueren-por-negarse-a-aceptar-transfusiones-de-sangre-fotos/>

INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS DELITOS GRAVES OFICIOSOS ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 11 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO

FRANCISCO RAMOS TRISTÁN¹

Sumario

1. Introducción. 2. Planteamiento del problema. 3. Desarrollo. 3.1. Exégesis de la Reforma Penal. 3.2. Principales cambios de los sistemas penales (inquisitivo escrito al acusatorio oral). 3.3. Presunción de inocencia: (vertientes). 3.4. Prisión preventiva (como regla de tratamiento del inculpado). 3.5. Delitos graves conforme al artículo 19 Constitucional. 3.6. Tratamiento de la prisión preventiva y los delitos graves en el estado de Guanajuato (a partir de la reforma Constitucional). 4. Conclusiones.

1. Introducción

La reforma constitucional en materia penal aprobada por el legislador Federal permanente en el año 2008 estableció las bases para generar un cambio relevante en la justicia criminal, plasmando en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos sus principios rectores, para que todas las acciones legislativas, administrativas y jurisdiccionales se alineen para lograr tal fin.

En los años 2010-2011 el Estado mexicano debió acatar resoluciones jurisdiccionales dictadas por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, como fue el

¹ Catedrático de la Licenciatura en Derecho de la Universidad De La Salle Bajío.

caso de Radilla Pacheco,² lo que motivó el pronunciamiento extraordinario por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la ejecutoria en el expediente varios 912/2010, donde estampó en su contenido líneas de interpretación al marco constitucional, y reconoció de una vez por todas la obligación a cargo de las autoridades de nuestro país del exacto cumplimiento de los resolutivos de las mencionadas sentencias, así como el control de convencionalidad y aceptación de la vigencia de los derechos humanos. Además, el 10 de junio de 2011 el legislador federal reformó el artículo primero de la Constitución del país, para reconocer los derechos humanos a favor del gobernado y algunas herramientas para su aplicación como son: la interpretación conforme y el principio pro-persona.

Tales ajustes provocaron un cambio importante en la impartición de justicia en nuestro país, de mayor impacto en el ámbito penal, por la obligación a cargo de las autoridades de respetar la presunción de inocencia y prisión preventiva excepcional, entre otros. Principios que constituyen el eje de la reforma constitucional debido al imperativo a cargo de las autoridades de respetar en cada fase del procedimiento penal tales fundamentos, sustentado en que la culpa y no la inocencia, debe probarse por parte del órgano acusador, acorde a las reglas que imperan en un Estado democrático.

2. Planteamiento del problema

A ocho años de la reforma penal con aplicación de los juicios orales en el 69.81% del territorio del estado de Guanajuato, incluso ya aprobado el Código Nacional de Procedimientos Penales en el mes de diciembre de 2013, con el reconocimiento expreso que la prisión preventiva es una medida cautelar de uso excepcional en el sistema penal acusatorio, existen ordenamientos penales que contienen su catálogo de los llamados delitos graves, de los cuales algunos son distintos a los previstos en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Uno de los ordenamientos penales que contienen dicho catálogo es el Código Penal del Estado de Guanajuato en su artículo 11.

Bajo este contexto, ¿es constitucional que se siga aplicando por el órgano jurisdiccional en materia penal de la entidad el total de los delitos graves previstos en el artículo 11 del Código Penal del Estado de Guanajuato, tanto en las regiones donde

² El 23 de noviembre de 2009, la Corte Interamericana le dictó sentencia condenatoria, notificando al Estado mexicano el 9 de febrero de 2010. Con esa misma fecha, un extracto de la sentencia del caso Radilla Pacheco se publicó en el Diario Oficial de la Federación. En las sesiones de los días 4, 5, 7, 11, 12 y 14 de julio de 2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió en el expediente varios 912/2010 la participación del Poder Judicial Federal en el cumplimiento de dicha sentencia, plasmó en tal ejecutoria las líneas y acciones a su cargo, para dar cumplimiento así al imperativo de la condena.

opera el nuevo sistema, como en aquellas que aún no es vigente, no obstante que el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos solo registra algunos de ellos?

3. Desarrollo

3.1. Exégesis de la Reforma Penal

En el año 2007 el Ejecutivo de la Nación lanzó la iniciativa para reformar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República para modificar el sistema de justicia penal. Las razones de tal acción reformadora fueron: los niveles de impunidad e inseguridad pública, la corrupción de algunos servidores públicos, la falta de profesionalismo en la investigación y persecución de los delitos, entre otras, todo lo cual provocaba desconfianza de la sociedad en las instituciones gubernamentales.³

La iniciativa fue abrazada por el legislador permanente, quien asumió su responsabilidad y dio trámite al procedimiento legislativo a fin de estudiar la propuesta, “concentrando el diagnóstico de los problemas en cuatro extremos: impunidad, corrupción, incompetencia y envejecimiento del orden procesal”.⁴ El dictamen de los legisladores coincidió con la opinión emitida por estudiosos en la materia, entre ellos Guillermo Zepeda Lecuona, quien refirió que “la probabilidad de que un delito denunciado llegue a concluir con el presunto responsable consignado ante un juez es de 13 de cada 1000, es decir, una impunidad de 87 por ciento”.⁵ Sobre el mismo tema, Miguel Carbonell y Enrique Ochoa Reza exponen:

85% de las víctimas no acuden a denunciar los delitos; 99% de los delincuentes no terminan condenados; 92% de las audiencias en los procesos penales se desarrollan sin la presencia del juez; 80% de los mexicanos creen que puede sobornar a los jueces; 60% de las órdenes de aprehensión no se cumplen; 40% de los presos no han recibido una sentencia condenatoria. El 80% de los detenidos nunca habló con el juez que lo condenó”.⁶

³ Tales argumentos se plasmaron en la exposición de motivos, sin embargo, considero que las razones tuvieron su origen en la presión implementada por los socios comerciales de otros países.

⁴ García Ramírez, S. (2010). *La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?* México: Porrúa, p. 22.

⁵ Zepeda Lecuona, G. (2004). *Crimen sin castigo. Procuración de justicia penal y ministerio público en México*. México: Centro de Investigación para el Desarrollo A.C./Fondo de Cultura Económica, pp. 218-221.

⁶ Carbonell, M. y Ochoa Reza, E. (2007). “¿Necesitamos reformar nuestro sistema de justicia penal? Algunos indicadores empíricos y teóricos”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LVII, núm. 248, julio-diciembre, p. 189.

Otras voces más exigentes manifestaron que las recientes crisis económicas y las políticas públicas confusas en materia de seguridad pública dejaron al país débil frente al problema de la seguridad. Además, que la procuración y administración de justicia penal está sujeto a los aticismos del sistema autoritario, que demuestra su ineficacia y agotamiento, por ende, la incapacidad para hacer frente a los problemas que hoy vive México.

Ante dicho panorama, se propuso la implementación de un sistema penal acusatorio predominantemente oral como una alternativa de solución, por su claridad en tal tema destacamos las ideas de Andrés Baytelman y Mauricio Duce:

El sistema de seguridad pública y justicia penal en México tiene por lo menos tres grandes tareas democráticas pendientes:

- a) Reclutar y desarrollar una nueva policía profesional, con facultades suficientes para elevar el costo de cometer delitos [...]
- b) Fortalecer la función del Ministerio Público como representante social y garante de la legalidad en el proceso penal [...]
- c) Articular un proceso penal plenamente acusatorio que permita por lo menos garantizar:
 1. La presunción de inocencia, a través de la eliminación del catálogo de delitos graves y el establecimiento de reglas más racionales para la prisión preventiva (con criterios como la gravedad de las circunstancias del delito, el peligro de fuga, el peligro para las víctimas o el daño a la evidencia). Hoy en día cerca del 50% de la gente que está en prisión no está sentenciada, y cerca del 60% es absuelta o sentenciada a penas alternativas a la prisión después de haber sido encarcelada durante todo el proceso.⁷

A todas estas manifestaciones debemos sumar la presión internacional de los socios comerciales con las que México tiene pactos, quienes seguramente condicionaron la continuación de su alianza a la implementación de una nueva forma de impartición de justicia. Esto propició la reforma penal constitucional, que transitó de un llamado sistema inquisitivo escrito, al sistema acusatorio-adversarial predominantemente oral, plasmando en la Carta Magna todos los principios rectores.

⁷ Baytelman A., A. y Duce J., M. (2009). *Litigación penal y juicio oral y prueba*. México: Fondo de Cultura Económica/Instituto Nacional de Ciencias Penales, pp. 17 y 18.

3.2. Principales cambios de los sistemas penales

(inquisitivo escrito al acusatorio oral)

Una forma práctica de orientación en el estudio de la migración al sistema acusatorio que permita en una mirada detectar los cambios, se localiza en el siguiente cuadro comparativo propuesto por Emma Meza Fonseca:⁸

| Sistema Inquisitivo | Sistema Acusatorio |
|--|---|
| La función de investigar, acusar y juzgar se ve comprometida, ya que en nuestro país, el Ministerio Público además de desempeñar su función, influye como autoridad para determinar la inocencia o culpabilidad del acusado. | Se pugna por la separación de funciones de las autoridades, pues mientras una investiga, otra acepta o rechaza tal investigación y otra juzga (Ministerio Público, Juez de Garantías y Juez de Juicio). |
| La detención opera para todos los delitos, es común la prisión preventiva como medida cautelar. | La libertad es la regla general y la detención es la excepción. |
| En la praxis es el principal medio para la integración del expediente: si no existe en el mismo, no existe en el proceso. | Interviene el principio de inmediación, pues el juez está obligado a estar presente en la celebración de todas las audiencias. |
| La escritura es el principal medio para la integración del expediente: si no existe en el mismo, no existe en el proceso. | Aparece el sistema de audiencias públicas. |
| Las actuaciones deben quedar por escrito en el expediente para cumplir con las formalidades del proceso. | Las formalidades legales protegen y garantizan el debido proceso. |

En el segundo recuadro (horizontal) localizamos el rubro que interesa a este ensayo, relativo a que el inculcado gozará de la libertad como regla general y solo podrá ser

⁸ Meza Fonseca, E. Principio acusatorio y de oralidad en los juicios relativos a los delitos de delincuencia organizada. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 27, 195-213.

retenido de forma excepcional por medio de la medida cautelar de prisión preventiva, teóricamente, en aquellos delitos determinados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para privilegiar de esta forma la presunción de inocencia.

3.3. Presunción de inocencia: (vertientes)

La presunción de inocencia es un derecho humano de obligado respeto por las autoridades, las que tienen como imperativo “tutelar la libertad personal del individuo” durante todas las fases del procedimiento penal, sustentado en el principio de que “[...] todo acusado debe ser tenido por inocente, mientras no se pruebe lo contrario porque la carga de la prueba del delito y de la responsabilidad, incumbe a las autoridades que le imputan, y no toca a los acusados probar su inocencia [...],⁹ representando así una compensación a favor del inculpado, para buscar igualar de esa manera las fuerzas con qué enfrentar al poder del Estado.

La institución jurídica en estudio se localiza en la fracción I del apartado B del artículo 20 de la Carta Magna Nacional. El texto le otorga un tratamiento especial en los procedimientos implementados por los órganos estatales en contra del justiciable, erigiéndose de esta forma en una auténtica garantía procesal que debe ser vencida por el Estado. Es decir, el órgano del poder público está constreñido a ejercer las acciones pertinentes mediante las cuales aporte las pruebas idóneas capaces de obsequiar la certeza de la existencia del delito y la culpabilidad a cargo del imputado.

En criterios recientes, la Suprema Corte de Justicia de la Nación calificó a la presunción de inocencia con el carácter de “poliédrico”,¹⁰ porque tiene múltiples vertientes relacionadas con garantías encaminadas a regular distintos aspectos del proceso penal, tal como se expone a continuación:

- i. Como regla de carga probatoria: impone al órgano del poder público el imperativo de recabar un cúmulo idóneo y suficiente de medios de pruebas, recabadas con las formalidades esenciales del procedimiento a fin de demostrar la culpabilidad del imputado ante el órgano jurisdiccional. De tal suerte que el “inculpado es inocente, mientras no se practique con las debidas garantías procesales una adecuada probatoria de cargo, referida a su participación en el hecho punible”.¹¹

⁹ Semanario Judicial de la Federación, quinta época, registro: 336870, tomo XXXVII, p. 2087.

¹⁰ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo directo en revisión número 1481/2013. Registro 24954.

¹¹ Luzón Cuesta, J. M. (1991). *La presunción de inocencia ante la casación*. España: Edit. Colex, p. 13.

- ii Como “estándar de prueba”¹² o regla de juicio: impone al órgano juzgador, al momento de emitir toda resolución dentro de un proceso penal, actuar bajo los principios marcados en el artículo 14 constitucional, es decir, observar los principios procesales relativos al ofrecimiento y desahogo de las pruebas ofrecidas por parte del sujeto acusador a fin de analizar su licitud, posteriormente realizar una debida ponderación de las pruebas de cargo y descargo, bajo las reglas de valoración previstas en la norma y, por último, concluir acerca de la viabilidad e inviabilidad de la imputación en su conjunto,¹³ exteriorizando en forma palmaria el proceso lógico que utilizó para la conclusión.

Recordemos que en el ámbito procesal toda resolución —auto o sentencia— para que alcance el grado de validez,¹⁴ como acto de autoridad, deberá dictarse previa valoración del material aportado y obtener del mismo la plena certeza de la existencia de los hechos constitutivos de la infracción y responsabilidad del gobernado. En caso contrario, deberá necesariamente otorgar la absolución o la atenuación de la pena, si corresponde.

La violación a esta vertiente se actualiza cuando el órgano jurisdiccional vulnera derechos fundamentales, tales como: la falta de fundamentación y motivación sobre la valoración o la recaudación ilícita de la prueba; la falta de audiencia en ciertas diligencias, respecto a las reglas del debido proceso; o incluso la inobservancia en la aplicación sobre normas con efecto retroactivo.

- iii Como regla de tratamiento o “trato procesal”.¹⁵ Se refiere al trato que el imputado debe recibir durante y después de la aplicación de la medida cautelar de privación preventiva de la libertad, por motivo de la tramitación del proceso específico que se sigue en su contra. La manifestación de la presunción de inocencia en esta vertiente impide a los jueces la aplicación de medidas que impliquen una equiparación de hecho entre imputado y culpable, prohibiendo así todo tipo de resolución judicial que suponga la anticipación de la pena. Lamentablemente, en la práctica aún no estamos lejos de su cumplimiento.

Por constituir esto último un punto toral a este ensayo, lo trataremos de forma amplia en el siguiente subtema.

¹² Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 5, abril de 2014, tomo I, tesis: 1a./J. 26/2014 (10a.), registro: 2006091, p. 476.

¹³ Herrera Pérez, A. (2012). *El derecho a la presunción de inocencia*. México: Porrúa, p. 1.

¹⁴ Fernández López, M. (2005). *Prueba y presunción de inocencia*. España: Instel, p. 90.

¹⁵ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 5, abril de 2014, tomo I, tesis: 1a./J. 24/2014 (10a.), registro: 2006092, p. 497.

3.4. Prisión preventiva (como regla de tratamiento del inculpado)

La prisión preventiva es una institución jurídica que constituye una excepción a la libertad dentro de la fase de la investigación penal de los hechos, en la que aún no se ha resuelto su situación jurídica.¹⁶ Esta medida cautelar solo se justifica cuando en la causa penal se actualizan las exigencias que la norma suprema establece.

Recordemos que el propósito de toda medida cautelar es asegurar, en general, el cumplimiento o la ejecución de una hipotética y futura sentencia. En materia penal se amplía el fin, en atención a los bienes jurídicos tutelados y los efectos sociales que genera, así lo refiere José Luis Eloy Morales Brand:

La prisión preventiva pretende impedir la fuga o evasión de la acción de la justicia del inculpado, asegurar su presencia en el juicio para que siga en marcha y no se paralice; que el inculpado no destruya las pruebas, amenace a la víctima, testigos o destruya el objeto u objetos del delito; evitar que informe a sus cómplices para que evada la acción de la justicia; impedir que cometa nuevos delitos; protegerlo de los mismos cómplices y de las víctimas; garantizar la ejecución de la pena; pero principalmente que la sociedad crea en el prevailecimiento del orden jurídico y se abstenga de realizar conductas delictuosas.¹⁷

En la actualidad existe un enorme abuso de la prisión preventiva, toda vez que la mayoría de los delitos están calificados como graves por la legislación ordinaria. Con la finalidad de superar este estado de cosas se impone que sea la propia constitución política nacional que determine los casos excepcionales. Este fue el argumento genético plasmado en la exposición de motivos de la reforma penal, expuesta en el dictamen de la primera lectura, primera vuelta, por la Cámara de Diputados, el día 12 de diciembre de 2007.¹⁸

Al constituirse como uno de los bastiones de la reforma penal, esta institución se reguló en forma especial en el artículo 19 constitucional, que por su relevancia se transcribe:

Artículo 19.-

El Ministerio Público solo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los

¹⁶ Concepto empleado por la Sala Constitucional de Costa Rica, en el voto número 1309-96, citado por Cárdenas Riuseco, R. F. (2004). *La prisión preventiva en México*. México: Porrúa, p. 4.

¹⁷ Morales Brand, J. L. E. (2008). *Reforma al sistema de justicia penal en México*. 2a ed. México: Epiqueía, p. 100.

¹⁸ La fluidez de las razones plasmadas en la iniciativa permite conocer con precisión el fin perseguido por el legislador, lo que sirve para formular la debida interpretación constitucional de los delitos graves y la aplicación de prisión preventiva a fin de respetar la presunción de inocencia.

testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

El contenido de este dispositivo enmarca cuatro reglas de tratamiento de la prisión preventiva, que deben observarse por las autoridades en el procedimiento penal:

- i. Es una medida cautelar, como tal, su función es doble, por un lado es preventiva (por cuanto se anticipa a la materialización del riesgo), tomando la peligrosidad del gobernado en tal supuesto y, por otro lado, es instrumento procesal de contenido material (al limitar derechos de imputado).
- ii. Establece los principios sobre los cuales se regirá, como son:
 - a) Subsidiariedad y,
 - b) De excepcionalidad.

El primero obliga a la autoridad a optar por la medida cautelar que menos afecte la esfera jurídica de los particulares, esto es, “provocar la menor afectación posible”.¹⁹ El segundo, por su parte, refiere que la medida solo procederá cuando otros mecanismos de cautela no sean suficientes para lograr el fin perseguido.²⁰

- iii. Exige la rogación obligatoria por parte del ministerio público en aquellos delitos que no sean de carácter oficioso, además le impone la obligación de demostrar que la peligrosidad del inculpado es de tal magnitud que su libertad implica poner en peligro cualquiera de los siguientes bienes tutelados:

1. Su comparecencia en el juicio,
2. El desarrollo de la investigación,
3. La protección de la víctima, de los testigos o la comunidad,
4. Esté siendo procesado o haya sido sentenciado por delito doloso.

A nivel internacional la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha concluido que será válida la aplicación de la prisión preventiva solo cuando se demuestre efectivamente: el peligro de fuga, el riesgo de la comisión de nuevo delito, la necesidad de investigar.²¹

¹⁹ Comentarios a la Reforma Constitucional en Materia Penal, mesas redondas. Recuperado de <http://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/CST/73134/73134.pdf>.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Cárdenas Rioseco, R. F. (2003). *La presunción de inocencia*. México: Porrúa, p. 29.

Su aplicación necesariamente debe ser temporal, luego entonces, el órgano jurisdiccional que lo permite deberá tomar en cuenta todos los elementos para fijar su duración, la que desde luego deberá ser el menor tiempo posible.

- iv. *Excepcionalmente oficiosa*: restringe la afectación de la libertad del inculpado en forma oficiosa por parte del órgano jurisdiccional, limitando los supuestos a los siguientes delitos: delincuencia organizada; homicidio doloso; violación; secuestro; trata de personas; delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos; así como los llamados delitos graves-legales, como son aquellos que atentan contra la seguridad de la nación; el libre desarrollo de la personalidad y contra la salud.

Bajo este contexto, resulta palmario que el juez esté facultado para imponer la prisión preventiva en forma excepcional cuando se actualizan los siguientes requisitos:

A. Prisión preventiva oficiosa:

1. Facultad concurrente debido a que la puede solicitar el ministerio público o puede ser impuesta por el Juez;
2. Solo procederá en delitos especiales, como son:
 - a) En los casos de delincuencia organizada,
 - b) Homicidio doloso,
 - c) Violación,
 - d) Secuestro,
 - e) Delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos,
 - f) Atenta contra de la seguridad de la nación,
 - g) Atenta contra el libre desarrollo de la personalidad,
 - h) Contra la salud.

B. Prisión preventiva no oficiosa:

- a) La solicite el ministerio público,
- b) Cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar: la comparecencia del imputado en el juicio; el desarrollo de la investigación; la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad; y cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

No omito mencionar que en este ensayo evito analizar la convencionalidad de la prisión preventiva oficiosa debido a la línea de investigación ofrecida en las primeras líneas; sin embargo, compartimos a priori la opinión de García Ramírez (2010), quien acepta que este tipo de medidas, antes del inicio de un proceso, crea tensión con el principio de presunción de inocencia.

3.5. Delitos graves conforme al artículo 19 Constitucional

La nomenclatura de “delitos graves” tiene su origen en la reforma constitucional del artículo 20, primer párrafo, ventilada en el año 1993, que vino a sustituir la operación matemática aplicable en todos los ámbitos judiciales, para el efecto de que el presunto responsable de un delito tuviese derecho a una libertad provisional bajo caución. La aplicación de la regla consistía en establecer el término medio aritmético de la suma del mínimo y máximo de la pena de prisión contemplada en el delito cometido, si ese término medio no rebasaba a cinco años, entonces el procesado podía obtener su libertad bajo caución.

