

NOMOS

PROCESALISMO ESTRATÉGICO

Vol. 01, Núm. 02, Julio-Diciembre 2024

ISSN: En trámite



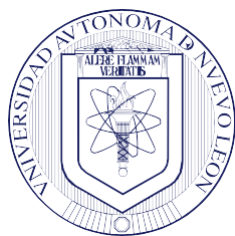
UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

NOMOS

PROCESALISMO ESTRATÉGICO

Nomos Vol. 1 Núm. 2, Julio-Diciembre 2024, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. revistanomos.uanl.mx, nomos@uanl.mx. Editor responsable: Dr. Luis Gerardo Rodríguez Lozano, de la Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2023-122017504900-102 e ISSN En trámite, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina, Facultad de Derecho y Criminología Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. Fecha de la última modificación: 11 de junio de 2024.



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

Sobre la revista

Nomos: Procesalismo Estratégico

Es una publicación semestral online, dedicada a difundir investigaciones sobre derecho procesal en perspectiva estratégica, con el objetivo de contribuir al fortalecimiento de la cultura del Estado Social y Democrático de Derecho, aportando investigaciones de frontera con una perspectiva plural desde los derechos humanos, derecho procesal, derecho constitucional, derecho administrativo, teoría del derecho y filosofía política, y otras áreas y disciplinas del conocimiento interrelacionadas, para aportar a la divulgación del conocimiento básico y aplicado en un entorno transdisciplinar que nos permita abordar el litigio procesal de forma estratégica desde diversos ámbitos científicos con el fin de fortalecer la teoría y generar propuestas de solución en clave social y de interés público.

Nomos: Procesalismo Estratégico, se encuentra dirigida a investigadores, docentes, y miembros de la comunidad científica académica interesados en el abordaje epistemológico, histórico, social y ontológico que convergen el estudio de las relaciones humanas con visión de cohesión social como elemento toral del Estado social y democrático de derecho, con las ventajas de manejar conocimiento multidisciplinario de frontera.

Nomos: Procesalismo Estratégico pretende convertirse en una revista online de acceso abierto, referente científico para la comunidad internacional, ingresar a los más altos índices académicos, para con ello tener acceso a plataformas en línea para la difusión de investigaciones de alto impacto que contribuyan a la propuesta de soluciones procesales en perspectiva estratégica con impacto social.

Equipo editorial

Editor en jefe

- Dr. Luis Gerardo Rodríguez Lozano (Universidad Autónoma de Nuevo León)

Editora en jefe

- Dra. Alina del Carmen Nettel Barrera. (Universidad Autónoma de Querétaro)

Director editorial

- Dr. Juan Ángel Salinas Garza (Universidad Autónoma de Nuevo León)

Coordinadora editorial

- Dra. Mireya García Monroy (Universidad Autónoma de Nuevo León)

Comité Editorial

Internacional

- Dr. Diego Luna (Universidad de Buenos Aires, Argentina)
- Dr. Jorge Iván Rincón Córdoba (Universidad Externado de Colombia, Colombia)
- Dr. Manuel Gómez Tomillo (Universidad de Valencia, España)
- Dr. Luiz Guilherme Marinoni (Universidad Federal do Paraná, Brasil)
- Dr. Orlando Vignolo Cueva (Universidad de Piura, Perú)
- Dr. Jaime Rodríguez Arana Muñoz (Universidad de la Coruña, España)
- Dr. Marcelo Fernández Peralta (Universidad Austral, Argentina)
- Dr. Carlos Luis Carrillo Artilles (Universidad Central de Venezuela, Venezuela)

Nacional

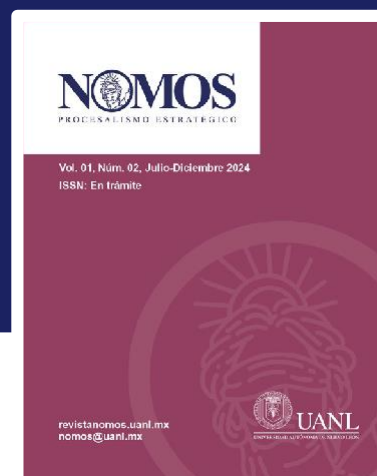
- Dr. Mario Alberto Garza Castillo (Universidad Autónoma de Nuevo León)
- Dr. José Luis Prado Maillard (Universidad Autónoma de Nuevo León)
- Dra. María Guadalupe Fernández Ruiz (Universidad Nacional Autónoma de México, México)
- Dr. Michael Gustavo Nuñez Torres (Universidad Autónoma de Nuevo León, México)
- Dra. Eugenia Paola Carmona Díaz de León (Escuela Libre de Derecho, México)
- Dr. David Cienfuegos Salgado (Universidad Nacional Autónoma de México, México)
- Dr. Paris A. Cabello-Tijerina (Universidad Autónoma de Nuevo León, México)
- Dr. Mario Cruz Martínez (Universidad Iberoamericana, México)
- Dr. Gonzalo Armienta Hernández (Universidad de Sinaloa, México)
- Dr. Alfredo Islas Colin (Universidad Autónoma de Tabasco, México)
- Dra. Teresita de Jesús Rendon Huerta Barrera (Universidad Nacional Autónoma de México, México)

Comité Científico

Nacional

- Dra. Mireya García Monroy (Universidad Autónoma de Nuevo León, México.)
- Dr. Rogelio Barba Álvarez (Universidad de Guadalajara, México)
- Dra. María Ernestina Ureña Moreno (Universidad Autónoma de Nuevo León, México)
- Dra. María Salome Moreno Rodríguez (Universidad Autónoma de Nuevo León, México)
- Dr. Juan Marín González Solís (Universidad Autónoma de Nuevo León, México)
- Dra. Alina del Carmen Nettel Barrera (Universidad Autónoma de Querétaro, México)
- Dr. Daniel Márquez Gómez (Universidad Nacional Autónoma de México, México)
- Dra. Aida del Carmen San Vicente Parada (Universidad Nacional Autónoma de México)
- Dr. Rubén Jaime Flores Medina (Universidad de Guadalajara, México)
- Dra. Hilda Mayleth López Cruz (Universidad La Salle, Oaxaca)

Contenido



Editorial

- 09** **Estado de Derecho y Proceso**
Alina del Carmen Netel Barrera; Luis Gerardo Rodríguez Lozano
-

Artículos

- 17** **Promoviendo la igualdad de género en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Logros, desafíos y perspectivas hacia la eliminación de la discriminación**
Neidaly Espinosa
-
- 37** **Sistema acusatorio adversarial y el proceso judicial respecto a las personas desaparecidas**
Luis Gerardo Rodríguez Lozano y Mireya García Monroy
-
- 57** **El derecho a la movilidad personal de las personas con discapacidad visual en el Perú**
Nuccia Seminario Hurtado, Jainor Avellaneda Vásquez, Valeria Alesy Bejarano Cuadrao y Grecia Alessandra Flores-Hinostroza
-
- 79** **Más allá de la capacidad contributiva; una mirada a la proporcionalidad tributaria en los derechos tributario en México**
Pastora Melgar Manzanilla
-
- 105** **¿Inconvencionalidad de la Constitución mexicana? El caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México**
Ricardo Alexis Uvalle Aguilera
-

PRESENTACIÓN

REVISTA NOMOS

La Revista NOMOS, Procesalismo Estratégico, creada en 2023 por la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, ha emergido con la intención y el firme propósito de generar y difundir el conocimiento científico jurídico, así como para impulsar y motivar los cuerpos de investigación científica. Debido a la iniciativa de promocionar el conocimiento por el derecho de forma procesal, filosófica, doctrinal, constitucional y de cualquier otra materia que aporte conocimiento a esta revista, es que se invita a la comunidad jurídica de esta Universidad así como de Universidades del resto del país, a que sus investigaciones, sus planteamientos y sus críticas hacia los diversos temas que integran el Derecho, sean expresados en este proyecto que sale a la luz con el objetivo de dar a conocer las opiniones y análisis de investigadores, juristas, abogados litigantes, académicos y cualquier otra persona que se encuentra comprometida con las mejoras del campo del derecho; pues cada aportación que estos expertos realizan en con el fin de construir criterios de interpretación o aplicación a las legislaciones que se encuentran vigentes o por otro lado el de generar iniciativas para una mayor eficacia en la impartición de justicia.

La Universidad Autónoma de Nuevo León, es pilar fundamental para la propagación del conocimiento; por nuestra cuenta es una misión que la comunidad académica de esta Facultad de Derecho y Criminología tenga el firme compromiso que los estudios y resultados obtenidos de las investigaciones realizadas sean un hecho realidad para beneficio del cualquier campo en el que se encuentre involucrado el Derecho. La investigación que aporta cada profesionista y experto del Derecho, de la variada comunidad jurídica que se encuentra en esta Revista, tiene como propósito que en la vida cotidiana, en la vida diaria, las problemáticas sociales que se viven día a día, puedan ser resueltas bajo los criterios que desarrollan estos expertos en la materia que corresponda. Que la construcción del conocimiento sea para la solución de los diversos y muy variados conflictos que padece nuestra sociedad. Es por esta razón que este proyecto es una catapulta para que tanto

investigadores, maestros, académicos, litigantes y operadores del sistema jurisdiccional puedan expresar sus ideas, sus sugerencias, sus críticas sobre lo que podría mejorarse en el acceso, procuración e impartición de justicia.

El ámbito procesal como vía para alcanzar la justicia, es la medula ósea de esta Revista, misma que será publicada de manera semestral, en la cual dentro de los temas a abordar será principalmente procesalistas, esto sin dejar de lado las diferentes materias, sistemas jurídicos, doctrinas, jurisprudencias y cualquier otra ciencia o campo que pueda aportar un beneficio a la solución de las controversias o conflictos que se suscitan actualmente en la interpretación y aplicación de la ley; por lo que es un compromiso formal para quienes participan o son miembros de esta comunidad jurídica en realizar aportaciones con base a su conocimiento o experiencia en las áreas que cada quien en lo particular desempeña.

Los retos y los desafíos que se muestran en nuestro entorno, son el basamento para el cual la ciencia jurídica se ve inmersa en la gestación de soluciones, recursos, medios o instrumentos en el mejoramiento de la comunidad. Siendo esto percibido a través de las aportaciones realizadas por los investigadores que integran esta Revista de NOMOS y que su análisis se ve concatenado con los fenómenos sociales, culturales, políticos y económicos que permean los contextos a los que se enfrenta la sociedad desde diversas perspectivas. Es por esto que el tamiz de esta segunda publicación será de apoyo, logro y soporte para los que se encuentren en el desempeño del Derecho y que a través de estos criterios que están por germinar sean de aplicación a la justicia cotidiana y que en cuanto a las publicaciones ulteriores sean de igual o mayor beneficio a nuestra comunidad lectora.

Dr. Mario Alberto Garza Castillo
Director de la Facultad de Derecho y Criminología
de la Universidad Autónoma de Nuevo León

Editorial



Estado de Derecho y Proceso

Rule of Law and Process



Alina del Carmen Netel Barrera^a
y Luis Gerardo Rodríguez Lozano^b

^aOCRID: <https://orcid.org/0000-0002-8031-1647>
Universidad Autónoma de Querétaro

^bUniversidad Autónoma de Nuevo León

Cómo citar

Netel Barrera, A. del C., & Rodríguez Lozano, L. G. Rule of Law and Process. *Nomos: Procesalismo Estratégico*, 1(2). <https://doi.org/10.29105/nomos.v1i2.21>

RESUMEN

La presente editorial busca mostrar el importante vínculo que existe entre el Estado de Derecho y el Proceso, siendo que ambas figuras nos colocan en la tesitura de un gobierno por derechos contrario a lo que representa el gobierno de los hombres. En el primer caso se privilegia la fuerza del derecho como máxima virtud de un Estado moderno, en cuyo caso el acceso pleno a la justicia es una de las grandes conquistas sociales del ser humano; en tanto que en el segundo caso lo que se privilegia es la fuerza del poder, por tanto, el Estado de derecho es una forma evolucionada y moderna frente a lo que representa una forma atrasada como lo es el gobierno de los hombres.

PALABRAS CLAVE: Derechos; Justicia; Estado Moderno; Poder; Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

SUMMARY

This editorial seeks to reveal the important link that exists between the Rule of Law and the Process, since both figures place us in the situation of a government by rights, contrary to what the government of men represents. In the first case, the force of law is privileged as the highest virtue of a modern State, in which case full access to justice is one of the great social conquests of human beings; In the second case, what is privileged is the force of power, therefore, the rule of law is an evolved and modern form as opposed to what represents a backward form such as the government of men.

KEYWORDS: Rights; Justice; Modern State; Power; Interamerican Human Rights System

En el número dos de la revista Nomos -Procesalismo estratégico, pretendemos iniciar la editorial destacando la enorme importancia que tiene el derecho procesal en un Estado que se aprecia de ajustarse a los lineamientos del derecho ya que solo de esta manera podemos concebir a un Estado de derecho, por lo que sin duda nos encontramos en presencia de uno de los más grandes anhelos del ser humano como lo es el Estado de derecho y los derechos humanos, ya que en la medida que se cuente con un acceso pleno a la justicia se podrán

tutelar de mejor manera los derechos humanos; para lo cual es importante mencionar el papel que juega la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, que entre otras características se encuentra el que impacta a todo el ordenamiento jurídico en cuanto a posibilitarle al ciudadano un mejor acceso a la justicia, toda vez que como señala Gustavo Zagrebelsky, el derecho al adoptar una ductilidad se vuelve más flexible permitiendo con ello una buena implementación argumentativa con base a principios y valores que le proporcionan márgenes de acción más amplios a los operadores jurídicos con el fin de buscar una mejor justicia, lo que nos coloca en presencia de las dinámicas del Estado Constitucional, que entre otras cosas se caracteriza por la fuerte importancia y trascendencia para la vida en sociedad que se le concede a los derechos humanos que como bien señala Carlos Santiago Nino: “son uno de los más grandes inventos de nuestra civilización”. (Nino, 2017, p. 1).

Sin duda, los derechos humanos poseen una enorme fuerza social por ser un importante mecanismo capaz de evitar afectaciones graves al ser humano que puedan fracturar su proyecto de vida, es por ello que la apuesta pasa a fortalecer nuestros mecanismos procesales de justicia otorgándoles a los juzgadores mayores márgenes de acción con base a la argumentación jurídica y a la interpretación constitucional que tanto impactan hoy en día en la praxis jurídica, debido a que les permite a los operadores del sistema abrir nuevas arterias jurisprudenciales que den mayor eficacia, fortaleza, acceso y certidumbre a los derechos humanos, pues solo así podemos aspirar a una mejor convivencia social, para lo que resulta muy necesario hacer realidad lo que señala el jurista Ronald Dworkin en cuanto a la importancia de que nos tomemos los derechos en serio, para que así los individuos estén en posibilidad de salvaguardar sus derechos y resistir a su vez a las agresiones del poder público y de poderes facticos. Es importante señalar que los conflictos de esencia coetánea nos dirigen a la siguiente frase de gran relevancia que es: “ El ataque al positivismo jurídico se basa en una distinción lógica entre normas, directrices y principios. Según Dworkin, el modelo positivista sólo tiene en cuenta las normas que tienen la particularidad de aplicarse en todo o no aplicarse. El modelo positivista es estrictamente normativo porque sólo puede identificar normas y deja fuera del análisis las directrices y los principios. El concepto de una norma clave -como la regla de reconocimiento- permite identificar las normas mediante

un test que él denomina el test de su *pedigree* o de su origen. Dworkin considera que el test de pedigree es un test adecuado si se afirma -con el positivismo- que el derecho es un conjunto de normas. Pero precisamente pretende demostrar que esa visión del derecho es unilateral. Junto a las normas, existen principios y directrices políticas que no se pueden identificar por su origen sino por su contenido y fuerza argumentativa”. (Calsamiglia, 2012, p. 9).