La fórmula provocó una alta sobrepoblación carcelaria, particularmente porque no se tomó en cuenta que la delincuencia no es la misma en el país y las penas de los delitos son reguladas de formas diversas por los legisladores de cada entidad. Por ello, en el año 2007 fue necesario sustituir las reglas para la obtención de la libertad provisional, y reconocer la facultad a cada legislatura para que de acuerdo con sus condiciones sociales emitieran un catálogo de delitos graves tomando como premisa aquellas conductas que afectan de manera importante los valores fundamentales de la sociedad, en el entendido que todos los tipos penales así clasificados impedirán la libertad provisional del imputado.

Por ese motivo, todos los congresos de las legislaturas de las entidades federativas elaboraron su catálogo, algunos en el Código sustantivo y otras en el Código procesal penal, pero con la característica de ser discrecional, debido a la omisión del legislador federal de proporcionar algún parámetro para identificar el límite de las conductas graves.

Con el tiempo, la lista de delitos graves se incrementó en tanto nivel local como en materia federal, como consecuencia, la prisión preventiva es hasta la fecha de aplicación frecuente en los procesos penales, al grado que ha provocado el incremento de internos en los centros de readaptación social en espera de sentencia, y esta sentencia incluso en muchas ocasiones resulta absolutoria, pero mientras tanto se provocó la transgresión de la libertad de las personas y afectación colateral a sus familiares. Huelga decir que en la mayoría de los casos se debe a una deficiente e ilegal integración de la averiguación previa.

Sin embargo, a partir del día 18 de junio del año 2008, se publicaron varias reformas a los artículos: 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115; y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con lo que se marcó de esta manera un hito en el sistema penal. El procedimiento penal sufrió grandes ajustes debido a que se implementó la base para avanzar hacia la impartición

de justicia con reglas aplicables en los estados democráticos, se privilegió la libertad como derecho fundamental de las personas y la justicia restaurativa de la víctima.

Uno de los grandes cambios tiene que ver precisamente con la limitación de los llamados delitos graves, como condición indispensable para la aplicación de la prisión preventiva, debido a la prelación favorable de la presunción de inocencia de todo sujeto imputado. Lo que significa que no fueron eliminados, solo que ahora está regulado a nivel constitucional el grupo de los delitos que se puede imponer la prisión preventiva en forma oficiosa y otro grupo que es a petición del ministerio público.

El artículo 19 del ordenamiento máximo mexicano establece actualmente dos grupos que integran el catálogo de los delitos graves, que son:

- A) Graves-constitucionales:
 - Delincuencia organizada
 - Homicidio doloso
 - Violación
 - Secuestro
 - Delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos

- Graves-legales:
 - Contra la seguridad de la nación
 - Contra el libre desarrollo de la personalidad
 - Contra la salud

Delitos graves-constitucionales:

Al primer grupo los he denominado así por virtud de que el legislador permanente identifica con cierta precisión los tipos que entran en esta familia de delitos, sin permitir la posibilidad de ampliarlos en un ordenamiento secundario.

Por considerarlos como delitos están plenamente identificados en el concepto general y no atentan contra la metodología del ensayo, (omito comentario alguno).

Graves-legales

El segundo grupo de los delitos los he denominado graves-legales, en virtud de que serán determinados por la ley secundaria o especial, parten del bien jurídico determinado en la propia Constitución Federal, se acepta que serán los únicos de acuerdo a la redacción del citado numeral.

A continuación, me propongo identificar los delitos graves-legales con el propósito de enmarcar y completar la información que ayude a delimitarlos, se toma como

base del ejercicio el Código Penal Federal y Código Nacional de Procedimientos Penales que establece en el artículo 167 todo el catálogo aplicable.

1) Delitos en contra de la seguridad de la nación:

Esta familia de delitos tiene en común que el bien jurídico tutelado es la seguridad de la nación. Bien jurídico que se puede afectar o poner en peligro a través de diversas conductas cometidas necesariamente por la concurrencia de varias personas, con el fin de realizar acciones que pretendan o lleven a desequilibrar la firmeza colectiva de la población. En la actualidad, el Código Nacional de Procedimientos Penales considera grave solo los delitos de: traición a la patria; espionaje; terrorismo nacional e internacional y sabotaje; siendo estos los únicos que tendrán la calidad de graves oficiosos.²²

2) Delitos contra el libre desarrollo de la personalidad:

El bien jurídico tutelado de esta rama de delitos es el libre desarrollo de las personas menores de dieciocho años o “quienes no tengan la capacidad de comprender el significado del hecho o que no tenga la capacidad de resistirlo”.²³

Los delitos comprendidos en esta parcela se localizan en el libro Segundo, Título Octavo del Código Penal Federal, según se observa en el siguiente catálogo.

| Concepto | Artículos |
|--|-----------------|
| 1. Corrupción de personas menores de dieciocho años. | 200 - 201 Bis |
| 2. Pornografía de personas menores de dieciocho años. | 202 |
| 3. Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años. | 203 y 203-Bi |
| 4. Lenocinio y trata de personas ²⁴ | 206 - 206 - Bis |

²² El Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo 167, contiene el catálogo de los delitos graves en general y, respecto a esta familia se ubican en las fracciones IV, V, VI, VII y VIII del citado numeral, que incluye únicamente el de traición a la patria previsto en los artículos 123, 124 y 125; espionaje, previsto en el artículo 127 y 128; terrorismo, artículo 139 al 139 ter, 148 bis al 148 quater; sabotaje, previsto en el artículo 148 y los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145.

²³ Ramírez Delgado, J. M. (2003). *Llamado Derecho penal especial o delitos especiales ámbito federal*. México: Porrúa, p. 119.

²⁴ El artículo 205 comprendió el delito denominado “trata de personas”, sin embargo, la Ley Federal de trata de personas publicada el 27 de noviembre de 2007 subsumió este delito, (artículo 205 del Código Penal Federal).

| Concepto | Artículos |
|---|-------------------|
| 5. Provocación de un delito y apología de este o de algún vicio y de la omisión de un delito que detente contra el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana o la integridad física o mental. ²⁵ | 208 - 209 |
| 6. Pederastia | 209 Bis - 209 Ter |
| 7. Tráfico de menores | 366 -Ter |

En los citados delitos no se involucran a personas adultas por virtud de que por la edad no se les puede lesionar su libre desarrollo, excepto que se trate de personas que no tengan la capacidad para comprender los hechos. No obstante, el Código Nacional reconoce de forma oficiosa imponer la prisión preventiva para este grupo, los mencionados en el artículo 167, fracción IX y X, y retirar varios de los enmarcados.

3) Delitos contra la salud:

El concepto de salud tiene varias acepciones, por ese motivo existe una amplia gama de su regulación en diversos ordenamientos internacionales, federales y estatales. Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), la salud es la condición de todo ser vivo que goza de un absoluto bienestar tanto a nivel físico como a nivel mental y social.²⁶ Lo que representa una clasificación de salud de tipo individual y pública. La primera atañe a cada sujeto integrante de una comunidad, restringiéndolo a sus condiciones y padecimientos propios. La segunda comprende el bienestar colectivo, es el Estado quien debe implementar las políticas públicas idóneas para protegerla.

La salud pública se tomó en cuenta para la implementación de la reforma, debido a la íntima relación que en México guarda la delincuencia organizada con la conducta tipificada en los artículos 193 a 199 del Código Penal Federal, cuyo centro es el narcotráfico, delito de competencia federal, que abarca ya sea su producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos. Se excluyen los delitos regulados en los artículos 475-477 de la Ley General de Salud, por no estar relacionados con la delincuencia

²⁵ Los delitos reconocidos en este espacio no son considerados graves-oficiosos en el artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

²⁶ Recuperado de <http://definicion.de/salud/#ixzz3iRVgMBK1>.

organizada y que por tal motivo son de competencia concurrente²⁷ y no son considerados graves.

Los delitos contra la salud, de carácter grave, son los reconocidos en el artículo 167, fracción XI del Código Nacional.

3.6 Tratamiento de la prisión preventiva y los delitos graves en el estado de Guanajuato (a partir de la reforma Constitucional)

Las reglas de operatividad del sistema procesal penal acusatorio aprobadas en junio de 2008 por el legislador federal se localizan en los artículos segundo y tercero transitorios²⁸ de la citada reforma. Tales dispositivos permiten entender que la vigencia y aplicación del sistema penal oral está sujeta al cumplimiento de dos requisitos en calidad de condición suspensiva a cargo de las entidades federativas, como son: 1) la reforma legislativa en materia de justicia penal y de seguridad pública y, 2) la emisión de una declaratoria en la que señale expresamente que el sistema procesal penal acusatorio ha sido incorporado a los ordenamientos secundarios. Hecho lo anterior, las garantías que consagra la Constitución Federal sobre el sistema procesal acusatorio tendrán vigencia.

El primer requisito consiste en que el legislador de la entidad implemente acciones para confeccionar un grupo de normas secundarias que integren todo el sistema penal acusatorio, como es: la Constitución Política del Estado, Código de Procedimientos Penales, que establezca todas las bases de esta modalidad oral, Ley de Extinción de Dominio, entre otras. Además de las reformas a las distintas leyes orgánicas estatales.

²⁷ Tesis: 1ª./J.94/2012, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro XXII, julio de 2013, tomo I, abona a la concurrencia.

²⁸ Segundo. El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto. En consecuencia, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán expedir y poner en vigor las modificaciones u ordenamientos legales que sean necesarios a fin de incorporar el sistema procesal penal acusatorio. La Federación, los Estados y el Distrito Federal adoptarán el sistema penal acusatorio en la modalidad que determinen, sea regional o por tipo de delito.

En el momento en que se publiquen los ordenamientos legales a que se refiere el párrafo anterior, los poderes u órgano legislativos competentes deberán emitir, asimismo, una declaratoria que se publicará en los órganos de difusión oficiales, en la que señale expresamente que el sistema procesal penal acusatorio ha sido incorporado en dichos ordenamientos y, en consecuencia, que las garantías que consagra esta Constitución empezarán a regular la forma y términos en que se substanciarán los procedimientos penales.

Tercero. No obstante, lo previsto en el artículo transitorio segundo, el sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19, 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor al día siguiente de la publicación del presente Decreto en el Diario Oficial de la Federación, en las entidades federativas que ya lo hubieren incorporado en sus ordenamientos legales vigentes, siendo plenamente válidas las actuaciones procesales que se hubieren practicado con fundamento en tales ordenamientos, independientemente de la fecha en que estos entraron en vigor. Para tal efecto, deberán hacer la declaratoria prevista en el artículo transitorio Segundo.

Mientras, el segundo requisito consiste en la emisión de la declaratoria legislativa, la cual debe tener el objeto de establecer con precisión los momentos de la vigencia del nuevo sistema penal acusatorio oral e informar que lo ha incorporado a las leyes secundarias, a fin de que la población tenga conocimiento de los principios, garantías y formas en que ahora se substanciará el nuevo procedimiento penal.

Es pertinente precisar que el artículo segundo transitorio (de la reforma constitucional), estableció las bases para fijar las reglas de operatividad del sistema penal acusatorio para las entidades federativas que no se habían anticipado a la reforma en materia penal, por ello la razón de establecer el plazo máximo hasta el año 2016. Para aquellas que ya practicaron este sistema, deben de forma necesaria alinear sus ordenamientos a esta propuesta constitucional.

El estado de Guanajuato —que tomaremos como muestra— es de aquellas entidades que, después de la reforma constitucional penal, emprendió una serie de acciones consensadas en el acuerdo interinstitucional²⁹ en materia de seguridad, justicia y legalidad, para lograr poner en práctica el nuevo sistema. Entre otras acciones destacamos las que se muestran en el siguiente recuadro:

| Fecha | Actividad |
|-------------------------|--|
| 21 de noviembre de 2008 | Acuerdo de coordinación para iniciar y ejecutar un proyecto estratégico para la transición a la oralidad en la justicia penal (reformado el 17 de marzo de 2009). |
| 26 de febrero de 2010 | Reforma a la Constitución local y reconocimiento de las bases del nuevo sistema penal acusatorio oral. |
| Varias fechas | Se aprobaron y publicaron todo un conjunto de ordenamientos secundarios exigidos por la Constitución federal, ³⁰ como: <ul style="list-style-type: none"> • Ley del Proceso Penal que entró en vigor el día 1 de septiembre de 2011. |

²⁹ Publicado en el Periódico Oficial del Estado número 187, segunda parte, el 21 de noviembre de 2008.

³⁰ Para ampliar la información sobre todos los ordenamientos implementados para cubrir la cuota exigida por la Constitución Federal, relacionado a la implementación del sistema penal acusatorio en el estado de Guanajuato, recomendamos inspeccionar el siguiente sitio oficial: www.congresogto.mx/.../implementación-del-sistema-procesal-penal.

| | |
|----------------------|--|
| Varias fechas | <ul style="list-style-type: none"> • Ley de Extinción de Dominio inició en vigor el día 1 de enero de 2012. • Además, se reformaron otros ordenamientos complementarios. |
| 19 de agosto de 2011 | Se emitió el decreto número 183: mediante la cual se declara que el Sistema Procesal Penal Acusatorio se ha incorporado plenamente en los ordenamientos legales del estado de Guanajuato. |

La entrada en vigor de la indebidamente llamada Ley del Proceso Penal para el Estado de Guanajuato³¹ marcó el inicio, mientras que la declaratoria encuadró los momentos de la vigencia del nuevo sistema.

En forma breve informamos que Guanajuato adoptó el sistema regional, su ingreso fue progresivo. La entidad se dividió en cuatro regiones, entrando en vigor en cada una de ellas en diferentes fechas, según se observa en el siguiente recuadro.

Declaratoria de vigencia

De conformidad con la Constitución Política para el Estado de Guanajuato y la Ley del Proceso Penal para el Estado de Guanajuato, el sistema procesal penal acusatorio entrará en vigor en los siguientes plazos y regiones:

| | | | |
|--|--|---|--|
| I. El 1 de septiembre del año 2011 en la Región comprendida por los municipios de: Atarjea, Comonfort, Doctor Mora, Dolores Hidalgo Cuna de la Independencia Nacional, Guanajuato, Ocampo, San Diego de la Unión, San Felipe, San José Iturbide, San Miguel de Allende, San Luis de la Paz, Santa Catarina, Tierra Blanca, Victoria y Xichú. | II. El 1 de enero del año 2013 en la Región comprendida por los municipios de: Abasolo, Cuerámara, Huanímara, Irapuato, Jaral del Progreso, Pénjamo, Pueblo Nuevo, Romita, Salamanca, Silao y Valle de Santiago. | III. El 1 de enero del año 2014 en la Región comprendida por los municipios de: Acámbaro, Apaseo el Alto, Apaseo el Grande, Celaya, Coroneo, Cortázar, Jerécuaro, Moroleón, Salvatierra, Santa Cruz de Juventino Rosas, Santiago Maravatío, Tarandacua, Tarimoro, Uriangato, Villagrán y Yuriria. | IV. El 1 de enero del año 2015 en la Región comprendida por los municipios de: León, Manuel Doblado, Purísima del Rincón y San Francisco del Rincón. |
|--|--|---|--|

³¹ Toda vez que el cuerpo normativo comprende un grupo de procedimientos penales y no solo el proceso, muestra entonces una carencia de técnica legislativa. El ejemplo más cercano a lo mencionado lo constituye el actual Código Nacional de Procedimientos Penales.

Aunque debido a la implementación del Código Nacional de Procedimientos Penales, en el mes de diciembre de 2013 el sistema penal estatal solo logró entrar en vigor en las regiones identificadas en las fracciones I, II y III, faltaron todas las ciudades enumeradas en la fracción IV, como es: León, Manuel Doblado, Purísima del Rincón y San Francisco del Rincón (lo que sumó un total con todas ellas de 1,656,490 habitantes, lo cual representó el 30.19% del estado de Guanajuato). En esta región, al igual que todas las demás, entraría completamente en vigor el citado sistema del Código Nacional hasta el mes de junio de 2016 —para los asuntos de fuero estatal, ya que para los de delitos federales, ya entró en vigor—, así lo ordena la declaratoria legislativa que consta en el decreto número 192, publicado en el Periódico Oficial del Estado en fecha 25 de noviembre de 2014. La vigencia de dicho Código abrogará la ley de la entidad.

Actualmente, desde el día primero de septiembre de 2011, que entró en vigor la Ley del Proceso Penal para el Estado de Guanajuato en la región IV, ya está aplicándose una parcialidad de las disposiciones que prevé este cuerpo normativo, así lo establece el artículo Sexto Transitorio, que por su importancia se transcribe:

Retroactividad

Artículo sexto. Siempre que sea oportuno dentro del trámite procesal, deberán aplicarse dentro del curso del procedimiento regido por el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato, las disposiciones de la presente ley que se refieran a:

- a) Indemnización al sentenciado injustamente condenado;
- b) Aplicación de los criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción penal;
- c) Imposición de medidas cautelares personales;
- d) Acuerdos reparatorios y suspensión condicional del proceso;
- e) Mecanismos alternativos de solución de controversias o justicia restaurativa;
- f) Procedimiento abreviado; y
- g) Procedimiento especial para inimputables y por incapacidad sobrevenida.

(Artículo reformado. P.O. 12 de agosto de 2011)

Esto significa que en la región IV es válida la aplicación de varias disposiciones del actual sistema penal acusatorio, entre ellas, las medidas cautelares de carácter personal que involucran una restricción a la libertad del procesado.

Para complementar la información, es necesario comentar que el artículo 178 de la Ley Procesal estatal, establece el catálogo de las diversas medidas cautelares de carácter personal que se pueden aplicar dentro del proceso. La penúltima opción la

constituye la llamada prisión preventiva, que solo podrá aplicarse cuando otras medidas no sean suficientes para garantizar: la comparecencia del procesado en el juicio; el desarrollo de la investigación, y la protección de la víctima o de los testigos. Mientras que la prisión preventiva oficiosa se podrá aplicar únicamente para los delitos graves constitucionales que reconoce el artículo 19 del ordenamiento máximo del país.

Por su parte, en las ciudades donde el sistema aún no ha entrado en vigor en su totalidad, el juez de partido (o también conocido de primera instancia), continúan aplicando las reglas de la prisión preventiva acorde a los delitos graves, método tradicional, contenidos en el artículo 11 del Código Penal del Estado de Guanajuato, que son:

Artículo 11. Se consideran como delitos graves, para todos los efectos legales los siguientes:

- I. Homicidio doloso previsto por los artículos 139, 140, 152, 153 y 153-a, así como en grado de tentativa con relación al artículo 18. (Reformada, P.O. 03 de junio de 2011).
 - II. Lesiones, previsto por los artículos 145 y 147. (Reformada, P.O. 03 de junio de 2011).
 - III. Homicidio en razón de parentesco o relación familiar, previsto por el artículo 156, así como en grado de tentativa con relación al artículo 18. (Reformada, P.O. 03 de junio de 2011).
 - IV. Aborto, previsto por el artículo 158 en relación al artículo 161. (Reformada P.O. 03 de junio de 2011).
 - V. Secuestro, previsto por los artículos 173 y 174, el previsto en la fracción I y el último párrafo del artículo 175-a, así como en grado de tentativa con relación al artículo 18. (Reformada, P.O. 03 de junio de 2011).
 - VI. Trata de personas, a que se refieren los artículos 179-a, 179-b y 179-c. (Reformada. P.O. 03 de junio de 2011).
 - VII. Violación, previsto por los artículos 180, 181, 182 y 184, así como en grado de tentativa con relación al artículo 18. (Reformada, P.O. 03 de junio de 2011).
 - VIII. Abusos sexuales, previsto en los párrafos segundo y tercero del artículo 187; y acoso y hostigamiento sexual previsto en el artículo 187-c. (Adicionada, P.O. 16 de diciembre de 2014).
 - IX. Robo calificado, previsto por el artículo 194 en relación con la fracción IV del artículo 191; el previsto por las fracciones I y IV del artículo 194, con independencia de la cuantía del robo; así como el robo, previsto en los artículos 191-b y 194-a, con independencia de la cuantía. (Reformada, P.O. 17 de octubre de 2014).
 - X. Daños dolosos, previsto por el artículo 211. (Reformada, P.O. 03 de junio de 2011).
 - XI. Daños dolosos, previsto por el artículo 212. (Reformada, P.O. 03 de junio de 2011).
 - XII. Extorsión, previsto por el artículo 213. (Reformada, P.O. 03 de junio de 2011).
-

-
- XIII. Tráfico de menores, previsto en los párrafos primero y segundo del artículo 220. (Reformada, P.O. 03 de junio de 2011).
 - XIV. Falsificación de documentos y uso de documentos falsos, previstos en el segundo párrafo de los artículos 233 y 234, respectivamente. (Adicionada, P.O. 17 de octubre de 2014).
 - XV. Corrupción de menores e incapaces, contemplada en los artículos 236, 236-b fracción II y 237.
 - XVI. Rebelión, previsto por el artículo 241.
 - XVII. Terrorismo, previsto por el artículo 245.
 - XVIII. Peculado, previsto por el artículo 248, cuando el monto de lo dispuesto exceda de lo previsto en la fracción IV del artículo 191.
 - XIX. Desaparición forzada de personas, previsto por el artículo 262-a.
 - XX. Tortura, previsto por el artículo 264.
 - XXI. Evasión de detenidos, inculpados o condenados, previsto por el artículo 269 segundo párrafo.
 - XXII. Encubrimiento, previsto en el segundo párrafo del artículo 275. (Adicionada, P.O. 17 de octubre de 2014).
-

No se debe pasar por alto que el citado catálogo ha sufrido varias modificaciones después de la reforma constitucional en materia penal aprobada por el legislador federal en el año 2008, incluso en fecha 17 de octubre de 2014 se reformaron las fracciones VIII, IX, XIV y XXII de dicho artículo, ya que antes no se contemplaba como delitos el robo mediante instrumentos electrónicos, ni las múltiples conductas relacionadas con los vehículos de motor, el uso de documentos falsos y el encubrimiento, lo que representa que el legislador aun con la reforma penal ya vigente en el estado sigue incrementando el catálogo de los delitos graves, diferentes al bien jurídico tutelado de los previstos en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Bajo tal panorama, resulta pertinente retomar la hipótesis que ha servido como columna vertebral en este ensayo: ¿es constitucional que se siga aplicando, por el órgano jurisdiccional en materia penal de la entidad, el total de los delitos graves previstos en el artículo 11 del Código Penal del Estado de Guanajuato, tanto en las regiones donde opera el nuevo sistema como en aquellas que aún no es vigente, no obstante, que el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos solo registra algunos de ellos?