Es muy claro que el derecho hoy tiene un fuerte perfil argumentativo con base a la coexistencia de principios, normas y valores, así como el impacto de los tratados y convenciones internacionales, además como el dialogo jurisprudencial entre cortes constitucionales que va mutando en nuevas visiones del derecho, que en muchos sentidos nos permiten un nuevo entendimiento del derecho desde una óptica judicial, pues en efecto lo que caracteriza a estos tiempos es el empoderamiento de los jueces, de ahí el fuerte impacto que está teniendo en el derecho procesal, no obstante, es también importante señalar que como bien expresa Alejandro Nieto García: “ el conocimiento jurídico esta limitado por el sesgo distorsionador que introduce la persona del jurista; persona individual que, a su vez es el instrumento de expresión de otros factores más generales de índole social y cultural“ . (Nieto y Gordillo, 2003, p. 39).

Por tanto, lo que se observa desde hace tiempo atrás es un esfuerzo por mejorar y fortalecer la práctica jurisdiccional - procesal, mismas que van de la mano con renovadas visiones doctrinales, argumentativas, interpretativas, que es todo lo que caracteriza al Estado Constitucional cuyo eje central lo representan los derechos humanos.

Por otra parte, este segundo número de la revista Nomos Procesalismo Estratégico, se encuentra en perfecta armonía con el compromiso de los derechos humanos como condición para una vida con dignidad. En efecto, el trabajo intitulado el derecho a la movilidad personal de las personas con discapacidad visual en Perú de la autoría de Nuccia Seminario Hurtado, Jainor Avellaneda “ Vásquez, Valeria Alesy Bejarano “ Cuadrao y Grecia Alessandra Flores Hinostroza, aborda una importante reflexión sobre el derecho a la movilidad de las personas con discapacidad visual en clave de derechos humanos, atendiendo a importantes principios como lo son la igualdad y no discriminación, sin olvidar la normativa constitucional y la jurisprudencia emitida por el tribunal constitucional, con la finalidad de destacar los

derechos humanos y la dignidad humana de este sector de la sociedad, para finalmente enfatizar las barreras que dificultan el ejercicio de los derechos y por ende el progreso social para los miembros de esta comunidad.

Otra importante colaboración intitulada, Más allá de la capacidad contributiva: una mirada a la proporcionalidad tributaria en los derechos tributarios en México de Pastora Melgar Manzanilla se ocupa de destacar importantes aspectos de derecho tributario donde se hace una importante reflexión sobre la capacidad contributiva atendiendo al principio de proporcionalidad y su complejidad fiscal.

Siguiendo con el contenido de la revista, tenemos que Ricardo Alexis Uvalle Aguilera aborda los alcances de la importante sentencia de la Corte interamericana de derechos humanos de la ¿inconveniencia de la constitución mexicana?: el caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México que aborda aspectos de gran trascendencia al día de hoy como lo son la prisión preventiva oficiosa y el arraigo, que tan contrarios resultan desde la perspectiva de los derechos humanos.

Otro tema de enorme impacto es el que se encarga de abordar Neidaly Espinoza Sánchez sobre la Igualdad de género en el sistema interamericanos de derechos humanos: logros, desafíos y perspectivas hacia la eliminación de la discriminación que entre otros aspectos aborda los avances y desafíos que presenta la igualdad de género desde una visión de derechos humanos.

Por último tenemos la colaboración de Mireya García Monroy y Luis Gerardo Rodríguez Lozano sobre el sistema acusatorio adversarial y el proceso judicial respecto a las personas desaparecidas que aborda aspectos muy actuales como el de seguridad ciudadana que se ve amenazada por el fenómeno de la desaparición de personas que tiene diversas facetas y no todas tienen que ver con el crimen organizado, ya que también la desaparición se presenta por causas de enfermedad mental o por cuestiones que busquen incomodar a los padres de familia en el caso de adolescentes, y en donde desafortunadamente la administración pública realiza fuertes esfuerzos más no suficientes para contrarrestar esta problemática social que aqueja a la sociedad.

Finalmente, solo resta agradecer a todos los que nos honraron participando en este segundo número de la revista nomos procesalismo estratégico, ya que estamos seguros

de que las reflexiones plasmadas en este segundo número serán motivo de importantes reflexiones y dialogo entre autores y lectores lo que enriquece el conocimiento jurídico y fortalece nuestra aun frágil cultura en materia de estado de derecho.

BIBLIOGRAFÍA.

- 1 Nino, Carlos Santiago, Ética y derechos humanos, Astrea, Buenos Aires, 2017.
- 2 Dworkin, Ronald, Los derechos en serio, Ariel, Barcelona, 2012.
- 3 Nieto, Alejandro y Gordillo, Agustín, Las limitaciones del conocimiento jurídico, Trotta, Madrid, 2003.

Artículos



Promoviendo la igualdad de género en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Logros, desafíos y perspectivas hacia la eliminación de la discriminación



*Promoting the gender equality in
the Interamerican of Human Rights:
Acomplishments, challanges and perspectives
through the elimination of discrimination*

Neidaly Espinoza Sánchez^a

^aORCID: <https://orcid.org/0009-0009-7230-2263>

Estudiante de la Licenciatura en Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas. Correo electrónico: ney.19@outlook.com

Cómo citar

Espinosa Sánchez, N. Promoviendo la igualdad de género en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Logros, desafíos y perspectivas hacia la eliminación de la discriminación. Nomos: Procesalismo Estratégico, 1(2). <https://doi.org/10.29105/nomos.v1i2.12>

RESUMEN

Se analiza el marco jurídico de la igualdad de género en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sobre los avances logrados en protección de derechos de las mujeres, a través de instrumentos como la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará, que reconocen expresamente la no discriminación por género y la protección hacia ellas. También se discute los desafíos persistentes en la implementación efectiva de mecanismos jurídicos y culturales para la igualdad, como la adopción de políticas públicas, capacitación de actores judiciales y sensibilización social, que fortalecen el marco jurídico a través de esfuerzos conjuntos que promuevan la igualdad sustantiva.

PALABRAS CLAVE: CEDAW, Convención de Belém Do Pará, discriminación de género igualdad de género, perspectiva de género.

ABSTRACT

The legal framework of gender equality in the Inter-American Human Rights System is analyzed, on the progress made in the protection of women's rights, through instruments such as the American Convention and the Convention of Belém do Pará, which recognize expressly non-discrimination by gender and protection of them. Also discussed are the persistent challenges in the effective implementation of legal and cultural mechanisms for equality, such as the adoption of public policies, training of judicial actors and social awareness, which strengthen the legal framework through joint efforts that promote substantive equality.

KEYWORDS: CEDAW, Belém Do Pará Convention, gender discrimination, gender equality, gender perspective.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del artículo es examinar el marco jurídico para la promoción de la igualdad de género en el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos y analizar los

avances y desafíos en este campo. Además, se realiza una revisión de las disposiciones generadas en este sistema regional relacionadas con la igualdad de género y se discuten los logros alcanzados hasta la fecha en la protección de los derechos de las mujeres y la eliminación de la discriminación de género, así como los desafíos persistentes en la implementación efectiva de mecanismos jurídicos y culturales para la igualdad de género, mediante una revisión documental de las disposiciones generadas en el sistema regional relacionadas con la igualdad de género, como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Además, se discuten los logros alcanzados hasta la fecha en la protección de los derechos de las mujeres y la eliminación de la discriminación de género, así como los desafíos persistentes en la implementación efectiva de mecanismos jurídicos y culturales para la igualdad de género.

Los derechos humanos tienen su base esencial en los principios de dignidad, igualdad y no discriminación. Desde hace ya mucho tiempo las mujeres y niñas son las que han padecido en mayor medida la discriminación y todo tipo de violencia, por lo consiguiente son las que padecen mayores violaciones a sus derechos humanos.

La desigualdad, exclusión y opresión en contra de ellas, son conceptos que van en contra de los principios fundamentales, siendo este tipo de discriminaciones las más extendidas a nivel mundial, porque afecta sus libertades, oportunidades y bienestar.

Un informe de la ONU en 2020, con respecto a la fuente laboral, menciona que solo un 47% de las mujeres tienen un empleo, y en países como Asia y África este porcentaje se reduce al 30%, y el 28% de los puestos gerenciales, en 2019, solo el 18% de las empresas encuestadas tenían una directora ejecutiva en 2020. En lo que respecta a la política apenas alcanzan el 25%. En materia de educación, en el campo de las ciencias tecnología, la ingeniería y las matemáticas alcanzan aproximadamente el 35% (Naciones Unidas, s.f. a).

Es por ello que la protección de sus derechos y la lucha contra estereotipos son esenciales para construir sociedades justas, pacíficas e inclusivas.

II. MARCO JURÍDICO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

1. Declaración Universal de Derechos Humanos

“La igualdad de género se incorporó a las Normas Internacionales de los derechos humanos mediante la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948” (Naciones Unidas, s.f. b).

Dicho documento plasma en diversas ocasiones que hombres y mujeres son iguales:

Preámbulo: “...igualdad de derechos de hombres y mujeres”.

Artículo 1: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Artículo 7: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

2. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW, por sus siglas en inglés, fue aprobada en el año de 1979, por las Naciones Unidas, y es considerada la carta internacional de los derechos de la mujer y una herramienta fundamental en la lucha por la igualdad, a la fecha está integrada por 189 países.

En su artículo primero menciona:

Discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el

reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

La CEDAW obliga a los Estados parte a adoptar políticas y a crear leyes encaminadas a eliminar la discriminación contra la mujer.

Algunas de sus contribuciones (Naciones Unidas, s.f. c):

- Derechos de propiedad y participación política en Costa Rica
- Ley sobre la promoción de la igualdad entre los géneros;¹
- Ley en Ruanda que prohíbe la discriminación por motivo de sexo en el acceso a la tierra (Naciones Unidas, s.f. d);
- Legislación que penaliza todas las formas de violencia contra la mujer en Burkina Faso (Ministerio de promoción de la mujer, s.f.), así como el feminicidio en Panamá;
- investigación de ámbito nacional sobre las mujeres indígenas de Canadá desaparecidas o asesinadas.
- Leyes contra la trata de personas en Ucrania y Moldova

2.1. Protocolo facultativo de CEDAW

Es un instrumento internacional adoptado en 1999 que tiene como objetivo reforzar los mecanismos de protección de los derechos de la mujer consagrados en la CEDAW.

Algunas de sus características son:

- Permite a las mujeres individuales o grupos de mujeres presentar denuncias ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer por presuntas violaciones a sus derechos.
- Amplía el alcance de la CEDAW al permitir que mujeres de países que han ratificado el Protocolo puedan acudir directamente al Comité.

¹ Véase: Naciones Unidas. Aprobación de la Ley sobre la promoción de la igualdad entre los géneros, 2012. <https://tinyurl.com/3vwenhs5>

- Establece un procedimiento de quejas para analizar los casos presentados y realizar recomendaciones a los Estados parte.
- Fue una demanda histórica de las organizaciones de mujeres para fortalecer los mecanismos de exigibilidad de la Convención.
- Ha servido para visibilizar múltiples problemáticas como violencia, acceso a justicia, derechos reproductivos, entre otros.

III. MARCO JURÍDICO DE PROTECCIÓN A NIVEL REGIONAL

1. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) es un mecanismo regional clave para la protección de los derechos humanos en América Latina, tema prioritario dados los altos índices de desigualdad y violencia contra la mujer en la región.

Es un medio convencional de control regional supranacional de promoción y protección de derechos humanos para la población que se encuentra en los territorios de los Estados de América que se han adherido a este régimen, el cual es supervisado por dos instituciones internacionales de ámbito regional: la Comisión IDH y la Corte IDH y en el plano interno todos los jueces nacionales de los Estados parte en base a un conjunto de reglas, principios y directrices (Martínez Lazcano, 2015, p. 17).

Por lo que dentro de este sistema se han desarrollado un sólido marco normativo a través de tratados como la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará, que reconocen expresamente la no discriminación por género y la protección a las mujeres.

Los mecanismos de supervisión y denuncia del SIDH han presionado a los Estados a adoptar leyes y políticas de igualdad, a pesar de rezagos en su implementación.

Las organizaciones defensoras de las mujeres en la región se han valido del Sistema como herramienta estratégica de litigio y denuncia de violaciones a los derechos femeninos.

Gracias al SIDH se han visibilizado problemáticas de las mujeres ante foros internacionales y se incentiva el trabajo coordinado entre los países.

1. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

Dicho instrumento fue suscrito en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en San José Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

Prohíbe la discriminación en su artículo 1:

Los Estados parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Además, establece que todas las personas son iguales ante la ley en su artículo 24.

2. CONVENCION DE BELÉM DO PARÁ

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, fue adoptada en la ciudad de *Belém do Para*, Brasil, en el año de 1994, es por ello que también se le conoce como *Convención de Belém do Pará*.

En este documento es un tratado regional importante para la protección de los derechos de las mujeres. Está compuesta de 25 artículos de los cuales podemos destacar los siguientes:

Artículo 1 hace referencia al concepto de la violencia contra la mujer, a la letra dice:

Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

Artículo 2, formas de violencia hacia la mujer:

Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica [...], dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal [...], la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo [...], perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes [...].

Artículo 3 que hace referencia al derecho humano de toda mujer ha tener una vida libre de violencia, y el reconocimiento que debe de tener en ejercicio pleno de sus derechos humanos incluyendo el derecho de igualdad ante la ley y la igualdad de oportunidades para acceder a funciones publicas de su país, toma de decisiones y participación en asuntos públicos (art. 4 de la convención en mención).

Obliga a los Estados parte, en su artículo 8, a crear programas, de forma progresiva de protección y de asistencia y a la creación de medidas específicas teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad en que se encuentren las mujeres (art. 9 de la convención).

Hasta la fecha ha sido ratificada por 32 Estados de los cuales 34 son parte de la Organización de los Estados Americanos (OEA) (SemMéxico, 2019).

La convención ha inspirado la creación de las leyes y políticas en la región y otras partes del mundo, por ejemplo, en México en el año 2007 se creó la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (CNDH, 2018, p. 6).²

2.1. Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI)

Creada en el 2004, El MESECVI, como su nombre lo indica, es el organismo encargado de dar seguimiento al cumplimiento de la Convención Interamericana para Prevenir,

² Véase también: Ley General de Acceso de la Mujeres a una Vida Libre de Violencia, 2007. <https://tinyurl.com/yppw992f>

Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Muja (Convención de Belém do Pará), formado por expertos, su objetivo primordial es evaluar y analizar los avances que los Estados han realizado en la aplicación efectiva de la Convención, así como los problemas que aun persisten en su implementación.