Al respecto, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis número 36/2012 el día 21 de enero de 2013, sustentada entre el Quinto y Tercer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Penal del Primer Circuito, aceptó que el sistema procesal penal acusatorio entre en vigor en una entidad federativa cuando la legislatura local o del Distrito Federal emita la declaratoria correspondien-

te,³² pues recordemos que a través de este instrumento se informa al público la incorporación de las garantías que consagra la Constitución Federal de este nuevo sistema a los ordenamientos secundarios, para que se observen y respeten por las autoridades competentes.

En el estado de Guanajuato ya se han satisfecho, a esta fecha, las dos condiciones suspensivas que superan la *vacatio legis*, impuesta en el artículo segundo transitorio de la reforma penal constitucional, pues ya se emitieron las reformas en materia de justicia penal y de seguridad pública, además, se publicó la declaratoria en la que se reconoce expresamente la entrada en vigor del sistema procesal penal acusatorio, si bien, limitado para la región IV, en cuanto a ciertas partes del procedimiento penal, entre ellas la aplicación de las medidas cautelares de carácter personal como es la prisión preventiva, pues esta parcela ya entró en vigor, motivo por el cual resulta inconstitucional que se sigan observando las instituciones del derecho penal clásico, como: la libertad provisional bajo caución y el catálogo de los delitos graves establecidos en el artículo 11 del Código Penal del Estado de Guanajuato, cuando una de las premisas que sustentaron el cambio de sistema lo es que, conforme a la nueva lógica del procedimiento acusatorio, se invierte la regla de la prisión preventiva, consistente en que todos los imputados deben enfrentar su proceso en libertad y solo de manera excepcional procederá aquella, lo que propicia la extinción de las instituciones antes mencionadas. Incluso para regular las medidas cautelares de carácter personal deberán observarse los principios de subsidiariedad y excepcionalidad, de tal manera que la prisión preventiva solo procederá cuando ninguna otra medida cautelar sea suficiente para el logro de los propósitos indicados³³ en el artículo 19 de la Carta magna.

Lo anterior significa que los jueces de todas las regiones del estado de Guanajuato, incluyendo la región IV, deben observar las nuevas reglas sobre la prisión preventiva, aplicándose únicamente cuando se actualice alguno de los delitos previstos en el artículo 19 de la Constitución Federal, ya que ahora los imputados deben enfrentar su proceso en libertad y solo de forma excepcional mediante la prisión preventiva.

En consecuencia, es inconstitucional que el legislador de la entidad haya reformado el artículo 11 del Código Penal para implementar como delitos graves el robo mediante instrumentos electrónicos, ni las múltiples conductas relacionadas con los

³² Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro XVIII, marzo de 2013, tomo 1. P./J. 8/2013 (10a.). Registro: 2003171, p. 187.

³³ La aplicación de las medidas cautelares, los cuales son auténticos actos de molestia, procederán únicamente cuando exista la necesidad de cautela del proceso o de la protección de las víctimas, esto quiere decir que solo cuando haya necesidad de garantizar la comparecencia del imputado en el juicio; el desarrollo de la investigación; la protección de la víctima; de los testigos o de la comunidad; cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido procesado previamente por la comisión de un delito doloso. (Ejecutoria de la contradicción de tesis número 36/2012 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación).

vehículos de motor, el uso de documentos falsos y el encubrimiento, esto en el mes de octubre de 2014; lo que atenta contra el avance progresivo de los derechos humanos, pues la tarea ahora es ajustar en forma urgente el citado catálogo solo a los delitos establecidos en la Constitución Federal, mientras entra en vigor en la entidad el Código Nacional de Procedimientos Penales. Por ese motivo, se propone en forma práctica modificar el artículo 11 del Código Penal del Estado de Guanajuato o, en su caso, inaplicar los delitos que no están previstos en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de tal suerte que el catálogo de la entidad se reduzca a la siguiente lista:

Artículo 11. Se consideran como delitos graves, para todos los efectos legales los siguientes:

- I. Homicidio doloso, previsto por los artículos 139, 140, 152, 153 y 153-a, así como en grado de tentativa con relación al artículo 18.
 - II.
 - III. Homicidio en razón de parentesco o relación familiar, previsto por el artículo 156, así como en grado de tentativa con relación al artículo 18.
 - IV.
 - V. Secuestro, previsto por los artículos 173 y 174, el previsto en la fracción I y el último párrafo del artículo 175-a, así como en grado de tentativa con relación al artículo 18.
 - VI. Trata de personas, a que se refieren los artículos 179-a, 179-b y 179-c.
 - VII. Violación, previsto por los artículos 180, 181, 182 y 184, así como en grado de tentativa con relación al artículo 18.
 - VIII. Abusos sexuales, previsto en los párrafos segundo y tercero del artículo 187; y acoso y hostigamiento sexual previsto en el artículo 187-c.
 - IX.
 - X.
 - XI.
 - XII. Extorsión, previsto por el artículo 213.
 - XIII. Tráfico de menores, previsto en los párrafos primero y segundo del artículo 220.
 - XIV.
 - XV. Corrupción de menores e incapaces, contemplada en los artículos 236, 236-b fracción II y 237.
 - XVI. Rebelión, previsto por el artículo 241.
 - XVII. Terrorismo, previsto por el artículo 245.
 - XVIII.
 - XIX. Desaparición forzada de personas, previsto por el artículo 262-a.
 - XX. Tortura, previsto por el artículo 264.
 - XXI.
 - XXII.
-

4. Conclusiones

1. El reconocimiento expreso del principio de presunción de inocencia por parte del legislador en la llamada reforma penal del año 2008 evita duda alguna sobre su existencia. Su respeto debe materializarse en todas las fases del procedimiento penal, lo que representa para el legislador el imperativo de realizar los trabajos pertinentes para que este principio se observe en todas sus vertientes, en forma particular, ajustar el catálogo de los delitos graves únicamente a los previstos en el artículo 19 de la Carta suprema de nuestro país.
2. El órgano jurisdiccional es el único que puede ordenar la prisión preventiva oficiosa solo en aquellos delitos contemplados en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo tanto, no es constitucional seguir aplicando el catálogo de delitos graves establecidos en los códigos de las entidades federativas, si ya se cumplieron con los requisitos de reforma legislativa en materia de justicia penal, y la emisión de la declaratoria que reconozca la incorporación de las garantías que consagra la Carta magna sobre el sistema procesal acusatorio.
3. Es relevante la preparación de todos los operadores que son parte dentro de este sistema procesal penal, a fin de respetar en toda su amplitud el derecho humano de la presunción de inocencia, así como estar conscientes de las responsabilidades que implica su omisión o violación por el poder público, al grado que hagan vigente a favor del justiciable la actualización del derecho subjetivo, para demandar del Estado la indemnización por la actividad irregular del poder público en los tres poderes.

Referencias

- Baytelman A., A. y Duce J., M. (2009). *Litigación penal y juicio oral y prueba*. México: Fondo de Cultura Económica/Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Carbonell, M. y Ochoa Reza, E. (2007). “¿Necesitamos reformar nuestro sistema de justicia penal? Algunos indicadores empíricos y teóricos”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LVII, núm. 248, julio-diciembre.
- Cárdenas Rioseco, R. F. (2003). *La presunción de inocencia*. México: Porrúa.
- Cárdenas Rioseco, R. F. (2004). *La prisión preventiva en México*. México: Porrúa.

- Fernández López, M. (2005). *Prueba y presunción de inocencia*. España: Instel.
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 5, abril de 2014, tomo I, tesis: 1a./J. 26/2014 (10a.), registro: 2006091, p. 476.
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 5, abril de 2014, tomo I, tesis: 1a./J. 24/2014 (10a.), registro: 2006092.
- García Ramírez, S. (2010). *La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?* México: Porrúa.
- Herrera Pérez, A. (2012). *El derecho a la presunción de inocencia*. México: Porrúa.
- Luzón Cuesta, J. M. (1991). *La presunción de inocencia ante la casación*. España: Edit. Colex.
- Meza Fonseca, E. Principio acusatorio y de oralidad en los juicios relativos a los delitos de delincuencia organizada. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 27, 195-213.
- Morales Brand, J. L. E. (2008). *Reforma al sistema de justicia penal en México*. 2a ed. México: Epiqueia.
- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo directo en revisión número 1481/2013. Registro 24954.
- Ramírez Delgado, J. M. (2003). *Llamado Derecho penal especial o delitos especiales ámbito federal*. México: Porrúa.
- Semanario Judicial de la Federación, quinta época, registro: 336870, tomo XXXVII, p. 2087.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro XXII, julio de 2013, tomo I.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro XVIII, marzo de 2013, tomo 1. P./J. 8/2013 (10a.). Registro: 2003171, p. 187.
- Zepeda Lecuona, G. (2004). *Crimen sin castigo. Procuración de justicia penal y ministerio público en México*. México: Centro de Investigación para el Desarrollo A.C./Fondo de Cultura Económica.

Recursos en línea

Comentarios a la Reforma Constitucional en Materia Penal, mesas redondas. Recuperado de <http://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/CST/73134/73134.pdf>.

<http://definicion.de/salud/#ixzz3iRVgMBK1>

www.congresogto.mx/.../implementación-del-sistema-procesal-penal



<http://liderweb.mx/buscan-ampliar-catalogo-de-delitos-graves-en-tamaulipas/>

LA EMPRESA COMO ENTE JURÍDICO

BRANDON RODRIGO RODRÍGUEZ DURÁN*

Sumario

1. Introducción. 2. Definición. 3. Características de la empresa.
- 3.1 Actividad de organización. 3.2 Riesgo. 3.3 Sede. 3.4. Especulación (fin).
4. El marco Constitucional de la regulación de la empresa.
5. Regulación ambiental de la empresa.
6. Conclusiones.

Introducción

La empresa como figura económica ha representado un gran objeto de estudio y entendimiento para el área del derecho, pues su magnitud le permea en buena medida, por lo que los tratadistas han intentado descifrar su naturaleza jurídica mediante diversas posturas, sin llegar hasta ahora a una conclusión aceptada por la mayoría, creándose así una gran confusión tanto en la doctrina como en la legislación existente.

La ley, en este proceso de evolución de los conceptos económicos, ha señalado que las actividades comerciales e industriales son actividades empresariales, es así que en el artículo 16 del Código Fiscal de la Federación se nos muestra un listado de ellas. Ahora bien, por definición, toda actividad empresarial se realiza a través de empresas y con todos los elementos que estas conllevan. Es importante aclarar que la concepción de

* Alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad De La Salle Bajío.

empresa no se refiere únicamente a los grandes medios de producción y tráfico comercial, este concepto lo podemos encontrar en las más simples operaciones comerciales siempre que cuenten con los requisitos o elementos que hacen llamar empresa a dicha actividad.

No hay que olvidar que la economía generó la concepción de empresa y que este fenómeno económico, al tener consecuencias jurídicas, se ha trasladado a la esfera del derecho. Tratándose de un elemento de relaciones privadas, la empresa necesita de una estructura jurídica que la cubra y proteja, ya que alrededor de ella habrá siempre derechos que ejercitar y obligaciones que cumplir. Algo muy importante desde el punto de vista jurídico es que no hay concepto preciso de empresa y es de temer que nunca lo haya, pues a pesar de la interacción prolongada que ha tenido el derecho, no ha podido apropiarse como tal de la figura de la empresa, lo que ha llevado a tomar prestado conceptos de la economía para poder formular algunos relativamente aceptados.

2. Definición

Durante el paso del tiempo, y como tal del estudio de la figura de la empresa, los juristas y estudiosos del derecho han realizado una serie de conceptos y elementos con características muy variadas. A pesar de lo anterior, existen coincidencias en lo referente a dos elementos, estos son la organización y la finalidad. Junto con ellos aparecen también los términos producción, bienes, actividad, económico.

Por su parte, Soyla León Tovar define a la empresa como el conjunto organizado e integral de elementos objetivos y subjetivos bajo cohesión jurídica, orientados hacia una actividad económica para la producción, circulación o consumo de satisfactores en un mercado determinado.

El objetivo de tener una definición jurídica de empresa no se realiza con el fin de darle un tinte legal, sino de dejar en claro que a pesar de que el derecho no da un concepto de empresa, sí la protege como un ente jurídico y una unidad integral. Otro aspecto importante es que la orientación hacia una actividad económica se la da y realiza uno de sus propios elementos subjetivos: el empresario. A continuación, se explicarán los elementos de la empresa, mencionado en supra líneas.

3. Características de la empresa

3.1 Actividad de organización

Destaca la idea de que la empresa se erige como organización, lo cual permite poner en movimiento los diversos factores de la producción y orientarlos hacia una mayor generación de beneficios. Es muy importante hablar de organización de trabajo ajeno y no de intermediación en el trabajo, para determinar la comercialidad de la empresa, esto a la luz del Código de Comercio Italiano, del que nuestro código tiene gran influencia. La actividad desarrollada por el empresario para la producción y el intercambio de bienes y servicios es, evidentemente, una actividad económica, son actos en masa ejecutados repetidamente por aquel dentro de la organización profesional de la empresa.

3.2 Riesgo

El empresario debe estar expuesto a las pérdidas a su nombre y cuenta, y tiene la posibilidad de eventuales ganancias. Donde no hay riesgo no hay empresa, sino actividad de mera administración. Barrera Graf menciona que la actividad del comerciante debe realizarse a nombre propio, es decir, que quien la ejecuta se ostente como comerciante, que no oculte ese carácter, y asuma los riesgos de la actividad de la empresa.

3.3 Sede

El empresario, para desarrollar su actividad, además de requerir el concurso de un conjunto de bienes, y dado que tal actividad debe ser con carácter profesional y habitual, necesita de un soporte físico y estable, lo que se presupone o conoce como sede de la empresa. Es importante mencionar que esta sede no es precisamente el establecimiento como elemento objetivo, sino que se refiere al lugar donde está establecida la empresa. Así, toda empresa debe contar con una sede en donde el empresario se encargue de realizar su actividad económica.

3.4 Especulación (fin)

Por especulación debemos entender la operación comercial que se practica con mercancías o valores con ánimo de obtener lucro, en tanto que especular alude a efectuar operaciones comerciales o financieras con la esperanza de obtener beneficios basados en las variaciones de los precios o de los cambios. Nuestro Código Civil Federal utiliza como sinónimos los conceptos de provecho, ganancia, beneficio y utilidad. En este sentido, decir que la actividad empresarial es especulativa supone el asumir un ries-

go, como se manejó anteriormente, es decir, la eventualidad de sufrir pérdidas o de obtener ganancias, en tanto que el ánimo de lucro supone la obtención de beneficios. A esto, Barrera Graf dice que el ejercicio del comercio que realiza el comerciante se distingue por ser una actividad especulativa.

4. El marco Constitucional de la regulación de la empresa

Hasta ahora se ha explicado la importancia de tener una concepción jurídica de la empresa por su valor social y económico, y que si bien el derecho no otorga un concepto legal de empresa, sí la tutela y la regula, es por esto que debemos señalar los preceptos constitucionales bajo los que se regula. En el contexto nacional en el que se desarrolla la empresa, se regula bajo los fundamentos de los artículos 25, 26, 27 y 28 que definen los criterios neoliberales del modelo constitucional, los cuales pueden mostrarse de la siguiente forma:

a) Artículo 25 Constitucional:

Rectoría del desarrollo nacional

- Planeación, conducción, coordinación y orientación por el Estado de la actividad económica nacional.
- Concurrencia de los sectores público, privado y social de la economía.
- Aliento y protección de la actividad económica de los particulares.

b) Artículo 26 Constitucional

- Organización de un sistema de planeación democrática a cargo del Estado que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía, para la independencia, democratización política, social y cultural de la nación.

c) Artículo 27 Constitucional

- Las nuevas fracciones XIX y XX que se adicionaron lo convierten en parte del nuevo Capítulo Económico de la Constitución, las cuales vienen a acomodar o dar un sentido distinto del derecho de propiedad que bajo esta nueva visión hacen partícipe a la empresa como sociedad mercantil.

d) Artículo 28 Constitucional

Este precepto es de gran importancia pues es la base del sistema económico presente en el país, debido a que en su contenido se establece lo siguiente:

- Prohibición de prácticas monopólicas
- Defensa de la libre concurrencia
- Facultades para la fijación de precios máximos
- Protección legal a los consumidores
- Autorización de monopolios estatales respecto a las áreas estratégicas (energéticos e hidrocarburos)
- Posibilidad del Estado para contar con empresas necesarias
- Participación del sector privado y social en el sector económico

5. Regulación ambiental de la empresa

Me permito incluir este tema en el presente ensayo debido a su importancia actual para la sociedad, pues si bien uno de los objetivos del derecho empresarial es la tutela y protección de la empresa, también lo es la protección de la sociedad por medio de la misma empresa. Es importante señalar que pese a que existe un cuerpo normativo destinado a proteger el ambiente y evitar que las empresas generen daño a los ecosistemas, todavía no existe una protección efectiva del ambiente en los sistemas legales nacionales, y aunque aún está en discusión la naturaleza y características de este derecho, sí existe discusión entre los juristas en que lo que se pretende regular por la norma ambiental es evitar la generación de menoscabo, y con ello evitar incidir en el desgaste desmesurado de los ecosistemas.

La empresa no puede desvincularse de su medio, y al igual que los Estados debe planear estratégicamente los escenarios en los que se desarrolla y por medio de un cambio de paradigma y valores empresariales modificar la visión del proceso productivo a largo plazo, ya no solo debe preocupar al empresario por maximizar utilidades, sino que debe buscar a su vez alcanzar el desarrollo sustentable, lo que repercutirá en una mejor calidad de vida. Las nuevas empresas, e incluso las que ya cuentan con trayectoria, deben tener perfectamente claro que el uso desmedido de los recursos naturales no tendrá un buen resultado a largo plazo, pues esto solo ocasionará un futuro insostenible para la empresa y para la sociedad en general, por lo que es de suma importancia que acaten los ordenamientos legales en materia ambiental existentes en el país y en tratados internacionales para desarrollar un mejor trabajo empresarial.

6. Conclusión

Durante el presente trabajo recorrimos varios puntos útiles para abordar a la empresa como un ente jurídico, si bien puede resultar un enfoque general del concepto y la figura, estos son algunos de los caminos por recorrer en el estudio del fenómeno jurídico de la actividad empresarial. Era importante dejar en claro la separación del concepto de empresa visto desde un enfoque jurídico y no económico como siempre se ha estudiado, pero visualizamos el eslabón que une a estas dos ciencias: el impacto social de la empresa. Es tanta su magnitud que los juristas y doctos del derecho no logran perfeccionar un concepto aplicado al derecho de empresa, aunque en su mayoría coinciden en las características estructurales de dicho fenómeno, las cuales intentamos fueran expuestas con precisión en la presente investigación.

El estudio del derecho empresarial debe realizarse desde una perspectiva multidisciplinaria, ya que este surge como una combinación de varias ramas del derecho que permiten llevar un estudio de la actividad empresarial. Como mencionamos, la importancia de la empresa ha evolucionado tanto que múltiples ordenamientos jurídicos han surgido y otros se han reformado en atención a la empresa y su impacto tanto social como económico.

Con base en lo anterior, es preciso señalar la combinación de esferas científicas que dan luz a la empresa, esto es, la compañía para su funcionamiento requiere de la ciencia económica, social y claro está, jurídica. La economía se encargará de estudiar el capital y los procesos productivos, mientras que la sociología verá lo relativo a la fuerza del trabajo, pero estas dos ciencias necesitan del derecho aplicado a la empresa para que la entidad tenga vida jurídica y de este modo pueda ser compatible con la sociedad y su regulación, así como para que se tenga una seguridad en su operación según las normas que el Estado impone en la legislación. De nada serviría una empresa con la mejor visión económica sin una adecuada asesoría jurídica que le permita llevar un correcto ejercicio de sus derechos. Es por esto que se finaliza con la consciencia de la gran importancia que reviste el derecho para la empresa y las actividades empresariales.

Referencias

Arias Purón, R. T. (2015). *Derecho corporativo empresarial*. México: Grupo Editorial Patria.

Avendallo Carbellido, O. (2010). *Derecho empresarial mexicano*. México: Porrúa.

Código Fiscal de la Federación.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

León Tovar, S. H. (2014). *Derecho mercantil*. México: Oxford.

Sanromán Aranda, R. (2015). *Derecho corporativo y la empresa*. México: Cengage Learning.

Sarkin Cortés, S. S. (2015). *Derecho corporativo*. México: Porrúa.

Recursos en línea

www.anademx.com/revistaabogadocorporativo

www.elmundodelabogado.com

ANÁLISIS TÉCNICO JURÍDICO DE LOS PROCEDIMIENTOS CAUTELARES EN EL ESTADO DE GUANAJUATO

RODRIGO GUADALUPE RODRÍGUEZ VÁZQUEZ¹

Sumario

1. Concepto. 2. Autonomía de los procedimientos cautelares. 3. La tutela cautelar y sus medidas. 4. Efectos de la finalidad cautelar. 5. El fundamento constitucional de los procedimientos cautelares. 6. Presupuestos de la tutela cautelar. 7. Las medidas y procedimientos cautelares en el sistema civil del estado de Guanajuato. 8. Conclusiones.

1. Concepto

Al comenzar el análisis, nos encontramos con el problema de la definición técnica: medida vs procedimiento.

Medida.- (jurídicamente) es una forma de realizar un acto buscando un objetivo, que nos de un resultado deseado, bajo la proporción y correspondencia adecuada.

Procedimiento.- serie de pasos técnicos, jurídicos, especializados para obtener, a través de las normas jurídicas, el resultado a una pretensión planteada ante autoridad judicial (o en función jurisdiccional).