A través de reuniones que son fundamentales para su operación las cuales incluyen: conferencias entre los Estados parte, y las reuniones con expertas además de reuniones con carácter político o técnico en torno a las mujeres como: el feminicidio, seguridad ciudadana entre otros.

Funciona a través de rondas que a su vez se dividen en dos fases: Evaluación y seguimiento a través de informes y recomendaciones para los países que fueron evaluados (OEA, s.f. a).

3. Relatoría sobre los derechos de la mujer

Esta Relatoría se estableció en 1994, es un mecanismo creado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para monitorear situaciones relacionadas con los derechos de las mujeres y promover el avance hacia el logro pleno de la igualdad (OEA, s.f. b).

IV. JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA RELACIONADA CON IGUALDAD DE GÉNERO

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha estado a la vanguardia al emitir jurisprudencia a nivel internacional en temas como feminicidio, discriminación, violencia y acceso a derechos reproductivos, por ejemplo:

- Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs México (2009): en donde condenó al Estado por la falta de investigación efectiva en el caso de mujeres asesinadas. Y en donde se hace referencia a que la “violencia contra la mujer en México sólo puede entenderse en el contexto de “una desigualdad de género arraigada en la sociedad” (Corte IDH, 2009, párr.134).
- Asimismo, encontró que México violó los derechos a la igualdad ante la ley y la protección judicial de las víctimas, en relación con las obligaciones de prevención

y eliminación de la violencia contra las mujeres y ordenó, entre otras cosas, adoptar medidas para prevenir y erradicar la violencia en contra de las mujeres, incluyendo la violencia basada en estereotipos de género, así como la implementación de programas de capacitación para las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley sobre la igualdad de género y la violencia contra las mujeres (Corte IDH, 2009, párr. 134).

- Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México (2010). La sentencia aborda la igualdad de género desde varios puntos, por ejemplo la Comisión solicitó al Estado que implementara políticas públicas y programas institucionales destinados a superar los estereotipos sobre el rol de las mujeres en la sociedad y promover la erradicación de patrones socioculturales discriminatorios que impiden el acceso pleno de las mujeres a la justicia, también señaló que la definición de la discriminación contra la mujer incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer por ser mujer le afecta en forma desproporcionada. Condenando al Estado responsable por el incumplimiento del deber establecido en el artículo 7.a de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. En general, se reconoce la importancia de la igualdad de género y la necesidad de tomar medidas para prevenir y sancionar la violencia contra las mujeres.
- Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica (2012): esta sentencia es importante ya que, consolidando el derecho a la vida familiar y privada, así como la integridad personal y el principio de no discriminación, en lo que respecta a la salud reproductiva a través de la fecundación *in vitro* (FIV).

La Comisión observó que la prohibición de la FIV “tuvo dos efectos que se encuentran bajo el alcance del derecho a la igualdad: i) impidió a las [presuntas] víctimas superar la situación de desventaja en la que se encontraban a través del beneficio del progreso científico, en particular, de un tratamiento médico, y ii) tuvo un impacto específico y desproporcionado frente a las mujeres” (párr. 265).

- Caso Veliz Franco vs Guatemala (2014): Reconoció la violencia simbólica y estructural contra las mujeres y ordenó medidas de no repetición, legales, administrativas entre

otras. En la sentencia se hace referencia a que la violencia basada en el género, es decir, la violencia dirigida contra una mujer por el solo hecho de serlo, es una forma de discriminación en contra de la misma. Además, tanto la Convención de Belém do Pará como el CEDAW han reconocido el vínculo existente entre la violencia contra las mujeres y la discriminación.

- Caso I.V. vs Bolivia (2016): Reconoció la violencia obstétrica como acto de violencia contra la mujer. En la misma se aprecia:

...La Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico. Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de iure o de facto (párr. 238).

- Caso López Soto vs Venezuela (2018a): Sentenció por la falta de diversidad de género en la conformación de la Corte Suprema de Justicia. Se mencionan los lineamientos desarrollados por la Relatoría Especial sobre la violencia contra la mujer de las Naciones Unidas, que incluyen medidas para cumplir con las obligaciones internacionales de debida diligencia en cuanto a prevención, como garantías constitucionales sobre la igualdad de la mujer y existencia de leyes nacionales y sanciones administrativas que proporcionen reparación adecuada a las mujeres víctimas de la violencia, concluyendo que el marco normativo establecía un trato desigual no justificado, y que la utilización

de estereotipos de género perjudiciales durante la investigación y juzgamiento la cual generó la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de su obligación de adecuar la normativa como una forma de garantizar la igualdad ante la ley. Además, se reconoce que los prejuicios personales y los estereotipos de género afectan la objetividad de los funcionarios estatales encargados de investigar las denuncias que se les presentan, influyendo en su percepción para determinar si ocurrió o no un hecho de violencia, en su evaluación de la credibilidad de los testigos y de la propia víctima.

- Caso V.R.P. vs Nicaragua (2018b): Definió el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia en el marco del principio *ius cogens*, estableciendo la obligación de los Estados de adoptar medidas integrales para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, así como proteger a las víctimas. En la sentencia se menciona:

La Corte IDH que, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico (párr. 289).

V. CRITERIOS JUDICIALES NACIONALES DE PRESPECTIVA DE GÉNERO

- a) Pensión compensatoria. El desequilibrio económico, como elemento para su procedencia, sólo atiende a cuestiones económicas de las partes, directamente relacionadas con la vertiente asistencial y resarcitoria.

Hechos: La Sala responsable consideró que no existía desequilibrio económico entre los consortes, derivado de la disolución del vínculo matrimonial, porque la cónyuge tenía una relación familiar con persona distinta y había procreado con ésta.

Criterio jurídico: Este Tribunal Colegiado de Circuito determina que el desequilibrio económico, como elemento para la procedencia de la pensión compensatoria, sólo atiende a cuestiones económicas de las partes, directamente relacionadas con la vertiente asistencial y resarcitoria.

Justificación: Lo anterior, porque como lo ha destacado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para fijar una pensión compensatoria debe analizarse si con la disolución del vínculo matrimonial se coloca a uno de los cónyuges en una situación de desventaja económica, que incida en su capacidad para hacerse de los medios económicos suficientes para sufragar sus necesidades y ello le impida el acceso a un nivel de vida adecuado. De esa forma, no debe considerarse inexistente el desequilibrio económico de las partes porque la cónyuge se encuentre haciendo vida familiar y/o hubiere procreado con persona distinta, pues además de ser elementos ajenos a la procedencia de la pensión compensatoria, ello implica diversas transgresiones como el incumplimiento a la obligación de juzgar con perspectiva de género, en tanto invisibiliza la dedicación preponderante a la familia y al hogar que hubiere realizado la cónyuge; la violación al principio de mínima intervención del Estado, al entrometerse injustificadamente en decisiones familiares de las personas; y, la violación al ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, toda vez que las personas tienen libertad para decidir el número de sus relaciones familiares (SCJN, 2023a, p. 5644).

- b) Cesación de pago de alimentos. Debe analizarse conforme al método de juzgar con perspectiva de género, cuando el progenitor demanda de su hija, al existir una relación de asimetría entre las partes, en atención a la tesis de jurisprudencia 1a./J. 22/2016 (10a.). Hechos: El deudor alimentario demandó a su hija la cesación de pago de la pensión alimenticia por recibir cursos técnicos que no son congruentes con su edad (19 años) y no asemejarse a los grados escolares contemplados en la Ley de Educación del Estado de Michoacán de Ocampo; la demandada opuso como excepción que recibe cursos de capacitación; al dictarse sentencia en primera instancia el Juez declaró improcedente la acción por estimar que los cursos técnicos que recibe la demandada la preparan para un oficio; dicha resolución fue confirmada en la apelación, contra la que se promovió juicio de amparo directo.

Criterio jurídico: Este Tribunal Colegiado de Circuito determina que cuando el progenitor demanda a su hija la cesación de pago de alimentos, debe juzgarse con perspectiva de género, al existir una relación de asimetría entre las partes.

Justificación: Lo anterior, porque la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia 1a./J. 22/2016 (10a.), de título y subtítulo: Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género.”, estableció que es deber de los tribunales juzgar con perspectiva de género, por lo que deben desechar cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género. En el caso, el problema jurídico planteado revela una relación asimétrica, por ser evidente la posición superior en la que se encuentra el deudor alimentario frente a su acreedora, derivada del estado de vulnerabilidad de ésta, por su condición particular de género (mujer) y de edad (19 años) en la que no ha adquirido la madurez emocional, por haber vivido el divorcio de sus padres y ser demandada precisamente por su progenitor, quien por ese solo hecho debería ser la persona que le prodigara atención, apoyo y cuidado y, por ende, con el deber ético y moral de brindarle, como mínimo, apoyo económico, así como por solidaridad humana (SCJN, 2023b, p. 5367).

- c) Hostigamiento y/o acoso sexual y/o laboral. La calidad de la persona trabajadora, de base o de confianza, es irrelevante y no justifica invisibilizar esas conductas, al juzgar con perspectiva de género.

Hechos: En un juicio laboral una trabajadora aseveró que durante la relación de trabajo ocurrieron hechos que pudieran actualizar conductas de hostigamiento y/o acoso sexual y/o laboral, por las cuales dio por terminado el vínculo de trabajo; sin embargo, la autoridad laboral invisibilizó tales manifestaciones, pues nada proveyó al respecto y resolvió el caso bajo una perspectiva tradicional, por lo que estableció que, al tratarse de una empleada de confianza no gozaba de estabilidad en el empleo y, por ende, absolvió del pago de la indemnización constitucional.

Criterio jurídico: Este Tribunal Colegiado de Circuito determina que tratándose de casos en que existan indicios sobre la posible actualización de conductas de hostigamiento y/o acoso sexual y/o laboral, la calidad de la persona trabajadora, de base o de confianza es irrelevante y no justifica invisibilizar esas conductas, al juzgar con perspectiva de género.

Justificación: Del reconocimiento de los derechos humanos a la igualdad y a la no discriminación por razón de género, deriva que todo órgano jurisdiccional debe impartir justicia con base en una perspectiva de género, para lo cual debe implementarse un método en toda controversia judicial, aun cuando las partes no lo soliciten, a fin de verificar si existe una situación de violencia o vulnerabilidad que impida impartir justicia de manera completa e igualitaria. Esta herramienta debe aplicarse en casos en que: (i) se identifica o alega una situación de poder o asimetría basada en el género; (ii) se detecta o denuncia un contexto de violencia, discriminación o vulnerabilidad derivada de esa categoría; y, (iii) a pesar de no acreditarse una situación de poder o un contexto de violencia, se advierte la posibilidad de que exista un trato o impacto diferenciados basados en el género, lo cual muchas veces se expresa mediante estereotipos o roles de género implícitos en las normas y prácticas institucionales y sociales. Entre los pasos que esta metodología señala se encuentran, entre otros, el consistente en que, de detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género, debe cuestionarse la neutralidad del derecho aplicable, así como evaluarse el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo con el contexto de desigualdad por condiciones de género. Luego, el acoso y/u hostigamiento laboral (mobbing), así como el acoso y/u hostigamiento sexual constituyen prohibiciones que nacen a partir de dos derechos fundamentales: el derecho a un trabajo digno, convencional y constitucionalmente reconocido en los artículos 5o. y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, agregado el componente de género, el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, reconocido en el artículo 3 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará); asimismo, la Ley Federal del Trabajo, en su artículo 3o. Bis define al hostigamiento como “el ejercicio del poder en una relación de subordinación real de la víctima frente al agresor en el ámbito laboral, que se expresa en conductas verbales, físicas o ambas” y al acoso sexual como “una forma de violencia en la que, si bien no existe la subordinación, hay un ejercicio abusivo del poder que conlleva un estado de indefensión y de riesgo para la víctima, independientemente de que se realice en uno o varios eventos”. Por tanto,

en casos en que se adviertan indicios de la posible actualización de cualquiera de estas conductas, la autoridad debe juzgar con perspectiva de género y analizar, en primer orden, si se presentó alguna conducta discriminatoria, sin que sea relevante para tal efecto la calidad de la persona trabajadora, es decir, si es de base o de confianza. Considerar lo contrario, esto es, que la calidad de base o de confianza determina la factibilidad del estudio de hechos que impliquen hostigamiento y/o acoso sexual y/o laboral implicaría una aplicación indiscriminada del derecho en donde la pretensión y el carácter de la persona empleada determinan si puede ser o no discriminada, lo cual llevaría a invisibilizar una posible situación de violencia y a convalidar la discriminación de trato por razones de género, lo que favorecería su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad, así como una persistente desconfianza en el sistema de justicia (SCJN, 2023c, p. 2449).

VI. AVANCES Y DESAFÍOS

Avances:

Se ha logrado a través de diversos instrumentos:

- El reconocimiento expreso de la igualdad y no discriminación por motivos de género en tratados como la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará.
- La emisión de jurisprudencia de la Corte IDH que recalca el deber de los Estados parte de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.
- Atención a problemáticas como feminicidio, trata de personas, acceso a la salud reproductiva.

Desafíos:

- Eliminación de la cultura machista, lo que provoca, la persistencia de estereotipos de género en las legislaciones y prácticas nacionales.
- Implementación efectiva de los mandatos por parte de los Estados, falta de políticas públicas adecuadas.
- Alto número de casos pendientes y retrasos procesales en la Corte.

- Falta de enfoque interseccional que aborde discriminación múltiple.
- Débil mecanismo de seguimiento al cumplimiento de sentencias e informes.
- Poca atención a temas emergentes como derechos sexuales y reproductivos.
- Permitir el acceso a la educación y capacitación, ya que en caso contrario reduce su potencial productivo y profesional.
- Eliminar las brechas salariales entre hombres y mujeres.
- Tener acceso a créditos, tierras o beneficios sociales, para no limitar su capacidad emprendedora y de empoderamiento económico.
- Crear programas de apoyo que ayuden a las mujeres a las tareas de cuidado, para incrementar su horario y poder otras actividades remuneradas. Brindar educación sexual para prevenir embarazos no deseados.

VII. RECOMENDACIONES PARA FORTALECER EL MARCO JURÍDICO

- Ratificar instrumentos como el Protocolo de San Salvador y facultativo de CEDAW para ampliar mecanismos de protección.
- Armonizar las legislaciones nacionales con estándares interamericanos por medio de reformas legales en temas como violencia, aborto, participación política.
- Ampliar la jurisprudencia de la Corte IDH sobre nuevas problemáticas como feminicidio, acceso a justicia de mujeres, derechos sexuales y reproductivos.
- Exhortar a los Estados a cumplir integralmente las sentencias y reconocer su responsabilidad internacional cuando haya omisiones.
- Fortalecer la independencia y autonomía financiera de la CIDH y Relatoría de Mujeres para su pleno funcionamiento.
- Impulsar la adhesión de países que aún no lo han hecho a instrumentos como MESECVI y elaboración periódica de informes.
- Visibilizar las desigualdades estructurales mediante informes temáticos y capacitación sobre estándares.
- Ampliar canales de diálogo con organizaciones defensoras de mujeres y colectivos feministas.

- Promover redes nacionales de incidencia para exigir cuentas a los Estados sobre políticas públicas con perspectiva de género.

VIII. CONCLUSIONES

En conclusión, el marco jurídico del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos ha generado avances significativos en la promoción de la igualdad de género y la protección de los derechos de las mujeres.

Sin embargo, persisten desafíos en la implementación efectiva de los mecanismos jurídicos y culturales para la igualdad de género en los Estados miembros.

Es fundamental fortalecer este marco jurídico a través de la adopción de medidas concretas, como la implementación de políticas públicas, la capacitación de actores judiciales y la sensibilización en la sociedad. Además, se requiere una cooperación regional sólida y un compromiso continuo para promover una igualdad de género sustantiva en el ámbito interamericano. Solo a través de estos esfuerzos conjuntos se podrá avanzar hacia una sociedad más justa e igualitaria para todas las personas, independientemente de su género.

IX. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

CNDH. (2018). Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. México. <https://tinyurl.com/4s542kzw>

Hemerografía

Martínez Lazcano, Alfonso Jaime. (2015). “Sistema interamericano de derechos humanos. Fuente invasiva, terapéutica e integradora del derecho nacional”, en *Revista Primera Instancia* (vol. 3, no. 5), pp. 11-31. <https://tinyurl.com/4jsuwysv>

Legisgrafía

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

Convención de *Belém Do Pará*

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

Declaración Universal de Derechos Humanos

Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. (2007). <https://tinyurl.com/yppw992f>

Naciones Unidas. (2012). *Aprobación de la Ley sobre la promoción de la igualdad entre los géneros*. <https://tinyurl.com/3vwenhs5>

Protocolo facultativo de CEDAW

Criterios Judiciales nacionales

SCJN. (2023a). Tesis: VII.2o.C.27 C (11a.). Semanario Judicial de la Federación. Registro digital: 2027258.

SCJN. (2023b). Tesis: XI.2o.C.15 C (11a.). Semanario Judicial de la Federación. Registro digital: 2027166.

SCJN. (2023c). Tesis: XVII.1o.C.T.8 L (11a.). Semanario Judicial de la Federación. Registro digital: 2026844.

Jurisprudencia interamericana

Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia 28 de noviembre de 2012.

Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Sentencia 16 de noviembre de 2009.

Caso I.V. vs. Bolivia. Sentencia de 30 de noviembre de 2016.

Caso López Soto y otros vs. Venezuela. Sentencia de 26 de septiembre de 2018a.

Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Sentencia 31 de agosto de 2010.

Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua. Sentencia de 8 de marzo de 2018b.

Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Sentencia de 19 de mayo de 2014.

Páginas de Internet

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2019). Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no. 24: jurisprudencia sobre México. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo24.pdf>

Naciones Unidas. (s.f. a) El avance de las mujeres hacia la igualdad de género se estanca. <https://www.un.org/es/desa/women-report-2020>

Naciones Unidas. (s.f. b) *Igualdad de género*. <https://www.un.org/es/global-issues/gender-equality>

Naciones Unidas. (s.f. c). La CEDAW en la vida cotidiana. <https://tinyurl.com/9b7mxnew>

Naciones Unidas. (s.f. d). Respuesta a las observaciones finales sobre el sexto informe periódico. <https://tinyurl.com/42mvs5bp>

OEA. (s.f. a). *¿Qué es el MESECVI?* <https://www.oas.org/es/mesecvi/nosotros.asp>

OEA. (s.f. b). *Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres*. <https://tinyurl.com/4h4nzt5d>

SEM. MÉXICO-La mujer es noticia, *Para saber: ¿Qué es la Convención de Belém do Pará?*, 2019. <https://tinyurl.com/d2vefj5a>

Sistema acusatorio adversarial y el proceso judicial respecto a las personas desaparecidas



*Adversarial system and the judicial process
with respect to missing persons*

Luis Gerardo Rodríguez Lozano^a y Mireya García Monroy^b

^aORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9973-8395>

Doctor y maestro en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Profesor investigador de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Correo electrónico: gerardorodriguezmx@yahoo.com.mx; luis.rodriguezlz@uanl.edu.mx

^bORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0716-2523>

Doctora en Derecho con Orientación en Derecho Procesal. Maestra en Derecho con Orientación en Derecho de Amparo. Catedrática de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Abogada Postulante. Correo electrónico: mireya.monroy@hotmail.com; mgarciam@uanl.edu.mx

Cómo citar

Rodríguez Lozano, L. G., & García Monroy, M. Sistema acusatorio adversarial y el proceso judicial respecto a las personas desaparecidas. *Nomos: Procesalismo Estratégico*, 1(2). <https://doi.org/10.29105/nomos.v1i2.19>

RESUMEN

El delito de desaparición de personas ha trastocado la seguridad del ciudadano en cualquiera de sus esferas. La inseguridad ha permeado de tal manera que la población no cree en las instituciones de procuración e impartición de justicia. La desaparición de personas no siempre tiene relación con el crimen, sino que una persona también puede desaparecer por circunstancias de enfermedad mental o con el propósito de incomodar a los padres de familia al tratarse de adolescentes. Los esfuerzos por parte de la administración pública son constantes y actualizados, pero no han sido suficientes.

PALABRAS CLAVE: Desaparición, Delito, Proceso, Personas, Familia.

ABSTRACT

The crime of disappearance of persons has disrupted the security of citizens in all spheres. Insecurity has permeated in such a way that the population does not believe in the institutions of law enforcement and administration of justice. The disappearance of people is not always related to crime, but a person can also disappear due to mental illness or with the purpose of disturbing the parents of the family in the case of teenagers. Efforts on the part of the public administration are constant and updated, but have not been sufficient.

KEYWORDS: Missing, Crime, Process, Persons, Family.

I. INTRODUCCIÓN

La desaparición de personas es un hecho que ha reflejado los incansables esfuerzos que se han realizado por parte de la administración pública, a través de sus cuerpos de seguridad pública y de las instituciones de procuración e impartición de justicia. Este delito, el cual se encuentra integrado por varias hipótesis, es decir, por ser un delito de los alternativamente formados, es que debe advertirse en una investigación si estamos frente a una desaparición voluntaria de persona o ante una desaparición forzosa de persona, para que pueda proceder la activación de una investigación y que tenga como resultado, que el órgano jurisdiccional

mediante el desahogo del procedimiento penal acusatorio, poder atribuir, responsabilizar, culpar y sancionar al autor de tales hechos.

Uno de sus fundamentos para la investigación penal de carácter oficioso lo podemos observar en las sentencias de la corte interamericana como es el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, que resolvió entre otras cosas lo siguiente:

“Esta Corte ya ha considerado que, una vez ocurrida una desaparición forzada, es necesario que la misma sea efectivamente considerada y tratado como un hecho ilícito que pueda tener como consecuencia la imposición de sanciones para quien la cometa, instigue, encubra o de cualquier otra firma participe en la perpetración de la misma”. (García, 2016)

Sin embargo, no se puede soslayar que la cantidad de personas desaparecidas a causa de otro tipo de delitos como lo son la delincuencia organizada, trata de blancas, secuestro, homicidio etc., que han rebasado el proceder del aparato gubernamental de protección a cargo de la seguridad pública en cada una de sus esferas competenciales, como la municipal, estatal y federal; es por lo que la función jurisdiccional dentro de sus facultades en lo que concierne a la materia, impone las sanciones que correspondan a los hechos demostrados en juicio y que también como la secretaría de seguridad pública, se encuentran rebasados y saturados en cuanto a la cantidad de procesos que se ventilan en dicho tribunal.

II. TIPICIDAD Y EL TIPO PENAL.

Existen diversas modalidades que revisten el concepto de personas desaparecidas o desaparición de personas, debido a las variantes que pueden dar origen a las razones por las cuales una persona o personas, puedan presentar una ausencia del entorno en el que particularmente se encuentran. La delincuencia organizada ha tomado un rol relevante y de gran preponderancia, a raíz de las múltiples desapariciones que se han dado en las últimas dos décadas debido al crecimiento en la comisión y ejecución de éste tipo penal. Estados como Nuevo León, Jalisco, Chihuahua y Tamaulipas, han sido las entidades con mayores reportes y denuncias de personas desaparecidas bajo diversas circunstancias y contextos.

Si bien es cierto, es de recordar que el artículo 14 constitucional tercer párrafo es el basamento de nuestro sistema jurídico en lo que concierne a la justicia en materia penal, es decir, que lo que enuncia en cuanto a que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía o a mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate. Es aquí donde se atribuye uno de los aforismos principales del derecho penal que es *nullum crimen sine poena*, que se traduce a “no hay delito sin pena”.

Encontrando acomodo en este artículo como primera instancia, entraríamos a determinar que, el elemento de la tipicidad como parte de la teoría del delito; elemento que hemos aprendido y comprendido en nuestra trayectoria como estudiantes y practicantes de derecho, es decir, que en los albores del conocimiento sobre la teoría del delito, los delitos y de los elementos que integran cada figura típica establecida en la norma penal, nos la brinda el conocimiento sustantivo y adjetivo de la norma penal, razón por la cual la definición más exacta y la que más se nos ha inculcado se basa en que la tipicidad, no es más que el encuadramiento de la conducta abstracta a lo establecido por el legislador en la norma.

Es decir, la acción u omisión dentro de sus modalidades o variantes deben de integrarse a lo establecido estrictamente en la ley penal; al hablar en un sentido de dogmática penal, estaremos ante un encuadramiento exacto de la conducta delictiva a la hipótesis normativa, es decir, que el hecho delictivo suscitado tiene que ser exactamente como se encuentra regulado en la ley para que de esa conducta puedan desprenderse el resto de los elementos del delito, como son la antijuridicidad, la punibilidad, la imputabilidad y la culpabilidad, y que esa acción u omisión pueda ser probada en un mundo real, en un momento de hecho, a través de la evidencia o los indicios recolectados por la parte acusadora, en este caso el Ministerio Público Investigador, así como la labor propia del defensor al encontrarse en la etapa de investigación, que es la que da inicio al sistema de impartición de justicia en materia penal, mejor conocido como Sistema Penal Acusatorio.

A manera de antecedente, dentro del sistema causalista, es la tipicidad, concepto cuya sistematización la debemos al jurista alemán Ernesto Beling, a partir del año 1906, en que publicó por primera vez la teoría de la tipicidad y el tipo. (Wiarco, 2022)

La importancia de la tipicidad es fundamental, ya que si no hay una adecuación de la conducta al tipo penal, podemos afirmar que no hay delito. (Betancourt, 2011)

Como aspecto negativo de la tipicidad, siendo la atipicidad, implica un riesgo para el Ministerio Público al momento de integrar una investigación criminal en asuntos de desaparición forzada de personas que un error, como el de tipificar la conducta motivo del hecho denunciado de manera incorrecta; sus consecuencias pudieran ser irreversibles tales como la liberación de una persona o el que resultara absuelta por no adecuarse la conducta a todos los elementos que integran el tipo penal.

De acuerdo con la Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas, en su artículo 27 establece lo siguiente:

Comete el delito de desaparición forzada de personas, el servidor público o el particular que, con la autorización, el apoyo o la aquiescencia de un servidor público, prive de la libertad en cualquier forma a una persona, seguida de la abstención o negativa a reconocer dicha privación de la libertad o a proporcionar la información sobre la misma o su suerte, destino o paradero. (Ley General en Materia de Desaparición Forzada de las Personas, 2023)

Es aquí donde advertimos, que el tipo penal es de los que se encuentran alternativamente formados, a razón de las diversas hipótesis que se contemplan en el mismo para que pueda encuadrarse esta figura típica a un caso concreto. Es de ser muy analítico, en cuanto a la actuación del Ministerio Público, para poder imputar este delito, así como vincular a una persona a proceso por un hecho con apariencia de este delito, pues la esencia que se encuentra impregnada en su formación, puede detonar otras variantes más peligrosas o de menor impacto según sea el contexto de los hechos cometidos.

Se trata de un tipo de formulación alternativa si “el tipo contiene diversas conductas a través de las cuales es posible producir el resultado típico. El delito puede ser cometido por vía de cualquiera de las conductas previstas en el tipo”. (Camacho, 1998)

Sin embargo, cabe mencionar que existen varios tipos de desapariciones de personas tal como lo establece la Guía Práctica de Desaparición Forzada de Personas en México, como son:

ACCIDENTAL: En este caso, la persona desaparece sin culpa ni responsabilidad directa de nadie. La persona se ve envuelta en una situación de fuerza mayor y no puede informar sobre su paradero.

PROPIA VOLUNTAD: La persona opta por no informar de su paradero. Se puede decir que “desaparece” voluntariamente, es decir, que busca no dejar huella ni rastro, por lo que no informa a nadie acerca de su destino.

POR VOLUNTAD DE UN PARTICULAR (DELITOS COMUNES): La persona desaparece en contra de su voluntad y la responsabilidad es atribuible a uno o varios sujetos identificables como perpetradores de un delito común (un homicidio, un secuestro, etc.). La víctima es ocultada y no se sabe de su paradero. En este caso el Estado es responsable únicamente en lo respectivo a la falta de prevención e investigación, no así de la desaparición misma.

POR FUERZA Y VOLUNTAD DEL ESTADO (DESAPARICIÓN FORZADA): En este caso particular la persona es desaparecida por algún servidor público o particular con apoyo, tolerancia o aquiescencia del Estado (paramilitares, patrullas civiles, grupos políticos o delincuenciales, etc.). El Estado es el responsable directo de la desaparición y sus efectos (falta de investigación y sanción). En este caso se configura el crimen de desaparición forzada.

En cada rubro o forma de desaparición de persona, no tiene que ser precisamente de manera forzosa como lo explica la guía citada, algunas ocasiones, como en los casos de los adultos mayores, estos pueden desaparecer por las lagunas mentales que pueden padecer o la falta de ubicación en el espacio en el que se llegaron a encontrar; así como también existen casos, sobre todo en adolescentes donde por capricho del joven puede ausentarse horas a manera de escarmiento para sus padres, por alguna llamada de atención.

La misma Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas, en su artículo 4º. define lo que es una persona desaparecida y una persona no localizada, para poder comprender claramente estas dos vertientes:

XVI. Persona Desaparecida: a la persona cuyo paradero se desconoce y se presume, a partir de cualquier indicio, que su ausencia se relaciona con la comisión de un delito;

XVII. Persona No Localizada: a la persona cuya ubicación es desconocida y que de acuerdo con la información que se reporte a la autoridad, su ausencia no se relaciona con la probable comisión de algún delito;

Por lo que atiende a la elaboración de este artículo, confiere a la fracción XVI, que además se construye de aristas de desaparición forzada ya sea por parte de un servidor público o incluso por una persona en particular lleva aparejada una culpabilidad, una responsabilidad la cual puede ser tanto judicial como administrativa por el hecho de ser servidor público, como es sabido una de las condenas más relevantes y representativas en contra del Estado mexicano es precisamente por el delito de desaparición forzada de personas, caso Radilla Pacheco, que trajo como resultado la reforma del 2011 en materia de derechos humanos.