¹ Catedrático de la Universidad De La Salle Bajío.

Medida.- en nuestra materia es un término referido al juez (quien toma la decisión de efectuar algún acto procesal para prevenir una situación jurídica, en la proporción y correspondencia de la solicitud y el derecho controvertido). Esta facultad del juez de determinar la medida o grado de otorgamiento se relaciona con las cinco facultades que tiene toda autoridad jurisdiccional en ejercicio de este poder:

- 1.- Notio
- 2.- Coertio
- 3.- Vocatio
- 4.- Iuditio
- 5.- Executio

Procedimiento.- es la forma en la que el interesado acude ante la autoridad judicial, plantea una pretensión, sigue una serie de formas jurídicas, llamados también métodos o procesos, que implican el conocimiento técnico-jurídico de los mismos para la obtención del fin pretendido.

Procedimientos cautelares.- son todos aquellos procesos técnicos jurídicos que permiten al ciudadano (gobernado, justiciable, litigante) obtener medidas preventivas, cautelares, preparatorias, de aseguramiento y ejecutivas, para hacer efectivos derechos planteados en una controversia y que faciliten hacer efectivo el cumplimiento de los mismos. Algunos autores también los denominan Procedimientos prejudiciales. Nuestra crítica es limitada a solo algunos de ellos, pues no solo previamente al juicio se pueden plantear los procesos cautelares, sino también durante el juicio y posterior al juicio.

2. Autonomía de los procedimientos cautelares

En este tema debemos comenzar por preguntarnos: ¿son autónomos los procedimientos cautelares?, ¿son accesorios los procedimientos cautelares? Y es que los procedimientos cautelares, dado que no dependen para su existencia de algún otro elemento, ya que pueden incluso ser previos a un juicio o posteriores al mismo, pero tampoco pueden coexistir de una manera única pues deben estar ligados a una controversia, tienen la característica de ser procedimientos *complementarios*, puesto que un juicio puede subsistir con estos o sin estos, pero puede ser mejor la eficacia jurídica y la estrategia del juicio con el complemento de los procesos cautelares.

Al respecto, Chiovenda dice:

El poder jurídico de obtener una de estas resoluciones es una forma en sí misma de acción (acción aseguradora); y es pura acción, que no puede considerarse como accesoria del derecho garantizado, porque existe como poder actual cuando todavía

no se sabe si el derecho garantizado existe, y sin embargo, el demandado no tiene ninguna obligación de cautela antes de la resolución del Juez.

3. La tutela cautelar y sus medidas

En un sistema de derecho ideal, el proceso tendría la característica de ser instantáneo, empero, en la realidad es un acto con una proyección temporal que requiere la sucesión de varias unidades de tiempo, es por ello que la tutela cautelar busca evitar los peligros inherentes a esta imperfección temporal del proceso, procurando garantizar ya desde la presentación de la demanda, e incluso en ocasiones antes de esta, la efectividad futura del derecho afirmado en la demanda.

El término cautelar, según el diccionario de la Real Academia Española, en su segunda acepción, alude a las medidas o reglas para prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo; esta tiene la finalidad determinante de evitar que durante el transcurso del proceso se ocasione un daño, pues en el proceso es necesario llevar a cabo una serie de etapas procesales que consumen una cantidad de tiempo considerable; durante este lapso, existe la posibilidad de que se modifique la situación existente mientras el proceso llegue a su fin. Por ello es necesario asegurar de manera óptima la situación existente al inicio del proceso, e incluso en determinados casos, asegurar la situación existente antes o durante el proceso, para que una vez terminado se pueda ejecutar la decisión final en la realidad.

4. Efectos de la finalidad cautelar

La doble finalidad de la tutela cautelar comprende tanto una finalidad preventiva como una asegurativa. La primera finalidad se considera preventiva puesto que el órgano jurisdiccional prevé que el desarrollo del proceso podría originar algunos daños, si bien es cierto, al inicio solo se vislumbran como riesgos, estos pueden desembocar en daños una vez que concluya el proceso principal. Entonces la tutela cautelar busca prevenir daños que el proceso jurisdiccional principal no es apto para eliminar, a causa de su duración y demora, y la demora necesaria para que se resuelva en definitiva el proceso principal puede considerarse en algunos casos como causante de ulterior agravio, misma que se pretende convertirla en inofensiva con una medida cautelar específica para el caso concreto.

Mientras que la finalidad asegurativa alude a tener presente que la finalidad de tutela cautelar se encuentra estrechamente ligada con la efectividad de la sentencia que se expedirá en el proceso principal. Una resolución judicial deviene inefectiva cuando

no se ajusta lo en ella ordenado a lo realmente realizado, cuando no existe una coincidencia entre lo que esta dispone y lo que se hace o se omite en la realidad. Puede equipararse efectividad a satisfacción, entendiendo por tal no el reconocimiento de la pretensión solicitada en la demanda, sino la que se produce en un momento posterior y que tiene por resultado una total adecuación entre el contenido de la sentencia y lo que verdaderamente se ha recibido.

5. El fundamento constitucional de los procedimientos cautelares

Las medidas cautelares tienden precisamente a garantizar de manera provisional que la resolución que se emita en tal proceso sea eficaz, y no tratan de evitar dilaciones indebidas. Dicho de otro modo, las medidas cautelares tratan de asegurar la efectividad de la resolución jurisdiccional, sin necesidad de que existan o no dilaciones indebidas en la tramitación o ejecución del proceso, pues uno de los presupuestos para su adopción es el peligro de retraso por la duración (normal) del proceso, sin requerir la indebida dilación del mismo. Por tanto, el fundamento de estas medidas es el derecho constitucionalmente reconocido a que la tutela judicial otorgada por los órganos jurisdiccionales en la resolución que pone fin al proceso sea efectiva. Esto es, puesto que *el derecho a la tutela judicial debe poder asegurar el cumplimiento práctico de la resolución que en su día se dicte para cumplir así con la exigencia constitucional de ser una tutela eficaz*, una concreción de lo argumentado conduce a declarar que el fundamento constitucional de las medidas cautelares no se debe centrar en el aspecto general del derecho a la tutela, sino específicamente en el derecho a la efectividad de la misma, quepa al respecto lo dictado por el artículo 17 de nuestra Constitución.

Artículo 17.-

Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito y quedan, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

6. Presupuestos de la tutela cautelar

Para que la tutela cautelar sea tomada como tal, debe cumplir con dos presupuestos fundamentales que no pueden faltar y que deben concurrir para su existencia:

- a) La apariencia de buen derecho, o *fumus boni iuris*: se refiere a que quien solicita tutela cautelar debe lograr la convicción del juez de la aparente existencia del derecho que constituye el fundamento de la pretensión en el proceso principal, es decir, debe acreditar y probar cuál es la situación jurídica cautelable que pretende proteger. Sus alcances se centran en que:

Si bien es cierto que con base en la teoría de la apariencia del buen derecho existe la posibilidad de conceder la suspensión del acto reclamado, cuando es evidente que en relación con el fondo del asunto asiste un derecho al quejoso que hace posible anticipar con cierto grado de acierto que obtendrá la protección federal que busca, tal posibilidad no llega al extremo de hacer en el incidente de suspensión un estudio que implique profundidad en argumentos de constitucionalidad, pues esto es propio de la sentencia que se emita en el juicio principal. Así pues, si en el caso de que se trate no es tan claro preestablecer con solo “echar un vistazo” a la apariencia del buen derecho si la actuación de la autoridad está apegada a la ley, o bien, si es el peticionario de garantías quien tienen razón en cuanto la tilda de inconstitucional, no cobra aplicación la teoría en comento. (Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Circuito, novena época, registro: 185447. Instancia. Tipo de tesis: jurisprudencia. Tomo XVI, diciembre de 2002, materia(s): común, tesis: VI.3o.A. J/21, p. 581).

- b) El peligro en la demora o *periculum in mora*: el cual se compone de dos presupuestos a su vez, el primero es el peligro de que se consuma un daño a la parte actora, y el segundo es que la demora proviene del transcurso del tiempo necesario para dictar la resolución final en el proceso principal.

Por su parte, el *fumus boni iuris* comprende todos aquellos riesgos que pueden amenazar la efectividad de la sentencia del proceso principal, ocasionada por la demora en emitirla, y que la cautela pretende conjurar inminencia del daño. Esta responde a varios puntos:

- 1.- Sin peligro en la demora no puede otorgarse tutela cautelar.
- 2.- Si tal peligro no existe no se justifica una cautela.
- 3.- Este temor del daño inminente es el interés jurídico que justifica la adopción de la medida.
- 4.- Ese interés debe tener el carácter de “actual” al momento de la petición.
- 5.- La inminencia y actualidad del daño deben entenderse en el sentido que, si no se adopta la tutela cautelar, el daño se consumará sin más remedio.

Ahora bien, la caución no es una condición necesaria para el otorgamiento de la medida cautelar o despacho de esta, pues el juez para admitir una solicitud solo analiza la concurrencia de los dos presupuestos ya analizados y ante ellos procederá a decretarla,

en algunos casos para lograr su ejecución se encuentra condicionada a la previa constitución de una caución. Por tanto, se puede decir que más que un presupuesto de las medidas cautelares, la caución constituye un requisito para la traba efectiva de esta.

Es necesario indicar que existen ocasiones y supuestos especiales en los cuales se puede prescindir de la caución (alimentos provisionales, separación de cónyuges), pero generalmente siempre deberá ser tomada como un requisito indispensable de la tutela cautelar, pues su finalidad es garantizar el posible daño que se genere a la contraria con la ejecución del despacho de la medida cautelar.

7. Las medidas y procedimientos cautelares en el sistema civil del estado de Guanajuato

En cuanto a medidas cautelares, en Guanajuato se contemplan las siguientes:

- 1.- Medidas para garantizar el pago de costas procesales
- 2.- Medidas preparatorias
- 3.- Medidas de aseguramiento
- 4.- Medidas precautorias
- 5.- Medidas de ejecución
- 6.- Medidas preparatorias a juicio ejecutivo civil
- 7.- Medidas concursales
- 8.- Medidas sucesorales
- 9.- Medidas en asuntos de tutela
- 10.- Medidas en materia de oralidad familiar

Por su parte, los procedimientos cautelares recaen en: Preparatorios, Aseguratorios y Precautorios.

El estado de Guanajuato, en su Código de Procedimientos Civiles, contempla técnica y jurídicamente tres tipos de medios cautelares que sustentan tres formas de llevar a cabo el proceso cautelar o acción cautelar. 1) las preparatorias, 2) las precautorias y 3) las de aseguramiento.

Las medidas preparatorias las encontramos en la legislación estatal en los artículos del 391 al artículo 400 y son de dos tipos: a) las relativas a la inspección de determinadas cosas, documentos, libros o papeles; b) las relativas a la situación de hecho existente. En general, estas medidas tienen la característica especial de ser preparatorias en razón de que deben *promoverse indispensablemente antes de iniciarse el juicio*, esto es, no se pueden tramitar una vez iniciado el procedimiento, pues en esencia, del despacho de estas depende la existencia del procedimiento judicial.

En particular, las medidas de inspección se encuentran previstas por el artículo 391 del Código de Procedimientos Civiles, donde se alude a que antes de presentar una demanda, si la parte accionante o pretendiente necesita indispensablemente examinar, inspeccionar, revisar o ver alguna cosa, documento, libro o papel, puede solicitar esta medida ante el Juez, y este puede autorizar la exhibición de dichos objetos, sin embargo, existen dos requisitos indispensables para el despacho de la misma, que son a saber: 1.- La comprobación del derecho con que se pida la medida (aparición del buen derecho); esto es, se debe justificar al juez que se tiene un interés jurídico que será materia del posible juicio, para efecto de que se permita la inspección de las cosas, documentos, libros o papeles (precisar en el escrito el objeto de la inspección y los puntos a desahogar). 2.- Justificar la necesidad de dicha medida, es decir, que se acredite ante la autoridad judicial que es indispensable e imprescindible la inspección de las cosas, libros, papeles o documentos y que sin esto sería imposible interponer la demanda o iniciar el juicio. Una vez acreditados estos elementos, el juez debe autorizar la inspección fijando día y hora en la que deberá comparecer para efecto de que se lleve a cabo en los puntos en los que se ha solicitado. Se concede sin audiencia de la contraparte o del tercero que debe exhibir la cosa, papeles, libros o documentos. En cuanto a los medios de impugnación para esta medida debe decirse que la resolución que niegue o conceda la medida es apelable, en el efecto devolutivo, se admite en este efecto en virtud de que el artículo 394 no precisa el efecto y por ello se atiende a las reglas generales de la apelación. Existe un medio, que no es de impugnación desde el punto de vista formal, pero que, sin embargo, sí tiende a combatir el despacho de la medida, y es la *oposición de la persona obligada a la exhibición*. En este punto debemos observar que este medio de oposición a la medida es única y *exclusivamente para el tercero extraño a juicio al que se le ordena la exhibición mencionada*, esto es así en razón de que cuando se trata de la parte demandada, esta por ser parte dentro del proceso, puede impugnar el despacho de la medida a través del recurso ordinario de apelación a que se hace referencia en el artículo 394 de la misma legislación procesal civil, y en cuanto al tercero, este tendrá recursos a su alcance para combatir la medida la oposición. Otro dato importante de esta medida es destacar que despachada la medida se debe presentar la demanda *dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se efectúe la exhibición*, y desde luego, la exhibición interrumpe el término de la prescripción si se presenta la demanda en el término mencionado.

En cuanto a la medida de situación de hecho existente, debe promoverse indispensablemente antes de iniciarse el juicio, pues así lo prevé nuestra legislación, y tiene como finalidad el que una situación de hechos que se encuentra vigente se mantenga en iguales circunstancias mientras se tramita todo el procedimiento judicial al que sirve

de base. Sus requisitos son: 1.- Estas medidas se decretan sin audiencia de la contraparte, esto es, solo con la petición de la parte que la solicita y que es quien intentará la acción civil. 2.- El auto que despacha la medida *no admite recurso alguno*, por tanto, una vez despachada, dentro del plano ordinario, la parte demandada o que reciente la medida no puede librarse de la misma. 3.- Contrario a lo anterior, *el auto que niega la medida sí es apelable*, esto es, la parte que la solicita sí tiene recurso ante la negativa de su despacho. 4.- La demanda debe interponerse dentro de los cinco días siguientes a que se despachó la medida, en caso de no presentarse la demanda, esta quedará insubsistente. 5.- Cuando la medida de mantención de hechos pueda causar un daño o perjuicio al demandado, se debe fijar para su despacho una caución que garantice la reparación de los mismos. Generalmente, independiente de que cause o no cause daño la medida, siempre se pide que se garanticen los daños y perjuicios.

Estas medidas son de las más comunes en tramitarse dentro de nuestros procedimientos judiciales, tienen la peculiaridad de que se pueden gestionar antes de iniciarse el juicio o durante la tramitación del mismo. Nuestro Código de Procedimientos las encuadra dentro de las medidas precautorias, pues las contempla en el artículo 401 en sus fracciones I y II, sin embargo, las medidas que nuestro Código refiere como precautorias en esta fracción, en realidad son de aseguramiento, pues sobre todo, pretenden garantizar o asegurar el resultado del juicio o de las cosas que sirven de base para la instauración de la demanda. En ese contexto, podemos mencionar las dos medidas de aseguramiento que contempla nuestra legislación procesal: 1.- El embargo de bienes suficientes para garantizar el resultado del juicio; y 2.- La de depósito o aseguramiento de las cosas, libros, documentos o papales sobre los que verse el pleito.

El embargo de bienes para garantizar resultados del juicio es la medida más común, al referirnos a común se trata de dar a entender que dentro del reducido número de medidas de aseguramiento que se solicitan ante los tribunales, las que ocupan el primer lugar son las de embargo de bienes. Su tramitación se contempla en los artículos 402 y 403 del Código Procesal Civil, cuyo objeto principal es, como su nombre la define, *que se secuestren bienes del demandado que garanticen el resultado del juicio*. Esta medida puede promoverse en todo tipo de procedimientos, pues independientemente de que no se reclamen prestaciones monetarias o materiales, siempre existen consecuencias de este tipo en un procedimiento judicial, como pueden ser los daños y perjuicios, o bien, el pago de gastos y costas, pretensiones que si bien, al inicio de la demanda pueden ser inciertas, al obtener una sentencia favorable puede generarse su cuantificación o medición económica. Los requisitos para su procedibilidad versan en justificar la necesidad de la medida y precisar en su petición la cantidad por la que solicita se despache la medida, esto sirve para efecto de que el juez pueda graduar en

el auto que la despache la cantidad por la que deberá de requerirse al demandado o deudor para garantizar el resultado del juicio, así como para la fianza que se deberá otorgar para su despacho.

Esta medida concede al demandado la oportunidad de que se levante el embargo decretado sobre sus bienes si garantiza ante el Tribunal la cantidad por la que fue despachada la medida. El auto que niega o concede la medida es apelable en el efecto devolutivo (artículo 412). La medida se decreta sin audiencia de la contraparte y se ejecutan sin notificar, para efecto de conservar la cautela de esta.

Dentro de la medida de embargo para garantizar los resultados del juicio existe una peculiaridad, y es que sirve para garantizar los alimentos provisionales en los asuntos familiares, por eso, en estos casos tiene un tratamiento especial, ya que esta medida en específico se despacha bajo dos supuestos: la previa comprobación de la necesidad con la que se pide la medida, y la acreditación de la posibilidad del que debe otorgarla.

No obstante, en asuntos de menores y familia, debe tenerse especial cuidado respecto de estos elementos, dado que en la mayoría de los casos la necesidad es una presunción humana a favor del solicitante y, respecto de la posibilidad, la ley concede a cierto grupo protegido dentro del derecho de familia, la presunción de la posibilidad de proporcionar alimentos vinculada con la necesidad mínima indispensable para la satisfacción alimenticia. Los elementos especiales de esta medida de aseguramiento son:

1.- Proporcionalidad: tiene su esencia en la disposición sustantiva que contempla el artículo 365 del Código Civil, relativa al principio de proporcionalidad que impera en el otorgamiento de los alimentos (artículo 365.- “Los alimentos han de ser proporcionados a la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos [...]”

2.- Exención de garantía para su otorgamiento: la cual exenta de otorgar garantía para su despacho, pues tratándose de alimentos provisionales, el acreedor alimentista, dada la premura de su subsistencia, no necesita dar fianza para que se le concedan los mismos.

3.- Extinción y consumo de los bienes o garantías embargadas: otro aspecto de este subgénero de medida de embargo de bienes, es que una vez que se levanta la misma, las cantidades que se hayan entregado a la parte solicitante no se deben regresar al ejecutado, deudor o demandado, pues dada su naturaleza jurídica, las cantidades que se otorgan para garantizar alimentos se consumen en cuanto se van entregando. Sobre este tema ya existen criterios definidos acerca del derecho familiar relativo a los alimentos.

Los elementos antes examinados no operan en tratándose del embargo precautorio para garantizar los alimentos caídos, pues estos no tienen la finalidad de la subsis-

tencia del acreedor, solo de su compensación. Por ende, se debe otorgar garantía para su despacho y terminado el juicio, en caso de no proceder el reclamo, deben regresarse al ejecutado, siguiendo las reglas generales para el embargo aseguratorio.

La medida de aseguramiento de alimentos reformada en el año 2009 del Código Procesal (art. 401) se concederá a solicitud del interesado si se refiere a alimentos provisionales, y bastará con que el acreedor alimentario demuestre su derecho a recibir alimentos (necesidad); y debiendo manifestar, además, si el deudor alimentario trabaja en alguna empresa pública o privada, tiene un negocio propio, trabaja por su cuenta o si cuenta con bienes de su propiedad (posibilidad).

El juez despachará sin más trámite la medida precautoria, fijará en la resolución que la ordene, la cantidad que periódicamente deba ministrarse y ordenará que se otorgue la correspondiente garantía de que se ministrarán, requiriéndose al deudor alimentario del pago inmediato de la pensión provisional y, en caso de no otorgarse, que se embarguen bienes suficientes de su propiedad para garantizarlos. Cuando se trate de un asalariado, el juez podrá fijar la pensión provisional de manera proporcional a los ingresos que recibe el deudor alimentario (posibilidad proporcional). Ahora, si trabaja por su cuenta o tiene un negocio propio y no se tiene información de sus ingresos, por lo menos otorgará un salario mínimo correspondiente a la actividad del deudor (posibilidad ficta, ante el mínimo vital). La medida se notificará de inmediato a la persona física o moral de quien reciba ingresos el deudor alimentario, ordenándole para que se haga entrega de la pensión provisional al que exige alimentos.

Para el caso de incumplimiento de la cantidad fijada para ministrarse periódicamente, se manifestará así al juez del conocimiento, quién dará vista por el término de tres días en forma personal al obligado, a fin de que acredite con prueba documental su pago, en caso contrario se procederá a hacer entrega de los frutos, productos, ganancias o ingresos que generen los bienes embargados o intervenidos y, en caso de no darse, se procederá al remate de dichos bienes, aplicándose en lo conducente las disposiciones del capítulo VII, título sexto, libro segundo, del Código Procesal (ver: embargo).

De lo anterior, podemos advertir que el embargo como medio de aseguramiento de la pensión alimenticia tiene el efecto de una ejecución, pues primeramente el juez debe ordenar como efecto de la medida el descuento del salario a la fuente de trabajo del deudor alimentista. Contra la resolución en que se otorguen los alimentos provisionales, no habrá recurso alguno y contra la que los deniegue procederá la apelación.

Una cuestión importante a rescatar es que en esta medida existe una doble garantía, pues el juez debe ordenar que se garanticen los alimentos y que además se hagan los descuentos para el caso de incumplimiento.

Pero nos centramos por un momento en el tema del embargo, hagámoslo ahora en el de aseguramiento de cosas, libros, documentos o papeles. Esta medida solo tiene como objeto o finalidad el que se depositen ante el tribunal o ante un lugar designado por este las cosas, incluidos libros, documentos o papeles, que sean parte del juicio; en este punto es importante destacar que solo pueden ser elementos del aseguramiento aquellos objetos que son materia del juicio o sobre los que ha de versar aquel. Para el despacho de esta medida es necesario justificar o demostrar la existencia de un temor fundado o del peligro de que las cosas, libros, documentos o papeles puedan perderse o alterarse, (peligro en la demora). Esta se despacha sin audiencia de la contraparte y sin previa notificación. Igualmente, se debe de otorgar garantía para su despacho, sin embargo, en el caso de esta medida la parte sobre la que se despacha no puede otorgar a su vez contra garantía para que se levante la medida, y para fijar la garantía para el despacho, el juez puede escuchar el parecer de un perito. Ahora bien, contra el auto que despacha la medida o contra el que la niega es procedente el recurso de apelación.

Las dos medidas de aseguramiento antes analizadas para su despacho deben seguir lo conducente al procedimiento de embargo a que se refiere el Código de Procedimientos Civiles. En relación, toquemos el tema de otras medidas importantes para nuestros objetivos: la custodia de los menores, y la separación de los cónyuges.

En cuanto al tema de la custodia de menores, esta medida tiene como objetivo resolver la situación de los menores de edad en todos aquellos asuntos en los que se vean involucrados, como lo son divorcios, patria potestad, alimentos, custodia, o algún otro que verse sobre la situación de los menores de edad. Su trámite procesal se encuentra previsto en el artículo 408 y sigue una serie de reglas, vayamos por partes.

Para decretar la custodia de un menor que se encuentre en poder de sus progenitores, o de uno de ellos, se debe citar a los padres a una audiencia en la que estará presente el ministerio público, en tal caso pueden ocurrir los siguientes sucesos: I.- si se presentan ambos padres se les escuchará sobre las objeciones que tienen sobre el despacho de la medida, y se resolverá siempre atendiendo al mejor beneficio de los menores. Si estos son mayores de catorce años se les citará a la audiencia para efecto de que manifiesten con quién de sus progenitores desean vivir. Si los menores tienen menos de catorce años, también se les podrá escuchar a criterio y juicio del juez, pero sobre todo se atenderá al beneficio de los menores. Si el o los hijos tienen menos de siete años siempre quedarán bajo la custodia de la madre, y solo pasarán a custodia del padre, o de otra persona, si la madre se niega a cuidarlos, o bien, si se demuestra que no cumple con sus deberes maternos. II.- Si no se presenta la parte que solicita la medida, simple y sencillamente la medida no se despacha. III.- Si el padre o el progenitor con el que se encuentran los menores no se presenta, entonces la medida se despachará o

negará tomando en cuenta únicamente lo que el solicitante exponga y acredite, importante es que debe acreditar sus afirmaciones en las que sustenta la solicitud de la medida, la cual, por cierto, también puede ser solicitada por ascendientes que no sean los progenitores, o bien, por el ministerio público, en este caso se cita a la diligencia a los interesados y en su caso a quien tenga la custodia material o jurídica del menor, y se pueden presentar los tres supuestos antes mencionados.

Es importante destacar que en esta medida es factible que también se decrete la ministración de alimentos para los menores, lo que conlleva que se despachan dos medidas al mismo tiempo, la de alimentos provisionales para los menores y la de custodia. Sin embargo, a juicio personal cabe observar que en estos casos, si en la demanda original promovida no se solicitan alimentos, ¿cómo se puede mantener una medida precautoria sobre la que no se podrá resolver en la definitiva? Por tanto, es menester que en todo asunto que se trate sobre la situación de los menores, y en el que se despache la medida de custodia y la de alimentos provisionales, se incluya en las pretensiones los alimentos de los menores, esto puede ser incluso a petición del ministerio público, o en su caso, el juez tendrá que resolver en la sentencia definitiva, indiscutiblemente, sobre los alimentos definitivos de los menores.

En prolongación, el auto en el que se despacha o niega la medida es apelable en el efecto devolutivo. Por obvias razones, esta es la única medida dentro de nuestro sistema procesal que se despacha con la audiencia de la contraparte, incluso si la medida se solicita antes de iniciarse el juicio, para la subsistencia de esta, es necesario presentar la demanda dentro del término de cinco días a partir de que se despachó la medida.

En cuanto a la separación de cónyuges, es de las más complicadas que se incluyeron dentro de las reformas al Código de Procedimientos Civiles de nuestro estado (mes de noviembre del año 2004). En principio debo decir que el único objetivo aparente de esta medida precautoria es el de separar a uno de los cónyuges del domicilio formado por estos, llamado técnicamente domicilio conyugal. Sin embargo, el *collage* de medidas que el legislador plasmó en esta sola hace casi nula la idea de que la separación de los cónyuges sea el único objetivo, pues también tiene la finalidad de que con la separación se defina la situación de los menores hijos, mezclando por tanto esta medida con la original. Surge entonces también otra situación, para definir esta cuestión de los hijos dentro de la medida de separación de cónyuges se debe atender a lo dispuesto en el Código en relación a la custodia de menores, y por tanto, se puede también resolver en esta medida los alimentos provisionales. Luego entonces, en el solo despacho de esta pauta se puede definir separación de cónyuges, custodia de menores y alimentos provisionales.

Ahora bien, el requisito indispensable de esta medida es que el cónyuge que la solicita debe presentar demanda de divorcio, denuncia o querrela. El primer procedimiento judicial es entendible dentro de la materia civil, esto es, la demanda de divorcio, pues está dentro de la materia procesal civil que prevé este procedimiento, sin embargo, esta también tiene alcances procesales penales, pues también la pueden promover el cónyuge que vaya a presentar denuncia o querrela ante el ministerio público. Y aquí comenzamos de nueva cuenta con los problemas, pues con estas disposiciones se tiene el caso de que el juez, ante la interposición de la medida precautoria mencionada, pueda seguir conociendo del juicio del procedimiento a través de la interposición de la demanda de divorcio, o bien, deberá coartar su conocimiento y solo conformarse con el despacho de la medida precautoria, pues él no seguirá el procedimiento penal relativo a la denuncia o querrela, y por tanto, únicamente tendrá que mantener subsistente la medida mientras siga el procedimiento penal.

Para tal cuestión, el legislador aumentó el tiempo para la interposición de la demanda, denuncia o querrela, pues le concede al solicitante el término de nueve días para promover tales actos procesales civiles o penales. El juez tiene amplias facultades para decretar todas las diligencias que estime necesarias, en atención a su propio criterio. El despacho de la medida es irrecurrible. Luego entonces, no admite recurso alguno, ni vertical, ni horizontal; empero, el artículo 410B del Código Procesal, sí concede un medio de impugnación para el despacho del fallo, y es la inconformidad que puede hacer valer el cónyuge que no la promovió, inconformidad que puede promover en la vía incidental dentro de los tres días siguientes a que fue notificado. No obstante, este medio de impugnación de poco le sirve, pues en caso de ser improcedente su inconformidad, solo podrá apelar la resolución incidental sobre las cuestiones que afecten la situación de los menores o del cónyuge que deba permanecer en el domicilio. Por tanto, la impugnación de la medida a través de la inconformidad, solo tiene el efecto de escuchar al demandado.

8. Conclusiones

Pues bien, estas son las medidas cautelares previstas por nuestro Código de Procedimientos Civiles, sus objetivos y medios de impugnación.

Un sistema procesal cautelar cerrado, según lo dispone nuestra legislación procesal en su artículo 415, establece que no podrá decretarse diligencia alguna preparatoria, de aseguramiento o precautoria que no esté autorizada por este título o por disposición especial de la ley. Por tanto, solo se pueden promover y despachar las medidas preparatorias, precautorias y de aseguramiento que dispone nuestro Código Procesal Civil, o

alguna ley especial; cualquier otra medida no prevista, resulta improcedente y no habrá lugar a su tramitación.

Referencias

Becerra Bautista, J. (1995). *El proceso civil en México*. México: Porrúa.

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato. (2017). México: Editorial Yussim.

Compendio de Derecho Civil. (1998). Tomo IV. México: Editorial Harla.

Chiovenda, J. (1977). *Principios de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Italia: Editorial Reus.

Recursos en línea

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Versión electrónica recuperada de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

Semanario Judicial de la Federación, versión electrónica recuperada de <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/tesis.aspx>



<http://whartonmagazine.com/blogs/hedge-funds-can-still-manipulate-stock-market-rule/>

LOS DERECHOS HUMANOS EN LA SOCIEDAD MEXICANA¹

ANA GABRIELA PADILLA HERNÁNDEZ²

Sumario

I. Introducción. II. Multilateralismo tradicional. III. Los años de transición. IV. Multilateralismo liberal. V. La sociedad frente a los Derechos Humanos. VI. Conclusión.

*Un cambio social real nunca ha
sido llevado a cabo sin una revolución...
Revolución no es sino el pensamiento a la acción*
Emma Goldman

I. Introducción

La situación que se vive en la actualidad en México respecto a derechos humanos es sumamente crítica, porque es una realidad que no engloba solo la labor de los servidores públicos sino también implica la acción de los habitantes, y ¿por qué me atrevo a decir que también engloba a los habitantes del país? Lo digo porque creo firmemente que es un problema que deriva de la cultura que tenemos como ciudadanos, es decir,

¹ Elaborado bajo la revisión y asesoría del licenciado Alejandro Rivera Palomino, catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad De La Salle Bajío.

² Alumna de séptimo semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad De La Salle Bajío.

como mexicanos. Este problema cultural se encuentra muy arraigado desde la aparición de los derechos humanos en territorio nacional, al respecto, las autoras Natalia Saltalamacchia Ziccardi y Ana Covarrubias Velasco dividen dicha aparición en tres épocas: “la primera: el multilateralismo tradicional en materia de derechos humanos, el segundo: los años de transición y el tercero: el multilateralismo liberal en materia de derechos humanos”.³

II. Multilateralismo tradicional

El multilateralismo tradicional (1945-1994) en materia de derechos humanos comienza, para las autoras antes señaladas, con la aparición del Estado mexicano por primera vez en el escenario global de la política exterior y termina a inicios de los años noventa. Esta “aparición” puede ser analizada desde un punto de vista estratégico de un país que cuenta con un poder relativo menor o influencia mundial en materia de derechos humanos, ya que en los primeros años de la aparición de estos en el mundo, nuestro país no figuraba como un actor dentro de dicho movimiento, las razones certeras a tal situación, a mi parecer, es que México no quería ver restringida su soberanía al incorporarse a regímenes internacionales, lo cual es un error de simple percepción, pues con la incorporación a tal movimiento en ningún momento se vería manchada o afectada tal soberanía, ya que esta por sí misma le permite a México formar parte de un ordenamiento internacional como lo son los derechos humanos.

Remontándonos a la época del multilateralismo tradicional, esta etapa se componía de tres elementos: por un lado el multilateralismo y por otro la apuesta por el derecho internacional, ambas cuestiones que nos hicieron pensar que México estaba listo para participar en un régimen internacional de derechos humanos; por último, el tercer elemento considerado fue debilitar el entusiasmo frente a un entramado institucional y jurídico,⁴ que sería encargado de velar por la conducta de los países miembros en contra de sus propios ciudadanos.

Estos tres elementos fueron los mecanismos para que México sostuviera una posición ambigua durante largas cinco décadas ante la agenda internacional de los derechos en cuestión, y me atrevo a considerar que parte de esta gran posición fue la cultura que México mantiene ante la existencia de estos derechos en la vida cotidiana de sus ciudadanos, pues ha habido algunos malos ejemplos de servidores públicos (principa-

³ Saltalamacchia, N. y Covarrubias, A. (2012), “La dimensión internacional de la reforma de derechos humanos: antecedentes históricos”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México: Porrúa/UNAM, p. 4

⁴ *Ibid.*, p. 5

les actores al momento de introducir los derechos humanos en la vida del país) en la materia, esto es, mexicanos que forman parte de nuestra misma cultura, donde temas como el machismo, la discriminación, la falta de equidad de género, entre otros, están presentes en sus funciones, y que han sido uno de los grandes impedimentos en la adopción de derechos humanos en nuestra sociedad.

Lo cierto fue que en México no solo preocupó al inicio el mal uso de normas internacionales, sino también su correcta aplicación en el caso mexicano, por este motivo no le interesaba al gobierno del país que los ciudadanos accedieran a cuestiones internacionales para denunciar alguna posible violación de derechos humanos por parte de las autoridades. Lo más triste de la situación es que estos instrumentos internacionales fueron desconocidos a través de mucho tiempo por los ciudadanos, y ellos al creer que no tenían protección internacional velando por sus derechos violentados callaban la voz y seguían en el entendido que era lo normal, que las cosas son así en México y que las conductas que tenían las autoridades eran parte de una “cultura mexicana”.

Es necesario recordar que entre el 21 de febrero y el 8 de marzo de 1945 se celebró en la Ciudad de México la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y la Paz, también conocida como “Conferencia de Chapultepec”, participación, entre otras de la misma índole, en que se llegaba a pensar que México estaba listo para formar parte de organismos internacionales, sin embargo, una vez más la cultura frenó este gran avance. México como estrategia de política se mantenía a veces activo dentro de esta normatividad, pero su participación siempre fue considerada débil, y en ningún momento se alcanzaron beneficios para los ciudadanos mexicanos.

En aquellos años existieron dos sucesos más donde México participó directamente en actos relativos a los derechos humanos, el primero en el año 1969, donde participó en la redacción final de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aunque tuvieron que pasar 12 años para que se hiciera la rectificación de la convención por parte de México como Estado Soberano; y el segundo acontecimiento fue en la creación del Alto Comisionado, donde a diferencia de 1969 México debió esforzarse para no ser aislado por su resistencia en materia de derechos humanos. En ese entonces hubo un informe emitido por Amnistía Internacional y Human Rights Watch (1986-1990) que trató sobre la situación que vivía México en materia de tales derechos, el cual fue ampliamente divulgado al gobierno del entonces presidente Salinas de Gortari, quien decidió dar un paso decisivo en la materia con la creación de la CNDH (Comisión Nacional de Derechos Humanos) en junio de 1990, inspirada en la figura *ombudsman*, creación que luego, en 1992, tuvo carácter constitucional, siendo un gran paso para la apertura de los derechos humanos en el pueblo mexicano.

Esta etapa nos deja en conclusión que el avance en materia de derechos humanos en México fue tardía, por diversas razones: cultura de servidores públicos, estrategias políticas del momento, o por la idea de que se viera afectada la soberanía mexicana como Estado independiente, sin embargo, al final se rescata la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, que al presente es aún una institución revestida de gran importancia e impacto en la agenda de respeto a estos derechos en la sociedad mexicana.

III. Los años de transición

En el panorama de los años de transición (1994-2000) dentro de la historia de nuestro país, se encuentra el levantamiento zapatista en Chiapas, el cual se convirtió en un radar de las OSC internacionales sobre los derechos humanos, y que ayudó a que poco a poco la sociedad mexicana se familiarizara con el enfoque de este tema, y dicho discurso pasó a ser de uso corriente entre los partidos y los actores políticos nacionales.⁵ En este periodo se desquebrajó el rechazo absoluto a las cortes del régimen internacional de derechos humanos.

México se posicionó del lado de la aceptación en la materia, contraria a la que anteriormente había tenido, aludo como clara referencia que en 1996 el gobierno invitó por primera vez a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a visitar el país para que observara la situación que se vivía en los años 90; mientras que la segunda referencia fue la que nos hizo reafirmar que México estaba dispuesto a abrir su política exterior, cuando en 1998 se trató el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, en el sexenio del expresidente Zedillo, hablando de democracia y derechos humanos, su apertura fue cautelosa e incompleta, cabe destacar tres ejemplos de esta actitud:

- La propuesta del gobierno mexicano durante la 37a Asamblea General de la OEA,⁶ de la cual se desprende que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos daría prioridad a las comisiones nacionales de derechos humanos sobre las OSC.
- La promulgación de una “ley restrictiva que reglamentaba la visita al país de los observadores internacionales de derechos humanos”.

⁵ *Ibid*, p. 17.

⁶ Al final, esta propuesta fue rechazada. Véase *La jornada*, 2 de junio de 1997, p. 46, y 6 de junio de 1997, pp. 50 y 56.

- La negativa del presidente mexicano de entrevistarse con el secretario general de Amnistía Internacional (AI).

En conclusión, de estos años podemos resaltar la iniciativa que tenía el gobierno mexicano de formar parte de la política exterior de una forma amplia, sin embargo, se limitó de cierta manera la apertura en su totalidad, ya que contaban con la mentalidad de que deberían seguir manteniendo el control sobre un tema que todavía se entendía como esencialmente interno.

IV. Multilateralismo liberal

En cuanto al tema de multilateralismo liberal en materia de derechos humanos (2000-2006), durante este se empezó a desarrollar una verdadera política exterior de derechos humanos, que inició en el año 2000, junto con el cambio de gobierno que vivió México después de muchos años. Fue Vicente Fox, entonces presidente de México en los años 2000 y 2006, quien promovió un giro de 180 grados a la posición que había adoptado el país varios años atrás.

El gobierno de Fox hizo parecer que iba en contra de las tendencias internacionales, planteó la profundización de los lazos con América del Norte así como la participación activa de México en organismos multilaterales, entre ellos la ONU. Como clara referencia, podemos aludir a dos de los cinco ejes de política exterior que había propuesto Vicente Fox para su mandato: 1) *apoyar y promover de forma activa y comprometida* el respeto y la defensa de los derechos humanos en el mundo, y 2) defender la democracia como *la única forma de gobierno* que garantiza el bienestar de los pueblos.⁷ La forma en que Fox por primera vez se refería a temas de política exterior era totalmente distinto al que habían podido usar en sexenios pasados. Valga mencionar la expresión de G. Castañeda sobre esta situación:

No podemos estrechar ni profundizar nuestros vínculos con otras naciones sin que esta interacción también tenga efectos en nosotros: la adhesión de foros internacionales a ciertos principios que consideramos universales y la adopción de posturas que responden a los valores que profesamos, nos imponen la obligación de actuar de manera congruente en nuestro régimen interno. Este complejo juego entre política exterior y cambio interno se manifiesta con toda claridad en el compromiso del gobierno del presidente Fox con la pausa de los derechos humanos... la actualización de las obligaciones internacionales de nuestro país en materia de derechos humanos

⁷ Primer Informe de Gobierno, Vicente Fox Quezada, 2001. Cursivas nuestras. Recuperado de <http://primer.informe.fox.presidencia.gob.mx/index.php?idseccion>.

ha abonado el terreno político para apuntalar el pleno respeto a esos derechos en México.⁸

Otro dato importante que podemos destacar fue aquella invitación del gobierno panista de carácter permanente a los observadores de derechos humanos que quisieran visitar el país, la cual se daría de dos formas, la primera como representantes de organizaciones intergubernamentales y la segunda como miembros de la sociedad civil, con este impulso quedó abrogada la ley para regular la actividad de observadores de derechos humanos en México, que había sido aplicada en el gobierno de Zedillo.

Un día después de que Vicente Fox había tomado posesión se firmó un acuerdo con el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, el cual consistía en el establecimiento de una oficina en México y la elaboración de un análisis de la situación de los derechos humanos.⁹ Fue para el año 2005 que ya se habían registrado dieciséis visitas a México y se habían recibido 388 recomendaciones en la materia.¹⁰

De esta etapa también podemos destacar la gran intención que se tuvo desde un inicio por parte del gobierno panista en la apertura de la política exterior en materia de derechos humanos al país, situación que desde hace tiempo se había visto constantemente afectada, ya que eran asuntos que no se conocían públicamente si no solo dentro de los mismos funcionarios públicos.

V. La sociedad frente a los Derechos Humanos

Con todo el gran proceso que tuvo que vivir México para que el reconocimiento de los derechos humanos fuera aceptado dentro de la política, y a pesar del tiempo que ha transcurrido desde la gran reforma del año 2011 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, me atrevo a afirmar que no ha sido suficiente para que tanto ciudadanos como funcionarios incluyan una correcta práctica de respeto continuo a los derechos humanos, y es que el problema en la actualidad no deriva entre que si los reconocen o no, sino que el problema va más allá de su normatividad o regulación, estamos hablando de un problema cultural arraigado en la sociedad en México. Para profundizar en lo anterior, hay que remitirse primeramente a la definición de los derechos humanos: “Son demandas de abstención o actuación, derivadas de la Dignidad de

⁸ Castañeda, Jorge G. “Política y cambio democrático”, en periódico *Reforma*, 12 de julio de 2002.

⁹ Secretaría de Relaciones Exteriores (2005). *La política exterior mexicana en la transición*. México: SER/ Fondo de Cultura Económica.

¹⁰ *Ibid*, pp. 136 y 137.

la Persona y reconocidas como legítimas por la comunidad internacional, siendo por ello merecedoras de protección jurídica por el Estado”.¹¹

Si partimos de esta definición y resaltamos la dignidad de la persona, además de lo que esto conlleva, es donde puede residir el problema, es decir, esa dignidad que no se respeta a cada uno de los ciudadanos, y es que de esa dignidad con la que cuento yo en ningún contexto podrá ser la misma con la que otra persona cuenta, ya que somos seres humanos diferentes y lo que es importante para mí tal vez para otra persona no lo sea.