Por lo que, en atención a estos criterios internacionales impuestos a nuestro sistema jurídico, es que las autoridades de seguridad pública deben de activarse cada vez que se recibe un reporte, una denuncia, una noticia, un llamado sobre una persona desaparecida y operar dentro de los protocolos y manuales establecidos nacionales e internacionales; y localizar a la persona con el debido respeto a su dignidad humana, sin que esta misma pueda ser vulnerada en alguna otra forma o bajo otro contexto por la actuación *per sé* de la autoridad.

La determinación de la actuación por parte del órgano investigador ante el ejercicio de la acción penal será de acuerdo a las condiciones en que pueda localizarse la persona, siendo esto muy variable debido a las diversas hipótesis que puedan desprenderse en el hallazgo de la persona.

De acuerdo con el artículo 37 de la citada ley en materia de desaparición establece lo siguiente:

“A quien oculte, deseche, incinere, sepulte, inhume, desintegre o destruya, total o parcialmente, restos de un ser humano o el cadáver de una persona, con el fin de ocultar la comisión de un delito, se le impondrá pena de quince a veinte años de prisión y de mil a mil quinientos días multa.”

De aquí pueden observarse figuras tipificadas en la ley como delitos de inhumación y exhumación o la muy conocida como es la delincuencia organizada; así como el homicidio, lesiones, secuestro, por mencionar algunos, que todas son conductas reguladas por la ley y que pueden a llegar a configurarse de manera aparejada junto con la de desaparición forzada de persona.

Cabe mencionar que dentro de las actividades que se realizaban en el pasado en cuanto a la detención de una persona por parte de los elementos de seguridad pública en esferas

competenciales como la municipal, estatal o federal y que podían estos integrantes de seguridad verse involucrados en ciertas desapariciones de personas detenidas, es que se ha implementado el Registro Nacional de Detenidos, con la finalidad de cada vez que se detiene a una persona y esta sea puesta a disposición del Ministerio Público del orden común o federal, sea el mismo cuerpo de seguridad pública quien de parte de manera sistemática a través de esa plataforma digital sobre la detención de un ciudadano, en el que constan las generales de la persona detenida y la persona quien lo detuvo, así como otros datos que sirven de información general sobre la persona en custodia policial.

III. COMISIÓN NACIONAL DE BÚSQUEDA DE PERSONAS.

La constancia en la realización de esfuerzos por parte de la administración pública han sido de carácter internacional, esto quiere decir, que los protocolos que se siguen para desempeñar la búsqueda de personas son de carácter tanto internacional como nacional; existen principios rectores que son un basamento en la actuación de las instituciones públicas especializadas en este rubro; principios que están creados con base a derechos que son consagrados a las personas que son sujetos de violaciones a sus derechos humanos, convirtiéndolas en víctimas de conductas de carácter humanitario.

Estos principios tienen su estandarte en el conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, en los comentarios generales del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias y en el Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas (2016), conocidos como Principios Rectores para la Búsqueda de Personas Desaparecidas, Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada.

Dentro de lo establecido por este catálogo de principios, expresa en su principio número 2, que la búsqueda de la víctima desaparecida debe de realizarse en respeto a su dignidad humana. Y es aquí donde llama la atención para el Estado, que a través de la operatividad de los cuerpos de seguridad pública, es que no debe continuar trastocándose la dignidad de la víctima durante el proceso de localización y más allá aun después de su encuentro.

Existen diversos tipos de búsqueda de acuerdo a los protocolos de actuación y dependiendo a la información que se proporcione a la autoridad y estas se hacen consistir en:

1. Inmediata: se aplica desde el instante en que una autoridad primaria se entera de que alguien no está, y sigue hasta que se le localice o se pierda el rastro.
2. Individualizada: comienza cuando hay indicios de que se está dañando a la persona, o la Ley obligue a asumirlo, y debe realizarse hasta que se la localice.
3. Por Patrones: comienza cuando el caso es asociado con otros (no todos podrán asociarse).
4. Generalizada de Campo: no está asociada a casos en específico: se realiza cuando se identifican sitios donde en general podrían estar personas desaparecidas o personas fallecidas.
5. De Familia: debe realizarse cuando las autoridades se enteran de que alguna persona está extraviada, o cuando identifican personas fallecidas, pero no tienen contacto con la familia. (Localizadas., 2021)

En razón al tipo de desaparición que se denuncia, será la forma de proceder por parte de la Agencia Estatal de Investigaciones o el cuerpo de seguridad encargado de búsqueda; esto se deriva de acuerdo con los datos proporcionados por los familiares o personas cercanas que denuncian una desaparición. La urgencia con la que se actúa es relevante y elemental para un mejor resultado en el hallazgo de la persona en estado de desaparición. Sin embargo, es de resaltar que los esfuerzos realizados y los recursos tanto humanos como de infraestructura algunas veces son limitados de acuerdo a las estadísticas que se presentan para cada entidad federativa. Hoy en día una alerta Amber debe activarse desde el momento que se denuncia o se tiene conocimiento de la desaparición de una persona. Es sabido que en décadas anteriores, esto no surgía con la misma premura, ya que tenían que transcurrir entre 48 o 72 horas de ausencia de la persona para iniciar una búsqueda.

Esto acontecía debido a que las ausencias “voluntarias” (sobre todo en adolescentes), eran a causa de disgustos o conflictos familiares, desaciertos, berrinches o caprichos de los menores de edad en contra de los padres. Sin embargo, como bien se conoce las células delincuenciales trabajan a una velocidad indubitable y precisa, tan es así que efectivamente en 24 horas o menos una persona podría encontrarse totalmente alejada del lugar donde

reside, siendo transportada incluso a otro país o países en menos de este término. Debido a los múltiples casos que se generaron en las entidades federales de este país, es que ahora la actuación de búsqueda es inmediata, es decir, una vez denunciada la desaparición de una persona los cuerpos de seguridad pública en apoyo a las agencias estatales de investigación de las fiscalías generales de justicia de los estados, tienen que responder sin demora alguna al llamado de auxilio para proceder a la búsqueda y localización de la persona lo más pronto posible.

El Sistema Nacional de Búsqueda de Personas, creado en 2017 en el marco de la Ley General, y relanzado en 2019. Este sistema es la materialización de las demandas de familiares y sociedad civil para separar los procesos de investigación penal en casos de desapariciones de los de búsqueda de las personas cuya suerte o paradero se desconoce. Este sistema tiene como instancias principales a la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas y a las comisiones locales de búsqueda de personas, encargadas de coordinar diferentes tipos de búsqueda, como la inmediata, búsquedas forenses o por patrones. (Tapia Olivares, 2022)

Es importante recalcar en cuanto a este tema se refiere, la especialización que se ha configurado en cuanto al tipo de desaparición; esto radica a que los esfuerzos y los conatos tienen que ser exactos y precisos, toda vez que las desapariciones no son justamente siempre a causa de la delincuencia organizada y que una vez que se obtienen los elementos suficientes para determinar que cause llevara la investigación, es cuando se gesta la divergencia de procedimientos a seguir ya que por un lado tenemos un supuesto de hecho que no tiene que ver con el tipo penal y por otro lado la posible comisión de un delito o varios, atendiendo a la naturaleza de los hechos y de los cuales se desprendería la integración de una carpeta de investigación, accionando el aparato de persecución del delito a través de la vista que se le conceda al agente del ministerio público y éste a su vez, active el procedimiento penal acusatorio a través de la investigación a realizar.

IV. SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Ahora es momento de hablar de la imputabilidad de los delitos relacionados a la desaparición de personas y su procedimiento jurisdiccional, tratándose básicamente del

procedimiento penal acusatorio. Tiene cabida el vínculo que se tiene con la ciencia de la criminología, operando ésta a modo de las diversas ciencias forenses con las que se cuenta para el esclarecimiento de los hechos, que el victimario no quede impune y se garantice la reparación del daño a la víctima, siendo estos objetivos principales del Código Nacional de Procedimientos Penales, ley adjetiva para la investigación, procuración e impartición de justicia en cualquier delito, ya sea de orden común o de orden federal; así como la Ley Nacional de Ejecución de Sanciones.

Como bien sabemos y no está de más mencionar lo establecido por el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

“Artículo 21. La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función. El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial. La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial.

...

La seguridad pública es una función del Estado a cargo de la Federación, las entidades federativas y los Municipios, cuyos fines son salvaguardar la vida, las libertades, la integridad y el patrimonio de las personas, así como contribuir a la generación y preservación del orden público y la paz social, de conformidad con lo previsto en esta Constitución y las leyes en la materia. La seguridad pública comprende la prevención, investigación y persecución de los delitos, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución.”

De aquí se desprende la actuación de cada una de las instituciones en impartición y procuración de justicia, tal y como se desprende del artículo citado anteriormente; el

Ministerio Público dentro de sus facultades y atribuciones de ley debe de investigar y perseguir el delito, apoyándose en los cuerpos de seguridad pública de acuerdo a la competencia de que se trate, quienes a su vez seguirán los protocolos de actuación correspondientes a las personas desaparecidas.

Los protocolos en situaciones de operatividad vienen a complementar los estándares ya creados para cada situación de emergencia en particular, por lo que un protocolo de acuerdo a lo que expresa Hesbert Benavente Chorres, viene a constituir la unificación de criterios de normas internacionales que encuentran distintas disposiciones en normas nacionales, esto con el fin de poder facilitar la relación con las países que han establecido esos parámetros en pro de la sociedad y el éxito en la prevención de esas conductas de índole delincriminal. (Benavente Chorres, 2016)

De aquí el seguimiento y el apego de las directrices implementadas en el Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas, por mencionar alguno, ya que como se comentó anteriormente la actuación gubernamental se basa principalmente en el Protocolo Homologado para la Búsqueda de Personas Desaparecidas y No Localizadas, incluso existe versión para los familiares.

Sin embargo, la búsqueda de personas no siempre gira respecto a la comisión de un delito como ya lo hemos advertido, sino que pueden existir otras circunstancias por las que puede desaparecer una persona, pero la razón de “desaparecida” es motivo suficiente para activar los protocolos de búsqueda por parte de las autoridades de investigación en lo que concierne a la seguridad pública en cualquiera de sus competencias municipales, estatales o federales.

Por lo que una vez recibido el reporte por parte de los familiares, es obligación estricta de la autoridad a proceder a su búsqueda y localización.

Ahora en cuanto a la impartición de justicia, es donde tiene lugar el desahogo del procedimiento a través del poder judicial, que es la competencia jurisdiccional quien juzga e impone la sanción que corresponde al caso concreto, de acuerdo al sistema penal acusatorio establecido y regulado por el Código Nacional de Procedimientos Penales.

De aquí se desprenden los criterios que emite el máximo tribunal del país en cuanto a la prontitud y expeditos con que deben de actuar los cuerpos y corporaciones de seguridad

pública en cualquiera de sus competencias, tal y como puede observarse en lo que integra el rubro que a continuación se enuncia:

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Registro digital: 2023816

Instancia: Primera Sala

Undécima Época

Materias(s): Constitucional

Tesis: 1a. /J. 37/2021 (11a.)

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 7, noviembre de 2021, Tomo II, página 1202

Tipo: Jurisprudencia

DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. LAS ACCIONES URGENTES EMITIDAS POR EL COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA DE LAS NACIONES UNIDAS SON OBLIGATORIAS PARA LAS AUTORIDADES ENCARGADAS DE LA BÚSQUEDA DE LAS PERSONAS DESAPARECIDAS.

Esta tesis se publicó el viernes 19 de noviembre de 2021 a las 10:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 22 de noviembre de 2021, para los efectos previstos en el punto noveno del Acuerdo General Plenario 1/2021.

Aunado a lo anterior, se advierte que el sistema penal acusatorio contempla la necesidad de respetar los derechos humanos tanto del inculpado como de la víctima, pero es el órgano jurisdiccional quien debe ponderar sobre los derechos de cada una de estos sujetos procesales, cumpliendo en todo momento con estricto derecho a su dignidad humana; teniendo como referencia este garantismo lo señalado por el derecho internacional dentro de la resolución del caso Rosendo Radilla Pacheco vs. México, dentro de sus párrafos 338 y 339:

“La existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas

jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención.” (México, 2009)

“En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.”

Con fundamento en esta sentencia de corte convencional, viene a adecuar y adaptar un garantismo penal en cada procedimiento, otorgando a la sociedad confianza sobre la seguridad jurídica que tiene cada gobernado en cuanto a la actuación del órgano jurisdiccional en el desahogo del procedimiento penal, que es y será conforme a lo establecido por el Código Nacional de Procedimientos Penales, concediendo en todo momento respeto al derecho fundamental de una tutela judicial efectiva.

Desprendiéndose ésta, desde el momento que un ofendido presenta su reporte o denuncia de persona desaparecida ante las agencias del Ministerio Público, órgano investido de investigación y persecución del delito, quien a través de sus facultades y obligaciones, concede el acceso a una justicia posterior, al ejercitar la acción penal en contra de quien resultara responsable de tal hecho determinado como delito para después ser sancionado con la pena que corresponda al hecho delictivo.

De aquí, se converge otro derecho fundamental que le abona al garantismo del procedimiento penal, llamado debido proceso, y es el cual a través de la operatividad del juzgador, actúa en respeto al artículo 14 segundo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece lo siguiente:

“Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.” (Mexicanos, 2023)

Es entonces como se amalgaman lo constitucional con lo convencional para cumplir con los principales objetivos de las reforma del 2011 en materia de derechos humanos, que es el otorgar una protección más amplia al gobernado, determinando el poder judicial la ponderación de los derechos de las partes principales en el proceso víctima u ofendido e inculpado, siempre en respeto a su dignidad humano, para no vulnerar en un segundo o tercer grado, lo que ya se encuentra violentado y vulnerado por el hecho de que se trata.

Es aquí donde podemos mencionar que un juicio es un conjunto de facultades desicionistas y discrecionales que encuentran su fundamento en el derecho penal y en el derecho procesal penal, y en los cuales se originan condiciones de validez y legitimidad, donde el juez no puede conocer de juicio alguno que no le autorice expresamente las leyes procesales. (Rubio Antelis, 2019)

Por lo cual atendiendo a este criterio, tenemos que si la desaparición forzada de personas constituye una figura típica, es decir, que es una conducta que se encuentra regulada en la norma penal, esto lleva a que se tiene que desahogar el procedimiento correspondiente, dando apertura a la actividad del sistema de justicia penal, a través del sistema penal acusatorio, mismo que se desarrollaría en todas sus fases como lo son la etapa de investigación y complementaria, la etapa intermedia y la etapa de juicio oral.

V. MARCO JURIDICO

Dentro de todo el sistema operativo que se acciona debido al reporte o denuncia de una persona desaparecida, tiene su sustenta legal en sistemas internacionales, interamericanos, es decir, tanto del orden internacional como doméstico, mencionando los más comunes en cuanto a su aplicación de primera instancia.

SISTEMA INTERNACIONAL

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Declaración de Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Convención Internacional para la Protección de todas las Personas Contra las

Desapariciones Forzadas.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias.

Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley.

SISTEMA INTERAMERICANO

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención Belém Do Pará”

CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

El artículo 29 Constitucional establece que el derecho a no sufrir desaparición forzada no puede suspenderse o restringirse aun en estado de emergencia, de excepción o de suspensión de derechos.

La desaparición forzada se encuentra definida en diversas leyes especiales y códigos penales estatales y federal, algunas de las cuales no retoman lo establecido en la Convenciones Internacionales y en el Estatuto de Roma (que de acuerdo al 133 constitucional, son ley interna para México) pero que será resuelto con la publicación de la Ley General de Desaparición Forzada.

CONVENCIÓN INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE TODAS LAS PERSONAS CONTRA LAS DESAPARICIONES FORZADAS

Artículo 2.- A los efectos de la presente Convención, se entenderá por “desaparición forzada” el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad

que sean obra de agentes del estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.

Artículo 3.- Los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para investigar sobre las conductas definidas en el artículo 2 que sean obra de personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables.

Artículo 8.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5

1. Cada Estado Parte que aplique un régimen de prescripción a la desaparición forzada tomará las medidas necesarias para que el plazo de prescripción de la acción penal: a) Sea prolongado y proporcionado a la extrema gravedad de este delito; b) Se cuente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuo de este delito.

Artículo 9.- 1. Cada Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos de desaparición forzada.

2. El Estado Parte garantizará a las víctimas de desaparición forzada el derecho a un recurso eficaz durante el plazo de prescripción.

Artículo 15.- Los Estados Partes cooperarán entre sí y se prestarán todo el auxilio posible para asistir a las víctimas de las desapariciones forzadas, así como en la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, en la exhumación, la identificación de las personas desaparecidas y la restitución de sus restos.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

Artículo II. Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la

autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

Artículo III. Los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad.

ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Artículo 7.- Crímenes de lesa humanidad 1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

...

Desaparición forzada de personas;

...

2. A los efectos del párrafo 1:

...

i) Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

En un análisis comparativo podemos destacar que tanto la Convención Internacional como el Estatuto de Roma establecen el deber de los Estados de investigar y procesar a los servidores públicos por desaparición forzada y también a personas o grupos, que actúen sin autorización, apoyo o aquiescencia del Estado.

VI. CONCLUSIONES

Las actuaciones por parte de la administración pública ya sea de forma administrativa o judicial, no dejan de ser esfuerzos para combatir o juzgar a los autores o participantes del delito o los delitos que dan origen a la desaparición de personas, todas estas actuaciones siempre con la finalidad de llegar al objetivo principal que es encontrar o localizar a la persona desaparecida.

Somos vistos de manera internacional mediante el tan multicitado caso de Radilla Pacheco, precisamente por lo que hace a la desaparición forzada por parte de las fuerzas armadas de este país; siendo un parteaguas de gran relevancia en cuanto a las reformas de nuestro sistema jurídico en la impartición de justicia en materia penal.

Debido a las múltiples arbitrariedades que imperaban en el sistema tradicional, (anterior sistema de justicia penal) es que podía sentenciarse a una persona con la sola aceptación de su responsabilidad, al obtener una confesión expresa. Hoy en día, esto ya no opera en lo más mínimo, es decir, que se necesita de una comprobación de pruebas en conjunto y de manera indubitable para que no le quepa duda al juzgador que la persona que está siendo enjuiciada es al que efectivamente cometió ese delito del que se le acusa.

Esta reforma en materia de derechos humanos, vino ampliar el ámbito de protección a los derechos fundamentales de cualquier persona, sin embargo también es cierto que toda actuación por los organismos administrativos y judiciales tienen siempre que ser con apego al respecto de la dignidad humana de cada ser humano que se encuentra en un estado de vulnerabilidad.

Los índices de personas desaparecidas se han visto incrementados de acuerdo a los contextos que padece cada Estado en la República; desde la delincuencia organizada, la corrupción, situaciones mediáticas (al tratarse de reporteros o periodistas) o las que simplemente desaparecen sin dejar rastro bajo ninguna circunstancia delictual.

Bajo todas las variantes, el Estado es responsable de su búsqueda y localización; así como de reparar el daño de la víctima y sancionar a su victimario, sea éste un servidor público o un particular.

TRABAJO CITADO

- Benavente Chorres, H. (2016). *Crítica al Protocolo del Primer Respondiente*. CDMX: Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V.
- Betancourt, E. L. (2011). *Teoría del delito*. México: Porrúa.
- Camacho, G. M. (1998). *Derecho Penal Mexicano*. México: Porrúa, S.A. de C.V.
- García, F. S. (2016). *Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos. Criterios esenciales*. México: Tirant lo Blanch.
- Ley General en Materia de Desaparición Forzada de las Personas, D. C. (junio de 2023). <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGMDFP.pdf>.
- Localizadas., P. H. (Julio de 2021). https://comisionacionaldebusqueda.gob.mx/wp-content/uploads/2021/11/PHB_Version-Resumida-para-familias-FinalDigital-12mbs_compressed.pdf.
- Mexicanos, C. P. (29 de Mayo de 2023). <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>.
- México, C. R. (25 de noviembre de 2009). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf.
- Rubio Antelis, L. A. (2019). *Garantismo Penal y Derechos Humanos. Bases Teóricas y Procesales enfocadas al Sistema de Justicia Penal Acusatorio*. CD. MX: Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V.
- Tapia Olivares, L. E. (2022). *Manual sobre Desaparición de Personas*. octubre: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Wiarco, O. A. (2022). *Teoría del Delito. Sistemas causalista, finalista y funcionalista. Teoría del delito y teoría del caso*. México: Porrúa, S.A. de C.V.

El derecho a la movilidad personal de las personas con discapacidad visual en el Perú



The right to personal mobility of people with visual disabilities in Peru

Nuccia Seminario Hurtado^a, Jainor Avellaneda Vásquez^b,
Valeria Alesy Bejarano-Cuadraz^c y Grecia Alessandra Flores Hinostroza^d

^aORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1805-7780>

Investigadora RENACYT nivel VII (Código: P0267114) por el Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica. Profesora investigadora a tiempo completo en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Sedes Sapientiae (Perú). Scopus ID: 57658214500. Correo electrónico: nseminario@ucss.edu.pe

^bORCID: <https://orcid.org/0009-0005-1948-7503>

Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Católica Sedes Sapientiae (Perú), obteniendo el primer puesto de su promoción. Investigador a tiempo completo contratado por su misma casa de estudios. Correo electrónico: javellaneda@ucss.edu.pe

^cORCID: <https://orcid.org/0009-0006-7304-8285>

Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Católica Sedes Sapientiae (Perú). En la actualidad desempeña el cargo de vicepresidente de la Asociación Derecho y Realidad – Ius Et Re, conformada por alumnos de la Facultad de Derecho UCSS. Correo electrónico: 2018100778@ucss.pe

^dORCID: <https://orcid.org/0009-0002-1746-906X>

Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Católica Sedes Sapientiae (Perú). Correo electrónico: 2022200183@ucss.

Cómo citar

Seminario Hurtado, N. El derecho a la movilidad personal de las personas con discapacidad visual en el Perú. Nomos: Procesalismo Estratégico, 1(2). <https://doi.org/10.29105/nomos.v1i2.15>

RESUMEN

El objetivo del presente artículo es analizar el derecho a la movilidad personal de las personas con discapacidad visual en el Perú, como derecho conexo a los principios de accesibilidad e igualdad y no discriminación. En principio se realiza un análisis desde el derecho internacional de los derechos humanos, para luego abordar la normativa peruana a través de la Constitución Política, los dispositivos legales y la jurisprudencia vinculante emitida por el Tribunal Constitucional. En la parte final se describe los avances y desafíos de este derecho humano en la realidad nacional, destacando las principales barreras que dificultan su pleno ejercicio por personas con discapacidad visual.

PALABRAS CLAVE: Movilidad, Accesibilidad, Discapacidad, Barrera, Ceguera Y Baja Visión.

ABSTRACT

The objective of this article is to analyze the right to personal mobility of people with visual disabilities in Peru, as a right related to the principles of accessibility, equality and non-discrimination. First, an analysis is made from the perspective of international human rights law, to then approach Peruvian regulations through the Political Constitution, legal provisions and binding jurisprudence issued by the Constitutional Court. The final part describes the progress and challenges of this human right in the national reality, highlighting the main barriers that hinder its full exercise by visually impaired persons. with visual impairment.

KEYWORDS: Mobility, Accessibility, Disability, Barriers, Blindness And Low Vision.

I. INTRODUCCIÓN

La discapacidad es, ante todo, un problema que emerge del ámbito político. Es decir, sino existe voluntad política local importa poco que exista un amplio reconocimiento internacional de los derechos de las personas con discapacidad. Siempre que los actores políticos no inclinen una mirada inclusiva hacia los ciudadanos con discapacidad, su participación y visibilidad sociales, y su realización como ciudadanos independientes estará

limitada por barreras estructurales críticas y permanentes. En el Perú, esta problemática llega a uno de sus extremos más álgidos cuando se interrelaciona las siguientes categorías: derecho a la movilidad y personas con discapacidad visual.

En este documento, mediante un enfoque cualitativo con diseño documental-bibliográfico, se describe la protección jurídica nacional e internacional del derecho a la movilidad personal de las personas con discapacidad visual, teniendo como base los principios de accesibilidad e igualdad y no discriminación. Se trata de hacer visible los principales desafíos de la realidad peruana que impiden o limitan el acceso a este derecho humano y fundamental. Esta propuesta se justifica en la necesidad de generar aportes científicos útiles que incidan positivamente en la implementación de medidas o acciones a fin de promover la invulnerabilidad de la discapacidad.

Este estudio se divide en seis secciones. En la primera se desarrolla el concepto de discapacidad desde la filosofía política, a saber, desde el enfoque de capacidades de Amartya Sen. Seguidamente, se aborda la discapacidad visual en el Perú a través de cifras estadísticas. Después, se describe la protección jurídica del derecho a movilidad personal de las personas con discapacidad visual en el derecho internacional de los derechos humanos: Sistema Universal y Sistema Interamericano. Luego, se explica de qué manera el derecho a movilidad personal de las personas con discapacidad visual se encuentra protegido en la normativa peruana. Posteriormente, se añade los avances y desafíos sobre la garantía de este derecho. Por último, se ofrecen algunas conclusiones que resumen los principales hallazgos.

II. LA DISCAPACIDAD VISUAL DESDE EL ENFOQUE DE CAPACIDADES DE AMARTYA SEN

El economista y filósofo Amartya Kumar Sen propone el enfoque de capacidades y desarrollo humano a fin de potenciar el estilo de vida de los ciudadanos, como manifestación de la libertad del ser y hacer para lograr mayores funcionamientos, para optar por una vida digna, es decir, una vida con razones suficientes para valorarla (Fernando León, 2018; Colmenarejo, 2016). Este enfoque, aplicado a personas con discapacidad, se erige

como una herramienta pública centrada en la libertad humana, basada en la promoción de oportunidades especiales para mejorar sus estilos de vida, desarrollando una variedad de funcionamientos, independientemente de los contextos sociales normalizados y excluyentes (Salomón Ferrer, 2023).

El enfoque de capacidades coloca a la persona humana como un fin en sí mismo, y se ocupa de aquello que esta puede llegar a ser y hacer dependiendo de las oportunidades y posibilidades reales y necesarias con las que cuente para lograrlo (Urquijo Angarita, 2014). Es un enfoque de la libertad, que abarca al conjunto de capacidades (libertades, posibilidades, oportunidades) para lograr el desarrollo humano a nivel social y personal a través de diversos funcionamientos (buena salud, trabajo, felicidad) que aseguran la calidad de vida. Se aplica a la discapacidad con el objetivo de potenciar la libertad, porque la discapacidad es un asunto menor libertad, derivada de las condiciones corporales o funcionales de una persona con discapacidad y los patrones sociales e históricos del espacio vital, constituidos como barreras (Grueso Vanegas et al., 2021; Heredia Ríos et al., 2021).

Según Sen el desarrollo de una persona con discapacidad no se apoya el hecho de poseer derechos reconocidos por la ley y la constitución, sino en cómo esos derechos son accesibles y coindicen con sus propios intereses y particularidades (Sen, 2000; Heredia Ríos et al., 2021). A favor de las personas con discapacidad no solo bastaría potenciar sus capacidades como una suerte de libertades fundamentales que les permita vivir una vida deseada, digna e independiente, sino que estas capacidades necesitan ser vinculadas con instrumentos públicos provenientes de la voluntad política y social, logrando aplacar, por ejemplo, las barreras de los espacios físicos, tanto urbanos como rurales.

Una clara muestra de los instrumentos públicos vinculados a las capacidades de las personas con discapacidad visual recae en la asistencia de perros guía, que intervienen positivamente en el ejercicio de su libertad de circulación, ya que reducen barreras socio-ambientales, aseguran la rapidez y la seguridad (Stewart Til, 2022). Además de la asistencia de perros guía, que supone una ponderación del derecho a la circulación de la población con dificultades para ver, se destaca la señalización urbana en sistema braille y los mecanismos inclusivos en el transporte público.

III. LA DISCAPACIDAD VISUAL EN EL PERÚ

En el Perú residen aproximadamente 1 millón 966 mil 766 individuos que experimentan dificultades o limitaciones permanentes en la visión. Esta cifra representa el 61.3% del total de personas que enfrentan algún tipo de discapacidad. (Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad, 2024).

Según los Censos Nacionales 2017 se identifican que existe mayor población con discapacidad visual en zonas urbanas, asimismo, el mayor porcentaje se concentra en Lima, la capital. A continuación, se detalla la tabla 1 y 2:

Tabla 1. Población con discapacidad según área de residencia

Área de Residencia	Población Total	Porcentaje Total
Urbana	2,715,892	10.6%
Rural	493,369	8.7%

Nota. Tomado del Instituto Nacional de Estadística e Informática (2017) y el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (2024, 5 de enero).

Tabla 2. Porcentaje de población con dificultad o limitación permanente para ver por región

Región	Porcentaje
Lima Metropolitana	65.8%
Callao	~64%
Ucayali	~64%
San Martín	~64%
Loreto	~64%

Nota. Tomado del Instituto Nacional de Estadística e Informática (2017) y el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (2024, 5 de enero)

Por otra parte, según el registro nacional de la persona con discapacidad por deficiencia visual (2000-2023) se estima que 60 mil 729 individuos se encuentran inscritas en el padrón

del Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad. A continuación, se describe la información de acuerdo al sexo:

Tabla 3. Porcentaje de población registrada ante CONADIS

Hombre	Mujer
35 mil 802 personas	24 mil 927 personas
Total	60 mil 729 personas

Nota. Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (2024, 5 de enero).