La SCJN nos define en términos amplios en su jurisprudencia con número de registro 2007731 a la dignidad como el principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado.¹²

Y es que al partir de que la dignidad es un derecho fundamental y un principio jurídico, resulta coherente el decir que la forma en que esta debe ser protegida es mediante el estudio y entendimiento del contexto de las personas y las circunstancias en las que se desarrollan. Luis Daniel Vázquez y Sandra Serrano nos agregan al respecto: “el objeto de los derechos humanos es proteger la VIDA DIGNA, el contenido y significado de ello pueden ser cosa muy distinta para personas que pertenecen a contextos diferentes.”¹³

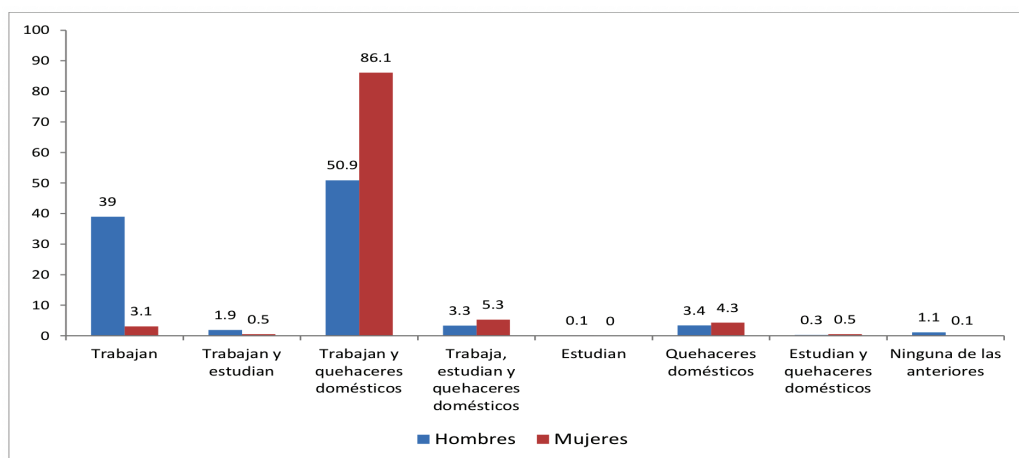
La gravedad de que no se respete la dignidad y los derechos humanos en México es grande, el reconocimiento de estos en nuestro país fue difícil, y es que si día a día nos empeñamos en que estén en una constante desigualdad será difícil pensar que un día la mala cultura en México se erradicará para dar paso a una cultura donde estos sean respetados. Veamos un claro ejemplo, si nos hiciéramos la pregunta ¿se podría considerar que en México existe igualdad entre hombres y mujeres?, para responder tomemos como base un estudio realizado por el INEGI en el año 2012.

¹¹ Lefranc Weegan, F. C. (2011). *Sobre la dignidad humana. Los Tribunales, la Filosofía y la Experiencia atroz*. México: Editorial Ubijus.

¹² Semanario Judicial de la Federación, recuperado de: http://200.38.163.178/SJFSist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=2007731&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=-DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2007731&Hit=1&IDs=2007731&ctipoTesis=&Semenario=0&tabla=&Referencia=&Tema

¹³ Vázquez, L. D. y Serrano, S. (2013). *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*. México: Flacso.

Gráfica 1. Distribución porcentual de la PEA de 14 años y más por sexo según condición de actividad 2012



Fuente: INEGI (2012). Mujeres y Hombres de México, 2012. A partir de INEGI-STPS. Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo 2012. Segundo trimestre. Consulta interactiva de datos.

Es evidente la desigualdad que existe en nuestro país en distintos rubros, misma que afecta los derechos humanos de las mujeres, desigualdad que una vez más es causada por la cultura que se vive en el país, donde nosotros como ciudadanos nos encargamos de hacer que estos derechos no cumplan la función que deben cumplir dentro de la sociedad.

Ahora bien, el INEGI emitió un estudio en el año 2010 donde se afirmaba que el 15% de la población piensa que hay que invertir menos dinero en la educación de las hijas porque se casan, y por otro lado el 10% de la población cree que es normal que los padres prohíban más actividades a las mujeres.¹⁴

Tesis como estas son las que nos hacen pensar que es aceptable hacer la distinción entre hombres y mujeres, pues inconscientemente se discrimina por razón de género, aun y cuando la no discriminación se encuentra consagrada en nuestro artículo 7o de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el cual establece lo siguiente:

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen

¹⁴ INEGI: http://www.inegi.org.mx/rde/RDE_07/Doctos/RDE_07_opt.pdf

derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación.¹⁵

Esto obliga y reafirma que México debe buscar un equilibrio, ya que las mujeres han sido históricamente discriminadas; deben crearse mecanismos que velen por sus derechos y, sobre todo, que sean conocidos por la sociedad, para que la forma de pensamiento que se tiene en nuestro país sobre estos temas cada vez vaya modificándose y pueda haber una correcta aceptación y respeto en tema de derechos humanos, todo lo cual no debe ser aceptado únicamente por parte del gobierno, sino que debe ser difundido para ser aceptado y asimilado por la sociedad, pues todos ponemos en práctica también el respeto hacia los derechos humanos.

Lo notado en la Gráfica 1 es un ejemplo de tantos que pueden existir, referentes a grupos vulnerables que a diario se ven violados en sus derechos, y no necesariamente por funcionarios o autoridades, sino por nosotros los ciudadanos con nuestra mala cultura para con ellos.

Ahora bien, la crisis de derechos humanos que vive actualmente nuestra sociedad reside en el atraso de la implementación de políticas públicas, promoción y respeto a los mismos, basta con observar tratados internacionales promulgados y firmados hace más de una década por el Estado mexicano y que al presente día apenas comienzan a dejar de ser letra muerta, un ejemplo es la convención Belem do para, cuya consigna es prevenir, investigar y sancionar toda la violencia contra la mujer, este instrumento internacional data del ya lejano año 1994, y de un lectura de esa convención se desprende que desde el referido año se establecían diversas obligaciones a los Estados firmantes, como tomar medidas para eliminar discriminación en contra de la mujer por personas, organizaciones o empresas, establecer mecanismos para restablecer los daños, e incluso modificar los patrones de conducta, a fin de contrarrestar y eliminar prejuicios que establezcan la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros que legitimen o exacerbén la violencia hacia las mujeres. No obstante, a 23 años de distancia podemos decir que dicha convención ha sido muy poco útil en la vida del país, ya que apenas en los últimos años el Estado mexicano ha tomado una conducta ligeramente activa en cuanto a la protección de los derechos de las mujeres, pero basta con recordar el conocido caso de “las muertas de Juárez” para darnos cuenta que la crisis de derechos humanos, tan solo en lo que toca al tema de las mujeres, se agrava en la medida en la que se hace patente la falta de implementación de los decretos a los que el propio Estado mexicano se obligó.

¹⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 7.

VI. Conclusión

Considero que no es suficiente el reconocimiento por parte del gobierno mexicano de la existencia de los derechos humanos, ni tampoco la inclusión a tratados internacionales en dicha materia para decir que en el país se practican, aplican y armonizan estos derechos, pues ha sido una batalla larga y difícil. Habrá que erradicar muchas ideologías y culturas que forman parte del pensamiento mexicano, puesto que una mala cultura tan arraigada hace que nosotros mismos como ciudadanos no reconozcamos dichos derechos humanos, y con la practica día a día los estemos violentando, lo que perpetúa el retroceso en ese tema particular tan importante.

Es triste reconocer que a pesar de que el reconocimiento de los derechos humanos en México data de más de seis décadas, estos no han terminado por respetarse completamente. La solución no se encuentra solo englobada en la aceptación política de un Estado, sino que debemos ir va más allá, a una aceptación donde el compromiso debe ser de absolutamente todos nosotros, en cambiar nuestra propia cultura acerca de muchas situaciones que implican los derechos.

Mientras esta lucha por una nueva cultura de entendimiento no sea aceptada por la sociedad, realmente no importa cuántos años tengan los derechos humanos de existencia, de cuántos tratados internacionales forme parte el país, cuántos artículos sean modificados o resoluciones sean hechas, lo que verdaderamente importa es el respeto de esos derechos por parte de nosotros como sociedad, porque la aceptación política existe, pero tal vez la de la propia sociedad no.

La lucha que tuvo la entrada de los derechos humanos en México realmente fue difícil por cuestiones de ideología, pero hoy vamos un paso adelante con la nueva reforma, la cual dará el nuevo panorama a las generaciones siguientes en materia de derechos humanos, sin descuidar la historia de estos dentro de la política; ahora sigue preguntarnos ¿cuánto tardará la aceptación de los derechos humanos por nosotros, la sociedad?

Referencias

Castañeda, Jorge G. (12 de julio de 2002). "Política y cambio democrático". *Reforma*. Declaración Universal de los Derechos Humanos.

INEGI (2012). Mujeres y hombres de México. Encuesta nacional de ocupación y empleo 2012. A partir de INEGI-STPS. Segundo trimestre. Consulta interactiva de datos.

Lefranc Weegan, F. C. (2011). *Sobre la dignidad humana. Los Tribunales, la Filosofía y la Experiencia atroz*. México: Editorial Ubijus.

Saltalamacchia, N. y Covarrubias, A. (2012). La dimensión internacional de la reforma de derechos humanos: antecedentes históricos. En Carbonell M. y Salazar P. (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. México: Porrúa/UNAM.

Secretaría de Relaciones Exteriores (2005). *La política exterior mexicana en la transición*. México: SER/ Fondo de Cultura Económica.

Vázquez, L. D. y Serrano, S. (2013). *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*. México: Flacso.

Recursos en línea

INEGI: http://www.inegi.org.mx/rde/RDE_07/Doctos/RDE_07_opt.pdf

Primer Informe de Gobierno, Vicente Fox Quezada, (2001). Recuperado de <http://primer.informe.fox.presidencia.gob.mx/index.php?idseccion>.

Semanario Judicial de la Federación, recuperado de:

http://200.38.163.178/SJFSist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=2007731&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2007731&Hit=1&IDs=2007731&tipoTesis=&Semanaario=0&tabla=&Referencia=&Tema

¿ES NECESARIO UN IMPUESTO VERDE?

CLARA MARÍA PÉREZ VILLALOBOS¹

Sumario

I. Introducción. II. Breve semblanza de la situación actual del país en el tema de ecología. III. Principales focos de contaminación en Guanajuato. IV. Compromiso internacional. V. Hablemos de los DESCA. VI. El impuesto ambiental. VII. Conclusión: necesidad del impuesto de impacto ambiental.

I. Introducción

En el presente artículo pretende darse un panorama general sobre la situación del país, y de manera específica de nuestro estado de Guanajuato, en materia de medio ambiente, para ofrecer algunas opiniones sobre alternativas que han sido seriamente consideradas como posibilidad de cambio. Se ofrece al lector una breve semblanza que ha quedado asentada en periódicos de circulación en el estado, así como cifras del INEGI, las cuales ponen de manifiesto los principales focos de contaminación, mismos que requieren la toma de acción de las autoridades competentes.

Existe por parte del Estado mexicano la obligación de hacer frente a contingencias ambientales, esto mediante mandato constitucional, así como por un compromiso internacional que ha adquirido desde la suscripción de varios instrumentos que lo obligan a actuar en favor de los derechos humanos.

¹ Catedrática en la Licenciatura en Derecho de la Universidad De La Salle Bajío.

Se aludirá a un grupo específico en materia de derechos humanos conocido como DESCAs (Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales), que han sido reconocidos por el Estado mexicano en el Pacto PDESC, y los cuales referencian a los derechos ambientales como aquellos que deben ser promovidos, protegidos, respetados y garantizados por nuestras autoridades. Al final se expondrá el impuesto ambiental con la conclusión de su necesidad.

II. Breve semblanza de la situación actual del país en el tema de ecología

Cuando hacemos referencia a la contaminación industrial nos enfocamos a las actividades humanas de proceso, donde por medio de los residuos tóxicos, emanación de gases dañinos y otros procesos propios de la industria se contamina al medio ambiente. La contaminación o polución se define como “cualquier elemento que se añade al aire, agua, suelo y alimentos que afecte la salud de las personas y del medio ambiente”.²

La globalización ha llevado a México a ser uno de los países con mayor maquila internacional, siendo esta la que provoca en gran medida emisiones de agentes contaminantes, del mismo modo también produce contaminación la actividad diaria. Al respecto, el INEGI emite las siguientes estadísticas en relación a la contaminación que México genera, cifras que no han sido actualizadas hasta la fecha, pero que pueden ofrecer un panorama general de lo que se ha presentado en años pasados y que no están tan alejadas a la actualidad.

| Tema/Indicador | Unidad de medida | Año | Valor |
|---|-------------------------|------|-----------|
| Agua | | | |
| Volumen de descargas de aguas residuales | Miles de metros cúbicos | 2014 | 3 380 326 |
| Viviendas que disponen de sanitario | Porcentaje | 2015 | 97.11 |
| Ocupantes de viviendas particulares que disponen de agua entubada | Porcentaje | 2015 | 93.43 |
| Ocupantes de viviendas particulares que disponen de drenaje | Porcentaje | 2015 | 90.3 |

² Valverde Valdés, T. y Cano-Santana, Z. (2005). *Ecología y medio ambiente*. México: Pearson Education.

| Tema/Indicador | Unidad de medida | Año | Valor |
|--|---|------------|--------------|
| Atmósfera | | | |
| Emisiones de metano originadas por fuentes antropogénicas en México | Millones de toneladas métricas (equivalentes a bióxido de carbono) | 2015 | 194.2 |
| Emisiones de óxido nitroso originadas por fuentes antropogénicas en México | Millones de toneladas métricas (equivalentes a bióxido de carbono) | 2015 | 28.8 |
| Emisiones de bióxido de carbono derivadas de la quema de combustibles fósiles y de la manufactura de cemento en México | Miles de toneladas de carbón | 2013 | 133 243 |
| Emisiones de bióxido de carbono según sector: electricidad y producción de calor en México | Miles de toneladas | 2013 | 150.4 |
| Emisiones de bióxido de carbono según sector: industrias manufactureras y de la construcción en México | Miles de toneladas | 2013 | 65.8 |
| Emisiones de bióxido de carbono según sector: transporte en México | Miles de toneladas | 2013 | 150.6 |
| Biodiversidad | | | |
| Número de sitios de patrimonio mundial de México incluidos en los acuerdos globales internacionales | Número | 2016 | 33 |
| Número de reservas de la biósfera en México | Número | 2015 | 41 |
| Superficie de las reservas de la biósfera en México | Miles de hectáreas | 2015 | 12 615 |
| Número de parques nacionales en México | Número | 2015 | 66 |
| Superficie de los parques nacionales en México | Miles de hectáreas | 2015 | 1 411 |

| Tema/Indicador | Unidad de medida | Año | Valor |
|--|-------------------------|------------|--------------|
| Forestal | | | |
| Superficie nacional reforestada | Miles de hectáreas | 2015 | 146 607 |
| Tasa de cambio anual de la producción nacional forestal maderable, por principales especies | Hectáreas | 2000-2015 | -3.58 |
| Tasa de cambio anual de la producción nacional forestal no maderable, por principales productos | Porcentaje | 2000-2015 | 0.26 |
| Energía y minería | | | |
| Valor de la producción minero-metalúrgica por producto | Miles de pesos | 2013 | 200 825 231 |
| Volumen de la producción nacional minerometalúrgica por producto | Metales preciosos | 2013 | 4 958 890 |
| | Oro (kg) Plata (kg) | | |
| Industria | | | |
| Producción bruta total en el consumo promedio de agua, en la industria de la fabricación de alimentos del sector privado y paraestatal | Porcentaje | 2008 | 0.2 |
| Valor del consumo de agua en la industria del papel del sector privado y paraestatal | Miles de pesos | 2008 | 326 219 |
| Valor de energéticos consumidos en la industria química del sector privado y paraestatal | Miles de pesos | 2008 | 11 502 720 |
| Producción bruta total en el consumo promedio de energía eléctrica, en la industria del plástico y del hule del sector privado y paraestatal | Porcentaje | 2008 | 3.6 |
| Pesca | | | |
| Volumen de la captura pesquera en peso vivo en el litoral del Océano Pacífico | Toneladas | 2013 | 1 484 017 |

| Tema/Indicador | Unidad de medida | Año | Valor |
|---|---|------------|--------------|
| Pesca | | | |
| Volumen de la captura pesquera en peso vivo en el litoral del Golfo de México y Mar Caribe | Toneladas | 2013 | 225 557 |
| Volumen de la captura pesquera en peso vivo en las entidades federativas sin litoral | Toneladas | 2013 | 36 703 |
| Volumen de producción acuícola en peso vivo en México | Toneladas | 2013 | 245 761 |
| Consumo nacional per cápita anual de productos pesqueros en México | Kilogramos | 2013 | 13.23 |
| Embarcaciones de las unidades pesqueras y acuícolas del sector privado y paraestatal en México | Número | 2013 | 78 153 |
| Residuos | | | |
| Promedio diario de residuos sólidos urbanos recolectados a nivel nacional | Kilogramos | 2014 | 102 887 315 |
| Número de vehículos utilizados para la recolección de residuos sólidos urbanos a nivel nacional con compactador | Número | 2014 | 10 187 |
| Con caja abierta | Número | 2014 | 4 272 |
| Otro tipo | Número | 2014 | 1 379 |
| Cantidad promedio diaria de residuos orgánicos enviados a tratamiento | Kilogramos | 2012 | 2 748 727 |
| Cantidad de residuos inorgánicos enviados a tratamiento | Kilogramos | 2012 | 6 083 199 |
| Transporte | | | |
| Índice nacional de motorización | Número de vehículos por cada mil habitantes | 2015 | 337 |
| Registro nacional de vehículos de motor en circulación (cifra preliminar) | Número de vehículos | 2016 | 42 932 567 |

Fuente: INEGI

Como puede dilucidarse en la tabla recién expuesta, México maneja cifras significativas de contaminación, un punto que viene a ser sobresaliente dado que la misma implica pérdidas económicas directas y también del Producto Interno Bruto (PIB).³

III. Principales focos de contaminación en Guanajuato

En nuestro estado una concentración especial de ciertas industrias deriva en la explotación de los recursos con los que contamos, y que por ciertas particularidades de zona tienen mayor auge. Es importante establecer cuáles son estas áreas especiales de explotación industrial y por lo tanto qué consecuencias resultan de tales procesos industriales.

Guanajuato se encuentra en la zona central del país, también conformada por otros estados cercanos como Ciudad de México, Querétaro, Michoacán, Estado de México, Tlaxcala, Hidalgo y Puebla, donde predominan las industrias “pesadas”: siderúrgica, metalmecánica, transformación textil, cerámica y automotriz. Esta es la principal zona industrial del país, que concentra cerca del 50% de la producción industrial nacional. Para situarnos en contexto, mencionemos algunas características de los distintos tipos de industrias.

- Industria siderúrgica: la Real Academia Española define a la siderurgia como metalurgia del hierro, del acero, de la fundición y de las aleaciones férricas.
- Industria metalmecánica: es aquella dedicada a aprovechar los productos obtenidos en los procesos metalúrgicos para fabricar partes y piezas de maquinarias y herramientas.
- Industria textil: (del latín *texere*, tejer) se refería en un principio al tejido de telas a partir de fibras, pero en la actualidad abarca una amplia gama de procesos, como el punto, el anudado de alfombras, el enfurtido, etc. Incluye también el hilado a partir de fibras sintéticas o naturales y el acabado y la tinción de tejidos.
- Industria cerámica: en general, el término cerámica (productos cerámicos) se utiliza para materiales inorgánicos formados por compuestos no metálicos, que pueden tener algún contenido orgánico, y que son estabilizados mediante un proceso de cocción. Además de los materiales en base arcilla, la cerámica incluye actualmente multitud de productos con una pequeña fracción de arcilla, o ninguna en absoluto.

³ INEGI. (14 de septiembre de 2017). Sistema de Consulta Estadística Virtual. Recuperado de: http://mapserver.inegi.org.mx/ambiental/map/indexV3_FF.html.

- Industria automotriz: conjunto de compañías y organizaciones relacionadas en las áreas de diseño, desarrollo, manufactura, marketing y ventas de automóviles. Es uno de los sectores económicos más importantes en el mundo por ingresos. La industria automotriz no incluye a las compañías dedicadas al mantenimiento de automóviles que ya han sido entregados a un cliente, es decir, talleres mecánicos y gasolineras.⁴

Al final del día, en el estado de Guanajuato y en el resto del país, se cuenta con normas jurídicas dedicadas a regular el tratamiento de residuos, así como regulaciones orientadas a industrias. La Ley para la Gestión Integral de Residuos del Estado y los Municipios de Guanajuato, establece en su artículo 36 la obligación de los generadores de basura a establecer un plan de acción para el tratamiento de sus desechos, el cual será evaluado y aceptado si es el idóneo para el tratamiento:

Artículo 36. Es obligación de toda persona generadora de residuos sólidos urbanos y de manejo especial:

- Separar y reducir la generación de residuos;
- Fomentar la reutilización y reciclaje de los residuos;
- Cumplir con las disposiciones específicas, criterios, normas y recomendaciones técnicas aplicables al manejo integral de los residuos sólidos urbanos y de manejo especial.

Al analizar las normas de la ecología podríamos suponer que al haber sanciones administrativas que podrían implicar la suspensión de múltiples permisos para que estas empresas puedan llevar a cabo sus funciones, habría un manejo adecuado de la basura, sin embargo, no es así. Como se mencionó, las industrias que han tenido mayor auge o intervención en nuestro estado y zonas colindantes son la industria metalmecánica, siderúrgica, cerámica, automotriz y textil, siendo cada una de ellas emisoras de contaminantes, que pese a existir estándares internacionales de tratamiento de residuos, así como normas oficiales mexicanas, una buena parte de estas empresas no lleva los procesos de residuos tal como debería de ser, sin que existan sanciones o intervención de los órganos facultados para hacer algo al respecto, entre ellos el Instituto de Ecología del Estado de Guanajuato, la Procuraduría de Protección al Medio Ambiente del Estado de Guanajuato, o el titular del ejecutivo del estado; he aquí la necesidad de un impuesto verde.

⁴ La Industria en México. Recuperado de: <https://geografia-de-mexico.wikispaces.com/La+industria+en+M%C3%A9xico>.

Por medio de diversas publicaciones periódicas recientes hemos podido observar algunas prácticas de contaminación y qué industrias son las que las provocan; la industria siderúrgica, por ejemplo, cuenta con importantes emisiones de bióxido de azufre a través de chimeneas que afectan el entorno, al ubicarse dentro de zonas urbanas, además de la expulsión de amoniaco, se realizan purgas de las calderas y descargas contaminantes de hidrocarburos a los ríos.