IV. EL DERECHO A LA MOVILIDAD PERSONAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD VISUAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, la garantía del derecho a la movilidad de las personas con discapacidad en general, y en específico de las personas con discapacidad visual, constituye una parte esencial de su desarrollo e independencia. La disminución de barreras de acceso a este derecho debe ser considerada como una obligación esencial en la agenda a de los Estados. Como señala acertadamente Biel Portero (2011), el derecho a la movilidad

[...] implica facilitar la movilidad de las personas con discapacidad, en la forma y en el momento que deseen, y el acceso de las personas con discapacidad a formas de asistencia humana o animal e intermediarios, tecnologías de apoyo, dispositivos técnicos y ayudas para la movilidad de calidad. (p. 133)

Tabla 4. El derecho a la movilidad de las personas con discapacidad visual en los
Sistemas de Derechos Humanos

Sistemas de DD. HH	Tratado	Artículo	Contenido
Sistema Universal de DD. HH	Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)	2	“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. [..]”
		13	“1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.”
	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)	12	“1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.”
	Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006)	20	“ Los Estados Partes adoptarán medidas efectivas para asegurar que las personas con discapacidad gocen de movilidad personal con la mayor independencia posible: a) Facilitar la movilidad personal de las personas con discapacidad en la forma y en el momento que deseen a un costo asequible; [...]”

Sistema Interamericano de DD. HH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)	VIII	“Toda persona tiene el derecho de fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad.”
	Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)	22	“1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.”
	Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999)	III	“c) Medidas para eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos arquitectónicos, de transporte y comunicaciones que existan, con la finalidad de facilitar el acceso y uso para las personas con discapacidad; [...]”

Nota: Elaboración propia

En la tabla 1 se detalla la protección internacional del derecho a la movilidad de las personas con discapacidad a nivel de diversos instrumentos de derechos humanos. Vale mencionar que esta protección llega a tener una amplia consistencia y materialización en la realidad, solo si existe voluntad política local.

Por ello, respecto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el organismo encargado de vigilar su cumplimiento a nivel de los Estados parte “es el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, un organismo experto en derechos humanos competente para desarrollar mecanismos convencionales, como dar trámite a las comunicaciones individuales, iniciar investigaciones de oficio o adoptar observaciones generales” (Seminario-Hurtado y Avellaneda-Vásquez, 2023, p. 103).

De otra parte, desde el Sistema Interamericano de DD. HH, la Corte IDH a través de su jurisprudencia se pronunciado meritoriamente a favor de las personas con discapacidad. Como parte de ello, es importante mencionar las siguientes sentencias: caso *Furlán y familiares Vs. Argentina* (2012) y el acceso a la justicia y debido proceso legal; caso *Guachalá Chimbo y otros Vs. Ecuador* (2011) y el principio rector de la accesibilidad; caso *Vera Rojas y otros Vs. Chile* (2021) y la accesibilidad física como guía para el ejercicio de las libertades de movimiento y circulación.

V. MARCO JURÍDICO NACIONAL

El derecho a la movilidad personal se encuentra estrictamente vinculado con el derecho a la igualdad y no discriminación y el derecho a la accesibilidad, porque permite que, en este caso, las personas con discapacidad visual puedan movilizarse a través de medios asequibles, así como cualquier tipo de asistencia. Díaz (2020) menciona que es fundamental brindar entornos accesibles a las personas con discapacidad visual para facilitar su independencia y autonomía, a través de medios tecnológicos, humanos y animales.

Para fomentar la independencia y autonomía de las personas con discapacidad visual, es esencial adoptar medidas integrales y accesibles en entornos públicos y privados. En este sentido, diversos instrumentos y servicios desempeñan un papel crucial. Por ejemplo, el uso del bastón, diferenciado por colores como blanco, rojo y verde, dirigido a personas con ceguera, sordo ciega y baja visión respectivamente, actúa como una herramienta táctil que proporciona información sobre el entorno, facilitando la detección de obstáculos y guiando la trayectoria. No obstante, en el contexto peruano, el empleo de este dispositivo es poco común. Según datos recopilados por el INEI, solo el 9.8% de la población hace uso del bastón, mientras que un 61.7% no utiliza ningún tipo de instrumento para su movilidad ([Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2014](#)).

La adaptación física del entorno también juega un papel clave. La presencia de pisos podo táctiles permite a las personas con discapacidad visual detectar cambios en el terreno, señalizando cruces peatonales o áreas específicas. Los semáforos sonoros ofrecen información audible sobre la fase del semáforo, facilitando la toma de decisiones seguras

al cruzar calles. Asimismo, la señalización en braille en espacios públicos garantiza que la información vital sea accesible a las personas con discapacidad visual. ([Vilcanqui Apaza, 2017](#))

Además, los perros guías, con su entrenamiento especializado y su vínculo único con sus dueños, desempeñan un papel invaluable en la promoción de la independencia y la autonomía de las personas con discapacidad visual. Estos compañeros caninos no solo ofrecen asistencia práctica en la navegación y la seguridad en la movilidad, sino que también brindan apoyo emocional invaluable. Sin embargo, pese a su utilidad, en el Perú solo se cuenta con el registro de tres perros guías distribuidos en Lima y Cuzco. (Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad, 2023).

Landa Arroyo (2021) refiere que la igualdad es un principio y un derecho, de una parte, es un principio constitucional que rige en el Estado porque prohíbe cualquier tipo de trato excluyente a la población vulnerable, y es un derecho fundamental de orden constitucional, porque se necesita su protección en un marco jurídico expreso. Para Lucero Vargas (2019) igualdad es un derecho inherente a todos los seres humanos, que está vinculando con el derecho a la no discriminación, por lo que no pueden abordarse de manera separada.

A nivel nacional, la Constitución Política del Perú vigente (1993) establece en su artículo 2 inciso 2 que toda persona tiene derecho a la igualdad, respetando su dignidad humana como elemento intrínseco y propio del individuo, en consecuencia, nadie puede ser discriminado bajo ninguna índole, entre ellas por poseer algún tipo de discapacidad. No obstante, Bermúdez-Tapia y Seminario-Hurtado (2020) mencionan que es un mandato expreso en la Constitución, que para su cumplimiento es vital que el Estado adopte medidas legislativas, jurisprudenciales y políticas.

Por su parte, el Tribunal Constitucional Peruano ha establecido en su sentencia recaída en el expediente N.º 00332-2016-PA/TC que el derecho a la igualdad “debe complementarse con las categorías de diferenciación y discriminación. La diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable.” (f.j.4)

En cuanto a la accesibilidad también constituye un derecho y un principio. Es un derecho porque fomenta el uso y el disfrute de los entornos, con la finalidad de desarrollarse progresivamente de manera autónoma, independiente, asimismo asegura una calidad de vida de sus ciudadanos, especialmente de las personas con discapacidad. (Élyse, Siobhan, Yani y Timothy, 2024), por otra parte, es un principio universal y rector que permite que todas las personas puedan participar y movilizarse plenamente bajo ningún tipo de restricciones (Bermúdez-Tapia y Seminario-Hurtado, 2021; Seminario-Hurtado y Ponce Chavéz, 2023)

Toyco Suárez (2018) manifiesta que, para el ejercicio del derecho a la accesibilidad, es indispensable en un entorno físico, social, cultural, económico, entre otros que sean servicios abiertos a toda la población. Por ende, la Carta Magna vigente en su artículo 7 reafirma la dignidad de las personas con discapacidad, asimismo las reconoce como sujetos de plena igualdad de derechos, por lo que se encuentra en la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para promover una real inclusión en los entornos y espacios arquitectónicas, informativos, comunicacionales, entre otras. (Seminario-Hurtado y Avellaneda-Vásquez, 2023).

También, el Tribunal Constitucional Peruano en la sentencia del expediente 02437-2013-PA/TC establece que las personas con discapacidad visual necesitan de medios disponibles para incentivar su movilidad, asimismo establece que puedan participar plenamente de las actividades que se realicen en dichos espacios, es necesario que existan medidas orientadas a garantizar su movilidad personal e interactúen con la mayor independencia posible. (f.j.16)

Por otra parte, la sentencia recaída en el expediente N.º 00949-2022-PA/TC menciona que prohibir que alguna persona con discapacidad visual haga uso de algún tipo de medio para facilitar su movilidad personal, tal como una asistencia animal que le permite gozar de su plena accesibilidad y movilidad personal (f.j.9), constituye un acto discriminatorio, por lo que todos los espacios públicos y privados deben facilitar su tránsito.

A nivel legislativo, la Ley N.º 29973, la Ley General de la Persona con Discapacidad que tiene como finalidad establecer un marco legal apropiado para el cumplimiento de los derechos de las personas con discapacidad en todos los espacios. Los artículos 15 al 25 de dicha Ley refieren que la movilidad personal es un derecho estrictamente vinculado con el derecho a la accesibilidad, porque promueve el entorno físico en el entorno urbano y las edificaciones, así como viviendas y estacionamientos accesibles.

Asimismo, la Ley N.º 29830, Ley que promueve y regula el uso de perros guía por Personas con Discapacidad Visual, su Reglamento y la Ley N.º 30433, Ley que modifica la Ley N.º 29830 promueven la movilidad personal de personas con discapacidad visual, a través del uso de los perros guías con la finalidad de facilitar su movilización personal en los diversos espacios que se desenvuelven, así como también el reconocimiento de diversos obstáculos y barreras que puedan presentarse.

Por otra parte, a la actualidad no existe “un marco legal específico sobre el empleo de bastón para personas con discapacidad visual en Perú. Sin embargo, CDPD en su artículo 4 resalta la obligación del Estado de promover la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, incluidas las tecnologías de la información y las comunicaciones, ayudas para la movilidad (...) y el artículo 20 de la CDPD denota que el Estado debe facilitar el acceso de las personas con discapacidad a formas de asistencia humana e intermediarios, tecnologías de apoyo, dispositivos técnicos y ayudas para la movilidad de calidad.” (Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad 2024, 5 de enero)

Por su parte, la Política Pública Nacional Multisectorial en Discapacidad para el Desarrollo al 2030 cuenta con 7 objetivos prioritarios, de los cuales el objetivo 6 busca asegurar condiciones de accesibilidad en el entorno para las personas con discapacidad. En sus lineamientos busca generar condiciones de accesibilidad en los entornos urbanos, edificaciones, servicios de transporte y digitales, asimismo, busca que se fortalezcan la infraestructura y el equipamiento urbano accesible para facilitar la movilidad personal.

VI. AVANCES Y DESAFÍOS

En el contexto contemporáneo, el derecho a la movilidad personal para las personas con discapacidad visual emerge como un tema crucial en el debate sobre la inclusión y la equidad en el Perú. A medida que la sociedad avanza hacia la construcción de entornos más accesibles, es esencial comprender los avances logrados y los desafíos pendientes en relación con este derecho fundamental.

En primer lugar, con relación a los avances presentados en los últimos años, destaca la creación de la Ley 30412, a través de la cual se garantiza la implementación de la gratuidad

del servicio de transporte público urbano para las personas con discapacidad severa que se encuentren registradas en el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad, y que porten el carnet amarillo distintivo.

La posibilidad de acceder gratuitamente al transporte público conlleva una serie de beneficios sustanciales tanto a nivel individual como social. Esto último debido a que elimina una barrera financiera existente e importante que permite a las personas con discapacidad acceder a distintos espacios en donde ejercer sus derechos como el acceso a la educación o buscar atención médica, así como actividades recreativas. Ello teniendo en cuenta que, “el 28.6% se ven obligadas a usar el servicio de taxi (28.6%), generándoles una alta carga económica en comparación con los pasajes de transporte público” (Defensoría del Pueblo, 2024, párr. 3).

Sin embargo, a pesar de este avance, y de existir mecanismos de sanción -como es el caso de la Ordenanza Metropolitana Nro. 1974 que buscan velar por el cumplimiento de esta ley, existen diversos testimonios que evidencian una carencia de sensibilidad y empatía por parte del personal que labora en este medio de transporte.

Al respecto, Jhony Ferre, persona con discapacidad visual, afirma que ha decidido por prescindir de este sistema para movilizarse, pues afirma que “si nos dejan subir [al transporte público] y mostramos el carné amarillo, la próxima vez nos identificarán y no nos permitirán ingresar, porque no quieren que viajemos gratis” (El Comercio, 2023, párr. 18). Aunado a ello, el presente año en la ciudad de Trujillo, un joven con discapacidad auditiva fue víctima de discriminación cuando un chofer arrojó por la ventana su carnet del Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (Infórmate Perú, 2024), un acto que refleja el flagrante prejuicio arraigado en nuestra sociedad. Este gesto desafiante no solo hiere la dignidad de estas personas, sino que también resalta la urgente necesidad de promover la urgente necesidad de promover la inclusión y trabajar por solucionar la situación de desigualdad que atraviesan día a día estas personas.

En segundo lugar, retomando la temática de los avances y teniendo en cuenta la necesidad de promover herramientas de apoyo, es importante destacar que se ha regulado el uso de los perros guía a través de la N.º 29830 y su Reglamento, puesto que se ha demostrado que aquellos ejercer una labor de apoyo que contribuye con el ejercicio de la autonomía personal y salvaguarda su integridad física ante los peligros existentes de los

entornos urbanos que no presentan una adecuación a partir de ajustes razonables (García López, 2017). Asimismo, se han generado mecanismos de sanción a los cuales las personas, víctimas de discriminación, cuyos compañeros caninos se encuentren adscritos al Registro del Perro Guía, pueden acudir en vía administrativa a través de INDECOPI.

No obstante, aún se encuentra pendiente la tarea de generar conciencia y sensibilización sobre la discriminación hacia las personas con discapacidad visual y sus perros guías. Esta labor debe extenderse tanto a la sociedad en general, así como a los trabajadores de establecimientos privados que restringen su acceso, como sucedió con Jane Cosar quien acude al Tribunal Constitucional del Perú ¹ al negársele el acceso a un conocido supermercado. De igual modo, se requiere de la creación de centros estatales de adiestramiento para que el acceso a estos animales pueda ser equitativo, pues su adquisición particular implica una fuerte inversión económica que no todos pueden costear (Perú21, 2016).

En tercer lugar, resulta indispensable destacar la necesidad imperante de crear la regulación jurídica de una herramienta imprescindible para el desplazamiento cotidiano de las personas con discapacidad visual, el bastón guía. En la actualidad, no se cuenta con una regulación específica en materia del uso de esta herramienta que garantice una adecuada protección del derecho a la movilidad personal, lo cual representa un gran desafío pendiente para el Estado peruano.

Al respecto, si bien resulta cierto, como se señala a través del Informe 000001-2024-CONADIS-SDISED, existe una obligación general que parte sobre la base de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de fomentar la accesibilidad de los bastones guía (Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad, 2024), pero ello no se materializa en la realidad, puesto que en muchas ocasiones son estas personas que deben adquirir dichas herramientas por sus propios medios, lo cual no resulta adecuado a los principios generales de accesibilidad e igualdad de oportunidad presentes en el mencionado instrumento internacional.

Ello, además, teniendo en cuenta que “cerca del 40% de las personas con discapacidad se encuentra en situación de pobreza a nivel nacional” (Consejo Nacional para la Integración

1 Véase en Tribunal Constitucional (2014, 16 de abril) Sentencia del Expediente N.º 02437-2013-PA/TC, <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/02437-2013-AA.pdf>

de la Persona con Discapacidad, 2023, párr. 1), dicha situación incrementa la desigualdad y perpetúa el círculo de dependencia al no poder acceder a herramientas que contribuyan a alcanzar la autonomía personal. Pese a dicha situación, el año 2023 se aprobó el Proyecto de Ley 3207/200-CR que busca regular el uso del bastón verde para personas con baja visión. En relación con ello, este representa un avance significativo, puesto que implica una mayor visibilidad, reconocimiento de este sector de personas con discapacidad visual y cumplimiento de estándares internacionales de accesibilidad. Ante ello, es necesario el compromiso por parte de los legisladores a contribuir con el fortalecimiento de los derechos de este grupo humano.