Otras fuentes han mencionado ya de manera muy particular cuáles son las mayores empresas contaminantes en el estado, como un ejemplo de ello, Protección Civil de Irapuato en su mapa de riesgos sanitarios, estableció que existe una empresa en la calle Donald Norris s/n, con emisiones considerables de bióxido de azufre y amoniaco a través de una chimenea del proceso, que afecta su entorno al ubicarse dentro de la zona urbana. Se realizan también purgas de las calderas de las empresas ubicadas en tal calle. De manera específica, se menciona a los Talleres de Equipo Rodante del Bajío S. A. y a Beneficiadora de Alambres y Metales S. A. de C. V., ubicadas en Ciudad Industrial de Irapuato, por reincidir en las descargas contaminantes de hidrocarburos al río Temascalí.⁵

Con relación a lo expuesto, el delegado de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (Profepa) en la entidad, José Isaac González Calderón, manifestó en algún momento para los medios de comunicación: “En tiempos de secas, a la altura de las comunidades El Cajón y Los Prietos, se forma una especie de nata, una nata que incluso llega a sostener basura e incluso llantas que no se sumergen y básicamente es de hidrocarburos”.⁶

Son, en suma, alarmantes las prácticas que realizan las empresas para deshacerse de sus residuos y la poca importancia que le da la gubernatura del estado. En adición a lo anterior, cabe señalar que la industria textil realiza descargas de residuos en los ríos aledaños a sus instalaciones.

Periódicos estatales como el *a.m.* ha realizado reportajes donde afirman que el drenaje sanitario en Irapuato en varios puntos de la ciudad emite olores fétidos, lo que afecta grandes áreas, afirman que el municipio cuenta con una planta tratadora de aguas residuales en un área de 72 hectáreas, genera cuatro toneladas diarias de lodos activados, mismos que son confinados en el lugar, el agua tratada es de 700 a 900 litros. Un punto aún más grave se consolida al saber que el agua sin tratamiento

⁵ Ramírez, A. (10 de octubre de 2014). Clausuran empresas por contaminar río. Periódico *Correo*. Recuperado de <http://periodicocorreo.com.mx/clausura-profepa-a-dos-empresas-por-contaminacion-al-rio-temascalio/>

⁶ *Ibidem*.

bacteriológico es utilizada para regar cultivos de alfalfa, trigo y sorgo, otra cantidad es utilizada en riego de parques y jardines.⁷

Los desechos de la industria textil no quedan limitados únicamente a contaminantes sólidos, sino que son de distintos tipos, como se menciona en la noticia aludida:

Los cauces de los ríos Guanajuato, Silao y arroyo Santa Rita, se encuentran fuertemente contaminados por desechos urbanos, sobre todo en lugares aledaños a asentamientos urbanos y rurales.

Se cuenta con instalaciones de un Rastro Municipal que viene funcionando desde hace 20 años aproximadamente, el cual no cumple totalmente en el aspecto sanitario; los desechos sólidos no son procesados y los líquidos son tirados a través de canales a cielo abierto cruzando algunas comunidades y cercano a la carretera Panamericana.⁸

En lo que respecta a la industria automotriz, León cuenta con un parque vehicular de 478 mil unidades, durante el último año registró un incremento de 9.1%, esto de acuerdo con la Dirección de Gestión Ambiental. Por otra parte, en el segundo semestre de 2015 tuvo un porcentaje de verificación vehicular de 37%, actualmente solo 21% de las unidades vehiculares han sido verificadas. El Instituto Nacional de Ecología y Cambio Climático establece que las partículas menores a 2.5 micras son altamente dañinas para la salud, ya que contienen carbono negro, nitratos, sulfatos y ácidos, siendo residuos del uso del automóvil.

Una cuestión importante en cifras sobre lo que nos deja la industria automotriz a partir de la emisión de los gases, la arroja la OMS (Organización Mundial de la Salud), que informa que en un solo año 8.2 millones de personas han perdido la vida debido a enfermedades relacionadas con la contaminación atmosférica, ante las que se encuentran los padecimientos pulmonares, cardiopatías y cáncer. Según el organismo internacional, en América Latina se registran 847 mil fallecimientos anuales por esta causa. El Instituto Nacional de Salud Pública (INSP) señala que cada año en México, alrededor de 20 mil personas fallecen debido a la mala calidad del aire, y hasta un 70% de los gases causantes del cambio climático se asocian al transporte motorizado.

Al respecto, el catedrático investigador de la Universidad de Guanajuato Octavio Obregón, afirma que la contaminación ambiental en León, Silao, Irapuato y Salamanca, se debe al uso excesivo del automóvil, a la quema de pastizales a cielo abierto, y a la antigüedad de los vehículos, que en promedio es de 22 años; del mismo modo comparte el dato de que en Japón un motor cuando llega a los 100 mil kilómetros lo

⁷ Godínez, R. (5 de noviembre de 2013). Detectan 158 empresas contaminantes. *a.m.* Recuperado de <https://www.am.com.mx/irapuato/local/detectan-158-empresas-contaminantes-15659.html>.

⁸ *Ibidem.*

deben retirar de circulación, y lo que hacen aquí en México es comprar esos motores que vienen de Japón y aquí reinstalarlos y usarlos con otros coches.⁹

La OMS afirma que un ambiente libre de polución es la base de la salud de la población y si los países no adoptan medidas para reducir los niveles de contaminación, millones seguirán sufriendo enfermedades y se darán casos de muerte prematura.

IV. Compromiso internacional

Es bien sabido que a nivel internacional se han suscrito varios instrumentos internacionales que implican una serie de compromisos para el Estado mexicano, a partir de 2011 y la reforma en materia de derechos humanos implicó el reconocimiento de derechos que para las autoridades de las tres funciones de gobierno marcaban ciertas obligaciones según el artículo primero constitucional:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Bajo el tenor del artículo primero constitucional cabe señalar que es de vital importancia establecer que el derecho a un medio ambiente sano es parte de la clase de derechos contenidos en el Pacto de los DESCAs, y que los impuestos ecológicos vienen a ser más que un modo de adquirir ingresos para el país, pues deben procurar un cambio conductual entre las empresas, cuyas actividades tienen impactos importantes sobre el

⁹ Once Noticias. (12 de abril de 2017). Once Noticias - Octavio Obregón Díaz [Archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=kqRL3yUWEow>.

medio ambiente, considerando además las obligaciones que derivan de nuestras autoridades sobre:

- Respetar: el Estado tiene que abstenerse de adoptar medidas que obstaculicen o impidan el goce de los derechos.
- Proteger: el Estado tiene que velar por el respeto de estos derechos por parte de terceros, así como proveer mecanismos de defensa.
- Promover: el Estado debe adoptar medidas que faciliten el goce de los derechos humanos para toda la población (medidas legislativas, de política pública, de asignación de recursos, entre otras).
- Garantizar: el Estado debe proveer y hacer efectivo cada uno de estos derechos cuando una persona o grupo no pueda ponerlos en práctica por razones ajenas a su voluntad.

Debe haber una toma de conciencia del tema de la contaminación tanto en nuestras autoridades como en las empresas responsables, sin embargo, por mandato constitucional corresponde a las primeras imponer un orden y control a las prácticas de los segundos, para con ello influir en las empresas mexicanas que lleven en su objeto la realización de actividades que generen el mismo impacto ambiental.

Por otra parte, en nuestra Constitución el artículo 4 establece el derecho al medio ambiente, cuando dice: “Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de la ley”.

Si bien es cierto que uno de los objetivos en materia económica de nuestro país es generar empresas, estas no deben proliferar si a su paso dejan huellas ecológicas de imposible reparación y un rastro de vulnerabilidad en la salud de los habitantes.

V. Hablemos de los DESCAs

“No puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”.

El anterior es un fragmento del Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al que posteriormente se le incluyó el concepto Ambientales (DESCA), derechos que fueron reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ratificado por México en 1981, aunque otros instrumentos de orden internacional que contienen referencias a los mismos son la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Conven-

ción Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), entre otros.

Uno de los derechos que contiene los DESCAs es el referente a la salud y a un medio ambiente sano (artículo 12, párrafo 1 e inciso b) que a la letra manifiesta:

Art. 12.-

1. Los Estados parte en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados parte en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho figurarán las necesarias para:
(...)
b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente.

Ahora, si bien ya hemos establecido la existencia y compromiso con este grupo de derechos, es necesario definir qué son los DESCAs, en base a los siguientes artículos del PIDESC:

Art. 11.-

1. Los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso, alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados parte tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional, fundada en el libre consentimiento (...)

Art. 25.-

Ninguna disposición del presente pacto deberá interpretarse en menoscabo del derecho inherente a todos los pueblos de disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales.

En interpretación de los artículos 11 y 25 podríamos definir los DESCAs como el conjunto de derechos que se encuentran encaminados al acceso a un nivel de vida adecuado, donde dicho nivel está sujeto a mejora continua de las condiciones de existencia.

De manera específica, el derecho al medio ambiente sano implica el equilibrio ecológico y la protección racional de los recursos naturales que garanticen el desarrollo de las generaciones presentes y futuras. Además, las personas tienen derecho a una

vida saludable y productiva, en armonía con la naturaleza, por lo que las medidas que se adopten deben proteger y preservar el medio ambiente. Estos derechos tienen una relación directa y de interdependencia con los derechos a la vivienda adecuada, a las condiciones de trabajo higiénicas y seguras, a la alimentación adecuada, a la salud y al desarrollo, entre otros.

VI. El impuesto ambiental

El impuesto, como institución jurídica, se encuentra reconocido y regulado por la Constitución y las leyes mexicanas, lo cual lo dota de un carácter obligatorio y de orden general, establecido en la fracción IV del artículo 31 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Son obligaciones de los mexicanos:

- IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación como del Distrito Federal o del Estado y Municipio donde residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

Los impuestos han sido históricamente utilizados no solo con fines recaudatorios, sino también con fines de ordenamiento general, en el caso de las prácticas nocivas al medio ambiente; también son considerados como tributos extrafiscales o no fiscales, dado que su objetivo principal no es el de seguir fines recaudatorios.

Han sido llamados impuestos verdes, o eco-tributos, aquellos que van vinculados a gravar las actividades que tienen una trascendencia en el entorno ecológico y que traen aparejados daños al medio ambiente y a la salud de las personas que por una razón u otra se ven involucradas en dichos entornos, además, pretenden realizar un cambio conductual entre la sociedad, que por su actividad habitual puede caer en acciones en perjuicio del medio ambiente con costos sociales presentes y futuros.

En relación, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) afirma que:

Los impuestos verdes tienen la capacidad de resarcir ciertas fallas del mercado, con la incorporación del impacto que sufre el medio ambiente a través de los precios de los bienes contaminantes. Asimismo, las tasas impositivas llevan a los productores y consumidores a tener un comportamiento más amigable o consciente de su entorno; también supone incentivos para el desarrollo de tecnologías menos contaminantes.¹⁰

¹⁰ Figueroa Neri, A. (2005). Tributos ambientales en México. Una revisión de su evolución y problemas. *Boletín mexicano de Derecho Comparado*. México: UNAM. Recuperado de <http://www.revistas.unam.mx/index.php/bmd/article/view/10624>

La OCDE explica que los impuestos verdes deben combatir los contaminantes y las acciones dañinas al medio ambiente, su cobertura debe ser tan amplia como lo es el contaminante y deben tener la magnitud del daño que causan, a fin de acarrear mejoras en el entorno, además, los impuestos deben estar inscritos en una consolidación fiscal que permita complementarlos, modificarlos o reducirlos.

Si consideramos al tributo ecológico desde una perspectiva histórica, en realidad los juristas coinciden en que no hay antecedentes sobresalientes del tema, pues lo poco que México se ha involucrado con esta figura está supeditado a los instrumentos jurídicos internacionales y a intentos de ley que no han sido aprobados por el Congreso de la Unión. Sin embargo, como bien refiere Figueroa Neri, ha habido algunas figuras que han querido entrar en el encuadre de tributos ecológicos, de manera indirecta, pero no lo son, y están establecidos en la Ley Federal de Derechos como:

Observación y acercamiento a especies, y su respectivo pago, sigue siendo gravada por derechos establecidos en el actual artículo 198 de la LFD.

Uso, goce y aprovechamiento de elementos naturales marinos por actividades recreativas o turísticas (artículo 198, LFD).

Pernoctar en áreas naturales protegidas (actualmente integrado a actividades diversas en las áreas, artículos 198 y 198-A, LFD).¹¹

Neri afirma que “en todos estos casos el destino de los ingresos está afectado, la recaudación se asigna directamente al financiamiento del área ambiental respectiva: investigación y vigilancia de ballenas, de las áreas naturales protegidas”.¹²

Del mismo modo, Figueroa también afirma que en México existen apoyos o estímulos que pretenden fomentar la investigación y el desarrollo tecnológico, pero no se encuentran condicionados a prevenir la contaminación o a respetar el medio ambiente. El tributo verde tiene precisamente la finalidad de incentivar el uso de tecnologías que eviten la contaminación o para que se realice de forma mínima.

Un principio interesante también expuesto por Figueroa Neri es la frase “el que contamina, paga”, de la cual la autora manifiesta se encuentra direccionada a la identificación del agente contaminador y a determinar la cuantificación de la contaminación producida. Además, habla del concepto de la finalidad de “internalizar la externalidad negativa” de tipo ambiental, que establece más que nada que la contaminación que se ha generado y ha beneficiado a un particular, requiere de intervención e inversión que el Estado no debe erogar y por lo tanto el carácter redistributivo debe salir del bolsillo del particular.

¹¹ *Ibidem.*

¹² *Ibidem.*

VII. Conclusión: necesidad del impuesto de impacto ambiental

Solo queda manifestar que la importancia de formar políticas con la finalidad de otorgar protección a nuestro medio ambiente, al cual todos tenemos derecho, no es una pérdida de energía sino una inversión en trabajo, tiempo y sobre todo recursos monetarios que vale la pena. Por otra parte, es cierto que al tratar de implementarse un impuesto ecológico se anteponen una serie de consideraciones de carácter económico, político e incluso de educación social relacionados con una cultura ecológica y de conciencia en materia de medio ambiente. El trabajo en relación a esta figura por parte de nuestras autoridades puede generar un crecimiento y desarrollo sustentable, y así evitar en la medida de lo posible las prácticas que desfavorecen el medio ambiente, pues tal como lo afirma Figueroa Neri la contaminación de ningún modo es riqueza.

La aspiración de formar parte de las naciones de primer mundo requiere tomar medidas de primer mundo, como lo es no solo promover el florecimiento empresarial masivo, sino que el mismo sea desde su nacimiento responsable y consciente de que se conlleva una responsabilidad con el Estado. De manera económica, estas figuras promueven la competencia de nuestro país a largo plazo, ya que al implementar un tratamiento diferente de los residuos se transmite una idea de vanguardia en otros países y por tanto la calidad misma de nuestros productos.

Resulta importante asentar que el tratamiento que las autoridades debieran darle al impuesto verde requiere de mucho estudio y análisis de cada una de las variables que puedan influir en él, siendo necesario un equipo interdisciplinario del mismo. Se coincide con Figueroa Neri en que la implementación de este impuesto debe ser introducido por partes y no de una manera fulminante y determinativa.

Referencias

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

INEGI. Censos Económicos, 2014. Tabulados predefinidos por sector de actividad.

INEGI. Encuesta Inter censal. Tabulados básicos. 2015.

INEGI. México en el mundo, 2016.

INEGI. Anuario estadístico y geográfico de los Estados Unidos Mexicanos, 2016.

- INEGI. Anuario estadístico y geográfico de los Estados Unidos mexicanos 2016 (para cada entidad federativa).
- INEGI. La minería en México 2014. *Censos Económicos*, 2009. Módulo de Medio Ambiente.
- INEGI. Boletín de información oportuna del sector alimentario, número 347. Octubre 2014.
- INEGI. El sector alimentario en México 2014. Censo Nacional de Gobiernos Municipales y Delegacionales, 2013 y 2015.
- INEGI. Encuesta Inter censal 2015.
- INEGI. Dirección de Estadísticas del Medio Ambiente con base en: Registros administrativos. Estadísticas económicas. Estadística de vehículos de motor registrados en circulación. Consulta interactiva de datos. Vehículos de motor registrados en circulación, 2017.
- Ivester L. y D. Neefus J. (2015). La industria Textil. En *Industria de Productos textiles*. Enciclopedia de Salud y Seguridad en el Trabajo, (36), Los Ángeles, California.
- Ley para la Gestión Integral de Residuos del Estado y los Municipios de Guanajuato.
- Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Valverde Valdés, T. y Cano-Santana, Z. (2005). *Ecología y medio ambiente*. México: Pearson Education.

Recursos en línea

- Charles Manzano, C. (2002). Breve análisis de la creación del impuesto ecológico. Recuperado de <http://cdigital.dgb.uanl.mx/te/1020147487.PDF>.
- Fernández Espejel G. (2014). Impuestos verdes: su impacto ambiental. Creación de mercados y tendencias en política ambiental. Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública. Recuperado de <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/camara/Centros-de-Estudio/CESOP/Estudios-e-Investigaciones/Documentos-de-Trabajo/Num.-162.-Impuestos-verdes-su-impacto-ambiental.-Creacion-de-mercados-y-tendencias-en-politica-ambiental>

- Figuroa Neri, A. (2005). Tributos ambientales en México. Una revisión de su evolución y problemas. *Boletín mexicano de Derecho Comparado*. México: UNAM. Recuperado de <http://www.revistas.unam.mx/index.php/bmd/article/view/10624>
- Godínez, R. (5 de noviembre de 2013). Detectan 158 empresas contaminantes. *a.m.* Recuperado de <https://www.am.com.mx/irapuato/local/detectan-158-empresas-contaminantes-15659.html>.
- Greenpeace. (2009). Basura Cero. Recuperado de <http://www.greenpeace.org/mexico/es/Campanas/Toxicos/basura-cero/>
- Greenpeace. (2013). Ríos tóxicos: Lerma y Atoyac. La historia de negligencia continúa. Recuperado de <http://www.greenpeace.org/mexico/Global/mexico/Docs/2014/toxicos/Rios%20t%C3%B3xicos%20Lerma%20y%20Atoyac-WEB.pdf>
- INEGI. (14 de septiembre de 2017). Sistema de Consulta Estadística Virtual. Recuperado de: http://mapserver.inegi.org.mx/ambiental/map/indexV3_FF.html.
- La Industria en México. Recuperado de: <https://geografia-de-mexico.wikispaces.com/La+industria+en+M%C3%A9xico>.
- Memorias del Foro: Impuestos Verdes, recuperado de https://www.prodecon.gob.mx/Documentos/RelacionesInstitucionales/ImpuestosVerdes_20012014.pdf.
- OCDE. (2011). Hacia el crecimiento verde. Recuperado de <https://www.gob.mx/inecc/acciones-y-programas/crecimiento-verde>
- Once Noticias. (12 de abril de 2017). Once Noticias - Octavio Obregón Díaz [Archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=kqRL3yUWEow>.
- Ramírez, A. (10 de octubre de 2014). Clausuran empresas por contaminar río. Periódico *Correo*. Recuperado de <http://periodicocorreo.com.mx/clausura-profepa-a-dos-empresas-por-contaminacion-al-rio-temascatio/>
- Recursos de la Organización Mundial de la Salud. Recuperado de <http://www.who.int/es/>

CRIMINALIDAD DE MENORES: UNA APROXIMACIÓN CRIMINOLÓGICA

GABRIEL ARTURO YÁÑEZ SALDAÑA¹

En el año 2002 la recién creada Secretaría de Seguridad Pública del Estado de Guanajuato, a través del extinto Sistema Estatal de Tratamiento de Menores Infractores² desarrolló un estudio basado en entrevistas a dieciocho menores internados por la comisión de conductas consideradas como delito,³ dicho trabajo buscaba fortalecer, al interior de la propia dependencia, las acciones de tratamiento y, en su caso, de prevención, de aquellas conductas antisociales cometidas por este sector de la población.

En tal sentido, el presente análisis pretende desarrollar una aproximación criminológica al tema de los menores que han trasgredido la ley penal, se toma como base las entrevistas desarrolladas a este grupo de menores estudiados, por razones obvias se omitirán sus nombres, se reproducen únicamente las partes de los diálogos que sean susceptibles de la reflexión que se persigue.

Es conveniente agregar que no se trata de un estudio jurídico dogmático en cuanto a la reacción del Estado frente a este fenómeno, ni a la evolución terminológica de las palabras que hacen alusión a este tópico; no se trata pues de referir si una palabra es o no obsoleta a la legislación actual, sino a entender que muchas de estas realidades referidas por quienes fueron entrevistados hace quince años, sugieren ser realidades vigentes al día de hoy.

¹ Catedrático de la Licenciatura en Derecho de la Universidad De La Salle Bajío.

² Hoy en día, derivado de las reformas constitucionales en la materia, esta función la desarrolla la Dirección General de Reintegración Social para Adolescentes, la cual “es una Unidad Administrativa adscrita a la Secretaría de Seguridad Pública, que participa de manera activa como un operador del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes, misma que tiene la función de ejecutar las medidas decretadas por la autoridad jurisdiccional o de vigilar su ejecución”. Secretaría de Seguridad Pública, Reintegración Social de Adolescentes (2017), recuperado de <http://seguridad.guanajuato.gob.mx/dgrsa/>.

³ El estudio se denominó: Miradas al Interior, Gobierno del Estado de Guanajuato, 2002.

Cuando se desarrolla un trabajo de naturaleza criminológica, por lo regular se piensa que la criminología resolverá la siguiente pregunta: ¿qué es lo que condiciona el nacimiento de la conducta criminal en los menores?,⁴ esto resulta difícil de responder, si buscamos la singularidad de una causa cuando entendemos de antemano que la conducta criminal es multicausal, y aun bajo esta concepción sabemos que las causas de unos no son necesariamente la de otros (Rodríguez, 2010).

Bastantes estudios se han desarrollado al respecto, muchos de ellos de gran interés y plasmados con la seriedad necesaria; otros no tanto, conformados en su estructura con afirmaciones muy categóricas, causalmente determinantes y un tanto populares como: “la culpa es de la sociedad”, “la culpa es del gobierno”, “la culpa la tienen los padres por no saber educar a sus hijos”, “lo que los menores necesitan es amor y cariño”, “es la pobreza la que orilla al menor al delito”, “es la riqueza insupervisada la causante”, entre otras.

Esta reflexión criminológica no busca plasmar una condicionante o una causa de la conducta criminal del menor, sino solamente vislumbrar un panorama integral que nos permita acercarnos a los distintos factores causales que pueden vincularse con la conducta criminal de los menores, perdiendo o dejando de lado cualquier postura determinista de tales conductas, para atender con tales objetivos algunos datos que se registran en las narraciones de los dieciocho menores. Sin más que agregar, nos permitiremos abordar nuestro tema.

Uno de los factores que más nos atrae es sin duda alguna la proliferación de las familias disfuncionales, presentándose en una incidencia de catorce de los dieciocho casos. Hablar de familias disfuncionales no es hablar únicamente de desintegración familiar, pues a menudo expresamos que el problema radica en la desintegración, cuando en realidad esta es solo una parte, aunque no necesaria, de una familia disfuncional.

¿Qué es entonces una familia disfuncional?, su parte opuesta, la familia funcional, es una familia que funciona como tal, la que cumple su papel como núcleo básico de toda sociedad, la que forja a los nuevos integrantes de la sociedad con educación, principios, normas y los valores necesarios para el cumplimiento de los lineamientos indispensables para la convivencia y desarrollo de la comunidad. En concreto: “una familia funcional es la que tiene bien definidos los límites internos y los de relación con el mundo exterior; es capaz de adaptarse a las previsiones, ejerce la evolución y el

⁴ Como aclaración, no omitiremos señalar que el término conducta criminal si bien se percibe fuerte y hasta estigmatizante, es el término correcto en la materia que nos ocupa, ya que incluye el análisis de todo tipo de conductas antisociales, desde las “simples” hasta las delictivas, sin que necesariamente el término criminal se refiera a hechos violentos, sádicos y trascendentales como regularmente se cree, con lo anterior se espera plasmar en el lector esta diferencia.

desarrollo físico y psíquico de sus miembros, y es capaz de manejar las presiones y leyes de adaptación sociocultural” (Ríos, 1994).

Caso contrario, la disfuncionalidad sería aquello que de alguna forma no permite a la familia cumplir su misión en la sociedad. Hay tres variables, con sus aspectos negativos, que frecuentemente se utilizan para conocer si existe o no dicha disfunción, estas son las siguientes: familia completa-incompleta, familia integrada-desintegrada, y familia organizada-desorganizada.

Las combinaciones existentes entre estas variables pueden ser diversas, tales como una familia incompleta, integrada y organizada, o bien, completa, desintegrada y organizada, o tal vez, entre otras, completa, integrada y desorganizada. La presencia de una variable negativa no indica necesariamente la existencia de una disfunción familiar, es por ello que estas combinaciones deberán de correlacionarse con otros aspectos sociofamiliares, como el grado y coherencia de la comunicación existente entre los miembros de una familia, la afectividad entre los mismos, así como la presencia o representación de algún tipo de violencia (física, psicológica, sexual, económica, entre otras). En este orden de ideas, de acuerdo a la información analizada, se observa que la mayor parte de los dieciochos menores proceden de familias disfuncionales, caracterizadas en estos casos por existencia de algún tipo de violencia, comunicación inadecuada y un vínculo afectivo de carácter patológico.

En nuestro primer caso, el Güicho nos narra:

Con los chavos de la colonia donde vivo me junto desde chiquito. Quiero decir, no siempre fui vago, estudié hasta sexto, terminé primaria. Pero luego me descarrié, igual que algunos de mis hermanos. Como de niños tampoco no veíamos de nuestros padres mucho cariño que digamos, pues mejor nos íbamos a la calle, a ver qué. Somos siete hermanos. Mis papás ahora se llevan bien, pero antes no. Tenían muchos problemas, y luego mi hermano mayor le empezó a poner a las drogas. Entonces fue *pior*, porque por uno la llevamos todos. Si él llegaba bien coco trópico, a todos nos iba mal. Nosotros agarramos ese ejemplo. Él ahora tiene 18 años y ya no sigue en las drogas. Se rehabilitó. Ahora el único que le pone ahí de la familia soy yo. Le entro a todo lo que ataranta. Lo que más me gusta es la marihuana y el agua de celaste.

Especial interés representa el nivel socioeconómico en la familia de los menores, entendido como la estratificación de la sociedad en sectores relativamente similares desde el punto de vista económico. No obstante, no hay que olvidar que las diferencias económicas no dan sustento por sí mismas al nacimiento de las conductas antisociales. En este contexto de ideas, lo que sí indica el nivel socioeconómico es el *modus vivendi*, y ese estilo o modo de vida puede ser representativo como un factor de importancia, mas no determinante, de las conductas antisociales.

Es decir, cuando este *modus vivendi* se alinea con otros aspectos, como el abandono moral y material del menor, ya sea por la ausencia de uno u otro progenitor, o por las presiones económicas de ambos, genera el descuido de la satisfacción de las necesidades básicas, la falta de comunicación entre la familia, la carencia de los lazos afectivos necesarios, o la dificultad de afrontar los obstáculos cotidianos de la vida, con ello se podría generar una fricción familiar, traducida, en el peor de los casos, en violencia intrafamiliar como forma de canalización de esos problemas acumulados o pacificados, simultáneamente, bajo un alcoholismo o drogadicción en alguno de los miembros de la familia.

El Loquillo nos aporta lo siguiente:

Yo tengo buena memoria. Me acuerdo de todo desde que estaba bien chiquillo. Me acuerdo muy bien, como si lo estuviera viendo, de cuando tenía cuatro años y mi mamá se murió; fue una cosa muy fea y dolorosa, pues la casa se quemó y mi mamá, que estaba adentro, murió quemada. Yo lo vi todo y lo recuerdo. Fue en Veracruz, donde vivíamos entonces. A los que casi no recuerdo son a mi papá y a mis hermanos. Mi jefe era muy borracho y luego que nos quedamos sin mamá se volvió *pior*; nos golpeaba mucho y no nos cuidaba, hasta que todos, yo y mis otros tres hermanos, nos fuimos yendo de la casa, cada uno por su lado, para no aguantarlo.

Complementando lo anterior, tenemos que la estructura de la familia y las actividades desarrolladas en ella contribuyen de manera muy particular como factor que incide en la predisposición del menor hacia las conductas antisociales, la cual aumenta con la existencia de alguna experiencia traumática relacionada con la misma, como es el caso del Loquillo cuando narra la muerte de su madre, situación que podría favorecer durante su desarrollo a la manifestación de conductas violentas de corte psicopático (Ostrosky, 2011).

No obstante, no podemos abordar la criminalidad de menores bajo una sola óptica: la familiar. Pues si bien es de gran importancia esta esfera, a veces resulta complicado entenderla de forma adecuada por la gama de circunstancias que se presentan. Aludamos al autor Solís:

El niño que no tiene lo necesario debe adquirirlo, y el que tiene más de lo necesario, no sabe cómo aprovecharlo, y entra también en conflicto. Cuando el niño recibe indiferencia, exceso de mimos, abandono moral o material, cuando presencia las dificultades de sus padres, cuando carece de padre, de madre o de hermanos, cuando recibe malos tratos, cuando no se le da el tratamiento médico que necesita, cuando no se le hace cumplir sus mínimas obligaciones ni se le deja disfrutar el mínimo de libertad correlativa, cuando, en fin, el niño no juega, no tiene libertad, o la tiene en exceso, se convierte en agresor, en infractor (Solís, 1954).

De igual manera, al abordar el análisis de este grupo social, no hay que perder de vista el aspecto multifactorial que implica el estudio criminológico, tal como lo sostiene Rodríguez Manzanera (2000): “la decisiva influencia de la familia es tan señalada en la delincuencia de menores que, para algunos autores, es la única de tomarse en cuenta. Sin desconocer la efectiva importancia que la familia tiene, nosotros creemos en la multiplicidad de factores, aceptando que uno de los más frecuentes es la familia desorganizada o deformante”.

Recordemos, ante todo, que el infante se encuentra en pleno proceso de integración de la personalidad, en donde su esfera biológica, psicológica y social está en desarrollo, personalidad en pleno aprendizaje para la vida independiente; de lo cual se espera (lo espera la colectividad en general), un crecimiento de menores sanos y apegados a los lineamientos de convivencia.

Si bien este primer aprendizaje es a través de la familia, en virtud de que el menor durante sus primeros años de vida es influenciado, positiva o negativamente por sus padres, quienes lo presentan y lo empujan al mundo externo, también es cierto que su contacto social es trascendental; es ahí cuando lo ubicamos en la escuela, y será este proceso escolar también de importancia para el desarrollo de la personalidad, pues debemos recordar que es, o debería de ser, en la escuela el lugar para plasmar o reforzar adecuadamente aquellos valores, normas y principios necesarios para el bien común, independientemente de que si estos fueron otorgados o no por la familia.

El niño tendrá en este lugar sus primeras relaciones sociales, sus primeras amistades, conocerá gente nueva, reglas nuevas, adquirirá diversos conocimientos, alimentará sus necesidades de aceptación y reconocimiento, así como de afecto. Pero es ahí, en la escuela, en donde se pueden presentar sus primeras frustraciones, ejemplos claros pueden ser la diferencia de las capacidades de los menores para el aprendizaje, unos aprenden más que otros y esto genera frustración cuando no le es reconocido como a aquel, o cuando se refieren a él como el burro de la clase, sin saber que posiblemente su problema de aprendizaje es por causas psicológicas, familiares, pésima alimentación, trastornos orgánicos, etc., o bien, el niño que habla de lo excelente y bondadoso que es su familia, en tanto que el otro carece de lo más básico e indispensable; o tal vez el niño que observa el uniforme escolar nuevo del compañero, cuando él lleva puesta la ropa vieja, descolorida y desgastada de su hermano mayor, quien le ha heredado las prendas.

Pueden ser muchas causas las que generan esa frustración que impiden su adecuada formación en el aprendizaje de conocimientos, destrezas y hábitos. Frustración que, aunada a otros elementos ya señalados, nos generan factores de riesgo, muchas veces proyectados ahí, en el espacio educativo, sin que nadie haga nada por identificarlos, o bien, en el supuesto de ser identificados será intervenido a través de constantes llama-

das de atención y de reuniones con sus progenitores, y ante resultados poco satisfactorios, entonces se le “ayudará” expulsándolo de la escuela.

En otra experiencia, nos dice El Garbanzo:

Yo me muevo con una banda de chavos, son unos veinte nada más. Se llama la banda del chicle duro. Muchos de ellos se drogan con cocaína o con pastas, yo no; a mí no me gusta drogarme. Empecé a juntarme con ellos por pura onda. Un día me conecté con ellos en una esquina, me quedé a limpiar parabrisas y me empecé a portar mal. Eso fue después de que dejé la secundaria. Me corrieron primero de la secundaria normal, después de la abierta y después ya no le vi el caso a insistir. Me parecía un esfuerzo inútil.

Pero no todos son expulsados, otros simplemente abandonan la escuela aun cuando en apariencia todo marchaba más o menos bien, como el caso de El Sapo, que dice: “Cuando estaba en la primaria mi vida era diferente. Sacaba buenas calificaciones y hasta gané un concurso de aprovechamiento, pero cuando entré a la secundaria y conocí otros amigos y ya no era el mismo cotorreo de la primaria, ya había discos, bailes, ahí me empecé a drogar y a robar”.

La deserción escolar es un asunto que no solo obedece a la voluntad de los menores sino a la complejidad de la sociedad humana, resulta significativo el número de menores antisociales que han abandonado su proceso de educación escolar.

Bajo consulta de algunas corrientes sociológicas (Orellana, 2004, entre ellas), en particular las teorías de la subcultura (a pesar de las constantes críticas que han tenido), pudiéramos rescatar lo siguiente: los grupos subculturales se oponen a los valores culturales nacionales o están en contra de la cultura ya establecida, marcan sus propias reglas; las subculturas, regularmente, surgen en un módulo de sociedad plural y heterogéneo. El proceso de interacción con otros sujetos en similar situación genera un sentimiento de solidaridad de grupo y determinados estándares comunes, obtienen de su grupo el necesario sentimiento de pertenencia e identidad, de reconocimiento y aceptación, de camaradería y estima, sentimientos que no encuentran, por diversas causas, en ningún otro grupo, más que en el de ellos mismos. La participación en la subcultura aporta así a sus miembros el estatus que desean y que perciben, negado por una parte de la colectividad.

Dentro de estas teorías de la subcultura encontramos la de Albert K. Cohen, quien nos explica que derivado de una frustración de estatus se genera un proceso de adhesión de jóvenes de la clase baja, quienes de manera grupal optan por una expresión simbólica de rebeldía, maliciosa y negativa que atenta contra los valores de la clase media (Vidaurri, 2016), esta teoría se relaciona estrechamente con las bandas de jóvenes antisociales.

Otro caso es el de El Sabino:

Mi mamá no está viva. Se murió cuando yo tenía 13 años. Ese fue el peor momento de mi vida, el más triste. Creo que ella fue la persona que más me quiso. Después de que se fue, me empecé a portar medio mal. Conocí a un chavo que ha sido muy cuate mío y a toda su banda. A él y a mí nos agarraron juntos robando en Querétaro y los dos estamos aquí de internos. Su hermano me enseñó a ponerle a las drogas. También con ellos empecé a robar. Primero puros estéreos de coches, luego nos íbamos a los ranchos a asaltar lo que se pudiera, luego bicicletas, luego a las camionetas que van a los tianguis; cuando las dejaban solas nos subíamos y nos llevábamos de todo: ropa, zapatos...

Otro testimonio que llama la atención es el del Black, remitido por violación, y nos llama la atención por el hecho de la nota introductoria a su narración, la cual nos permitiremos citar textualmente:

El Black reconoce que es un ser privilegiado; la vida le ha dado mucho a sus 15 años: un hogar bien constituido, padres comprensivos, salud inmejorable, inteligencia superior, extraordinaria capacidad para las artes y el deporte y una buena apariencia. Lo que no acepta es su culpabilidad. Dice que al acusarlo de violación contra diez niños la justicia se equivocó. En todo caso, apunta, culpables fueron todos los implicados que se aventuraron a prácticas sexuales inspirados en la pornografía.

Esta nota, correlacionada con la narración del Black, si la analizamos superficialmente parecería que la familia queda desligada como factor causal, pues la referencia de la misma parecería ser positiva, en realidad estamos frente a un caso en donde existe una distorsión de normas y valores en el proceso de individuación y socialización de este menor, traducido en un conflicto de poder y de dominio, que tiene raíces en su familia, atreviéndonos a describirla como disfuncional, incluso cuando él lo niegue. Poder y dominio que se plasman no solo en los actos sexuales en contra de los menores, sino también en la simple posesión y control del material pornográfico, siendo esto solo una forma, un medio, de ejercer su poder, y si suponemos la inexistencia de su acercamiento al material pornográfico, muy probablemente, por su proceso distorsionado de normas y valores, hubiera encontrado otro medio para el poder anhelado. El Black puntualiza su narración de la siguiente manera:

Por otra parte, a veces me gustaría algún día tener poder, trabajar en el gobierno y renovar muchas cosas que están mal. Por ejemplo, la justicia para menores infractores yo creo que no es justicia. Si los jóvenes cometemos errores, los adultos tendrían que esforzarse más por entender, total, ellos también cometen errores y no pienso que a ninguno de los que me han acusado y sentenciado les gustaría tener a un hijo

interno en el tutelar. Yo no me considero tan malo como me quieren hacer ver, no robo ni ataco a nadie y tampoco me gustan las drogas.

En este fragmento del discurso, y en gran parte del mismo, tiende a negar sus actos, no hay aceptación del hecho ni tampoco un sentimiento de culpa, y pocas probabilidades, como consecuencia, de un aprovechamiento de la experiencia. Justifica y proyecta la culpa a todos, tanto a los menores como a la misma sociedad y gobierno, cuando luego manifiesta:

Claro que después cambié esas revistas por otras más gruesas, en verdad pornográficas, que conseguía en cualquier puesto de revistas; cualquiera las puede adquirir y yo creo que eso también es un error del gobierno; se asustan mucho cuando saben que tienes actividad sexual muy chico, pero no impiden que se venda la pornografía. Es una total incoherencia.

Hasta aquí hemos dado un breve vistazo a tan solo algunos casos y encontramos que todos son sumamente interesantes, pues cada uno se tendría que estudiar por separado, ya que la individualidad es una de las tantas características que nos hace identificarnos como personas.

Especifiquemos los puntos siguientes: en todos los casos existe un común denominador, un hecho antisocial, el cual deriva de múltiples factores, muchos ligados entre ellos mismos y generadores de otros a su vez; las variables son complejas, por lo que la solución escapa de intervenciones superficiales, de remedios gubernamentales que buscan una respuesta inmediata a través de políticas públicas, a veces, sin sustento.

Bastante hemos escuchado sobre la reconstrucción del tejido social, es innegable la necesidad de hacerlo, por lo que debemos de considerarlo a través del núcleo básico de toda sociedad: la familia.

Podemos constatar en la presente aproximación criminológica la circunstancia de que a pesar de que negamos a la familia, desde luego, como factor único, encontramos un papel muy representativo, más no determinativo, de su influencia en la conducta criminal de los menores, lo que nos lleva a ratificar que el factor familiar y el social están ligados entre ellos, conservando una relación dialéctica: la existencia y la importancia de uno condiciona la existencia y la importancia del otro, trascendiendo en el desarrollo biopsicosocial de los menores y en su proceso de adaptación en la sociedad.

Tal vez si se incidiera contundentemente en la problemática familiar que hoy en día prevalece en muchos hogares mexicanos, y se atendieran a la vez el rezago educativo que a su vez es causa y efecto de múltiples factores de riesgo, y se combatiera la desigualdad social que sobresale en nuestro país mediante eficientes políticas sociales, pudiéramos recuperar el desarrollo de los niños y jóvenes en situación de riesgo, y no

solo minimizar la incidencia de su participación en conductas delictivas, sino además, podríamos acercarnos al clima de seguridad, tranquilidad y paz que tanto se anhela en nuestra sociedad.

Referencias

- Leija, M. M. (2009). *Elementos de criminología*. México, D.F.: Lazcano Garza.
- Marchiori, H. (2011). *Criminología, teorías y pensamientos*. México, D.F.: Porrúa.
- Marcó del Pont K., L. (1986). *Manual de criminología*. México, D.F.: Porrúa.
- Orellana, W. O. (2004). *Manual de criminología*. (10a ed.). México, D.F.: Porrúa.
- Ostrosky, S. F. (2011). *Mentes asesinas: la violencia en tu cerebro*. México, D.F.: Editorial Quinto Sol.
- Ríos, G. J. (1994). *Manual de orientación y terapia familiar: (Enfoque sistémico teórico - práctico)*. Madrid: Instituto de Ciencias del Hombre.
- Rodríguez, M. L. (2000). *Criminalidad de menores*. México, D.F.: Porrúa.
- Rodríguez, M. L. (2010). *Criminología*. (24a ed.). México, D.F.: Porrúa.
- Solís, Q. H. (marzo de 1954). Panorama de la delincuencia juvenil. *Criminalia*, (3), 159.
- Vidaurri, A. M. (2016). *Bases generales de criminología y política criminal*. México: Oxford University Press.
- Villanueva, C. R. (2010). *Serie estudios en ciencias penales y derechos humanos*. Tomo I. (C. O. Barros Leal, M. A. Murillo de la Rosa, & R. Yebra Núñez, eds.) Guanajuato, México: Instituto Estatal de Ciencias Penales/Instituto Brasileño de Derechos Humanos/Congreso del Estado de Guanajuato.



<http://enocasionesveoreos.blogspot.mx/2012/08/menores-delincuentes.html>.

UNIVERSIDAD DE LA SALLE BAJÍO

DIRECTORIO

MARTÍN ROCHA PEDRAJO

RECTOR

JOSÉ AMONARIO ASIAÍN DIAZ DE LEÓN

VICERRECTOR

ALICIA ZAVALA BERBENA

DIRECTORA DE INVESTIGACIÓN

MARIELA DEL CARMEN HUERTA GUERRERO

DIRECTORA DE LA FACULTAD DE DERECHO

FERNANDO MÁRQUEZ RIVAS

COORDINADOR GENERAL DE LA FACULTAD DE DERECHO

PRESENTACIÓN

MARIELA DEL CARMEN HUERTA GUERRERO

ARTÍCULOS

RUBÉN ALDANA SOLORIO

La cadena de custodia como elemento rector en el manejo del material de prueba

AÍDA LETICIA GARCÍA JUÁREZ

Reflexiones en torno a la violencia

GERARDO JUVENAL JIMÉNEZ ALEMÁN

Principio pro persona y su retroceso a la luz de la contradicción de tesis 293/2011

CARLOS MUÑOZ JIMÉNEZ

Transfusiones sanguíneas en menores y conflicto de intereses en los profesantes de la religión denominada “Testigos de Jehová”

FRANCISCO RAMOS TRISTÁN

Inconstitucionalidad de los delitos graves oficiosos establecidos en el artículo 11 del Código Penal para el estado de Guanajuato

BRANDON RODRIGO RODRÍGUEZ DURÁN

La empresa como ente jurídico

RODRIGO GUADALUPE RODRÍGUEZ VÁZQUEZ

Análisis técnico jurídico de los procedimientos cautelares en el estado de Guanajuato

ANA GABRIELA PADILLA HERNÁNDEZ

Los derechos humanos en la sociedad mexicana

CLARA MARÍA PÉREZ VILLALOBOS

¿Es necesario un impuesto verde?

GABRIEL ARTURO YÁÑEZ SALDAÑA

Criminalidad de menores: una aproximación criminológica