Por otro lado, la Comisión de Inclusión Social y Personas con Discapacidad, aprobó por unanimidad, en 2023, el pre dictamen sobre los proyectos 2794/2022-CR y 2753/2022-CR. Estos proyectos sugieren ampliar la accesibilidad al entorno físico, medios de transporte, servicios, información y comunicaciones para personas con discapacidad visual. La iniciativa busca garantizar el derecho de estas personas a participar plenamente en la vida social mediante la implementación de instrumentos como semáforos sonoros, rampas, barandas, placas Braille, empaques con sistema Braille, y la impresión en Braille del documento nacional de identificación (DNI).

En cuarto lugar, se encuentra otro problema existente que necesita ser atendido con urgencia y la diligencia debida por parte de los gobiernos locales², puesto que la importancia de la implementación de los pisos podotáctiles radica en su función de apoyo para el libre desplazamiento de las personas con ceguera total o baja visión.

Sin embargo, aun cuando existen regulaciones específicas que buscan garantizar y promover la adecuación de los espacios públicos con una perspectiva de inclusividad, como es el caso de la ordenanza de Lima Metropolitana Nro. 2273³, aún persiste la carencia de ajustes razonables aplicados en el entorno urbano.

A pesar de su rol como herramienta para alcanzar la autonomía, la instalación de estas baldosas resulta escasa. Son pocos los espacios en los cuales es posible encontrarlas, siendo ejemplo de ello -al menos en la capital- los alrededores de las estaciones de transporte

2 Según se ha establecido en el artículo 16.1. de la Ley General de la Persona con Discapacidad: "las municipalidades promueven, supervisan y fiscalizan el cumplimiento de las normas de accesibilidad". Véase en: <https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29973.pdf>

3 Ordenanza que promueve la accesibilidad universal y fomenta la inclusión de las personas con discapacidad en Lima Metropolitana. Véase en: <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/1893010-1>

público como el metro de Lima, metropolitano y sectores en los distritos de Lima Cercado, San Isidro, Miraflores y la Molina, en donde se encuentra la primera avenida inclusiva⁴ (Gestión, 2021).

Frente a ello, es necesario que se destinen recursos suficientes con la finalidad de una reforma de los espacios públicos, ya que estos resultan hostiles y peligrosos para las personas con discapacidad visual. De forma complementaria, se deben generar programas de concientización, pues se evidencia que la ciudadanía presenta un nulo respeto por estas herramientas, por el hecho de que usualmente comerciantes invaden estos espacios con mercadería, basura y otros componentes que deterioran las pocas baldosas pódicas táctiles existentes (El Comercio, 2023).

Como lo señala Sylvia Vásquez, arquitecta especializada en temas de accesibilidad: “Podemos diseñar de forma accesible una calle, pero si las personas con discapacidad no pueden subir al bus en un paradero cercano, se rompe la cadena de accesibilidad. En toda la ciudad, debe existir condiciones de accesibilidad universal para garantizar el derecho de todos los ciudadanos” (El Comercio, 2023). Sin embargo, persisten desafíos en términos de conciencia pública, estigmatización y barreras arquitectónicas que limitan la plena participación de las personas con discapacidad visual en la sociedad peruana.

Por último, en cuanto a las herramientas tecnológicas, la inteligencia artificial se presenta como una creación novedosa que puede disminuir o suprimir las barreras existentes en la sociedad que impiden el goce y ejercicio pleno de los derechos de las personas con discapacidad. Es por ello por lo que el Estado tiene en cuenta dichos beneficios y ha implementado la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial 2021-2026 (Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad, 2024).

Si bien aquella política se aplica de forma general en el sector público, deben considerarse las necesidades específicas de las personas con discapacidad para generar programas adecuados que contribuyan a mejorar su calidad de vida facilitando su acceso a la movilidad personal a través de aplicaciones de accesibilidad, asistentes virtuales en materia de transporte público, sistemas de semáforos inteligentes, etc.

4 Véase en: <https://elcomercio.pe/lima/molina-conoce-primera-avenida-inclusiva-invidentes-332836-noticia/?ref=ecr>

REFLEXIÓN FINAL

El derecho a la movilidad personal de las personas con discapacidad visual se encuentra protegido en diferentes tratados de derechos humanos, tanto del Sistema Universal como el Sistema Interamericano. Esta protección subyace en el modelo social de la discapacidad y en el enfoque de capacidades. Porque la idea de los derechos humanos es dotar de mayores libertades a estas personas, dado que la discapacidad que se deriva de las barreras del contexto es, ante todo, un problema de menor libertad, extensivamente, de menores oportunidades.

Por otro lado, se ha verificado que en el Perú hay un marco legal y desarrollo jurisprudencial constitucional que reconoce el derecho a la movilidad personal como un derecho ligado a la accesibilidad e igualdad y no discriminación; sin embargo, existen barreras y brechas que mitigan la facilidad de contar con medios de asistencia humana, animal y medios tecnológicos. Por lo que se insta a las instituciones públicas y privadas a adaptar su infraestructura para mejorar la movilidad de calidad con la finalidad de facilitar su autonomía, independencia e igualdad de oportunidades.

TRABAJOS CITADOS

- Bermúdez-Tapia, M. & Seminario-Hurtado, N. (2021) El derecho comunicativo de las personas sordo ciegas en el Perú. *Revista Sapientia & Iustitia, FDCEP Universidad Católica Sedes Sapientiae*, 2(4), 131-149. <https://doi.org/10.35626/sapientia.4.2.30>
- Bermúdez-Tapia, M. & Seminario-Hurtado, N. (2020). El reconocimiento de la comunicación de señas como derecho inclusivo en el Perú. *Revista Lumen*, 16 (2), 250-260. DOI: <https://doi.org/10.33539/lumen.2020.v16n2.2306>
- Cayetano, J. (2023, 8 de septiembre). *Personas con discapacidad visual en Lima gastan hasta el triple de tiempo y dinero para movilizarse* [Informe]. El Comercio Perú. <https://bitly.ws/3fmW4>
- Centro de Noticias del Congreso. (2023, 25 de abril). *Ampliarán accesibilidad a entorno físico, servicios y medios de transporte a favor de personas con discapacidad visual*.

- Portal Congreso de la República. <https://bitly.ws/3fmWi>
- Colmenarejo, R. (2016). Enfoque de capacidades y sostenibilidad. Aportaciones de Amartya Sen y Martha Nussbaum. *Ideas y Valores*, 65(160), 121-149. <https://doi.org/10.15446/ideasyvalores.v65n160.43084>
- Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (2023). *Memorando N° D000885-2023-CONADIS-DPDPD*
- Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad. (2023, 14 de abril). Cerca del 40% de las personas con discapacidad se encuentran en situación de pobreza a nivel nacional [Nota de prensa]. <https://www.gob.pe/institucion/conadis/noticias/742448-cerca-del-40-de-las-personas-con-discapacidad-se-encuentra-en-situacion-de-pobreza-a-nivel-nacional>
- Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (2024, 5 de enero). *Informe N° D000002-2024-CONADIS-SDISED-PELV*
- Defensoría del Pueblo. (2019, 22 agosto). Exigimos mejorar la accesibilidad en el transporte para personas con discapacidad [Nota de prensa]. <https://www.defensoria.gob.pe/exigimos-mejorar-la-accesibilidad-en-el-transporte-para-personas-con-discapacidad/>
- Díaz Ruiz, M.V. (2020). *Inclusión de estudiantes con discapacidades visuales en un entorno digital colaborativo caso de estudio*. [Tesis doctoral, Universidad de Alcalá]. Repositorio institucional. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=283245>
- El Comercio. (2023, 08 de septiembre). Personas con discapacidad visual en Lima gastan hasta el triple de tiempo y dinero para moverse. *Diario El Comercio*. <https://elcomercio.pe/lima/personas-con-discapacidad-visual-en-lima-gastan-hasta-el-triple-de-tiempo-y-dinero-para-movilizar-se-por-lima-informe-lima-ciegos-metropolitano-at-u-discapacidad-accesibilidad-noticia/>
- Élyse C., Siobhan K., Yani H. & Timothy, R. (2024). Disabled people's accessible taxi experiences in Toronto, Canada. *Travel Behaviour and Society* 34 (1) 1-10. <https://doi.org/10.1016/j.tbs.2023.100704>
- Fernando León, D. (2018). *Enfoque de las capacidades*. ZBW – Leibniz Information Centre for Economics, Kiel, Hamburg. <http://hdl.handle.net/10419/182466>

- García López, V. (2017). *Auxiliares de movilidad en la discapacidad visual. Terapia asistida por perros: perros guía*. [Tesis de Maestría, Rehabilitación]. Universidad de Valladolid. Repositorio Institucional. <https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/26320/TFM-M352.pdf?sequence=1>
- Gestión. (2021, 18 de noviembre). Sabes qué son los pisos podotáctiles y su gran función. *Gestión*. <https://gestion.pe/peru/los-pisos-podotactiles-y-su-gran-funcion-discapacidad-visual-conadis-nnda-nnlt-noticia/>
- Grueso Vanegas, D. I., & Sandoval Moreno, L. M. (2021). Discapacidad: Un asunto de justicia social. *Siglo Cero*, 52(4), 87-107. <https://doi.org/10.14201/scero202152487107>
- Heredia Ríos, E. A., Hurtado Maya, A., & Echeverri Herrera, J. A. (2021). La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y las teorías de la justicia: La participación política de las personas con discapacidad. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 51(134), 1-24. <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v51n134.a01>
- Infórmate Perú. (2024, 10 de enero). Trujillo: Chofer humilla a joven con discapacidad y arroja a la pista su carnet de Conadis *Infórmate Perú*. <https://informateperu.pe/peru/trujillo-chofer-humilla-a-joven-con-discapacidad-y-arroja-a-la-pista-su-carnet-de-conadis/>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2014). *Primera Encuesta Nacional Especializada sobre Discapacidad 2012*. <https://bitly.ws/3fmWx>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2017). *Censo Nacional 2017. Perfil sociodemográfico de la población con discapacidad*. <https://bitly.ws/38v5P>
- Ipiña-García, O. I. (2019). Accesibilidad y sensibilización ciudadana en el espacio público. *Bitácora Urbano/Territorial*, 29(1), 155-161. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=74858283016>
- Israel Biel, p. (2011). *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*. Tirant lo Blanch. <https://bitly.ws/3f9t6>
- Landa Arroyo, C. (2021). El derecho fundamental a la igualdad y no discriminación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú. *Estudios constitucionales*, 19(2), 71-101. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002021000200071>

- Lucero Vargas, C. (2019). Último párrafo del artículo 32 constitucional. Su discrepancia con los estándares internacionales de derechos humanos con relación al derecho a la igualdad y no discriminación. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 52(154), 383-407. 2020. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2019.154.14147>
- Perú21. (2016, 23 de mayo). ¿Por qué hay tan pocos perros guía en el Perú? Perú21. <https://peru21.pe/lima/hay-perros-guia-peru-218807-noticia/>
- Salomón Ferrer, M. (2023). *Discapacidad y justicia: reflexiones en torno al reconocimiento social de las personas con discapacidad desde el enfoque de las capacidades y la justa igualdad de oportunidad* [Tesis doctoral, Universidad Panamericana]. Repositorio institucional. <https://hdl.handle.net/20.500.12552/7115>
- Seminario-Hurtado, N. y Avellaneda-Vásquez, J. (2023). El derecho a la educación inclusiva de las personas con discapacidad. *Revista Primera Instancia*, 10 (20),94-107. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/adjunto/40259>
- Seminario-Hurtado, N. y Ponce Chávez, S. (2023). Los derechos de la persona con discapacidad en el Perú: avances y desafíos. *Revista Direitos Sociais E Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, 11(3), 328–354. <https://doi.org/10.25245/rdspv.v11i3.1487>
- Stewart Til, E. (2022). Adaptación de un perro guía a una persona con ceguera total y discapacidades añadidas. *RED Visual: Revista Especializada en Discapacidad Visual*, 80, 127-155. <https://doi.org/10.53094/YMWH8830>
- Sen, A. (2000). *Desarrollo y libertad*. Editorial Planeta.
- Toyco Suárez, P. (2018). La discapacidad en la constitución. Hacia un necesario reconocimiento de derechos fundamentales desde la convención sobre derechos de las personas con discapacidad. *Aequitas*, 1(1), 65–80. <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/Aequitas/article/view/15221>
- Urquijo Angarita, M. (2014). La teoría de las capacidades en Amartya Sen. *EDETANIA*, 46, 63-80. <https://revistas.ucv.es/edetania/index.php/Edetania/article/view/161>
- Vilcanqui Apaza, Y. M. (2017). *Autonomía, seguridad y movilidad desde el punto de vista de la persona en condición de discapacidad visual en la ciudad de Lima* [Tesis de grado, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio institucional. <https://bitly.ws/CK8F>

LEGISGRAFÍA

- Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos. (1948, 10 de diciembre). <https://bitly.ws/3fmX4>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966, 16 de diciembre). <https://bitly.ws/3fmXa>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966, 23 de marzo). <https://bitly.ws/FoC8>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad. (2008, 13 de diciembre). <https://bitly.ws/nW5J>
- IX Conferencia Internacional Americana. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. (1948, 30 de abril). <https://bitly.ws/3fmXq>
- Decreto Supremo N°002-2014-MIMP, Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad. (2014, 8 de abril). *Congreso de la República del Perú*. <https://bitly.ws/3fmXA>
- Decreto Supremo N° 001-2017-MIMP, Decreto que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29830, Ley que promueve y regula el uso de perros guía por personas con discapacidad visual. (2017, 12 de marzo). *Congreso de la República del Perú*. <https://bitly.ws/3fmXE>
- Decreto Supremo N°007-2021-MIMP, Decreto Supremo que aprueba la Política Nacional Multisectorial en Discapacidad para el Desarrollo al 2030 (2021, 5 de junio). *Congreso de la República del Perú*. <https://bitly.ws/3fmXI>
- Ley N°29973, Ley General de la Persona con Discapacidad. (2012, 24 de diciembre). *Congreso de la República del Perú*. <https://bitly.ws/3dSaP>
- Ley N°29830, Ley que Promueve y Regula el uso de perros guía por Personas con Discapacidad Visual. (2012, 7 de enero). *Congreso de la República del Perú*. <https://bitly.ws/3fmXM>
- Ley N°30433, Ley que Modifica la Ley N°29830. Ley que Promueve y Regula el uso de perros guía por Personas con Discapacidad Visual. (2016, 14 de mayo). *Congreso de la República del Perú*. <https://bitly.ws/3fmXR>
- Organización de Estados Americanos. Convención Americana sobre Derecho Humanos.

(1969, 22 de noviembre). <https://bitly.ws/3fmY2>

Organización de los Estados Americanos. Convención Interamericana para eliminar la discriminación contra las Personas con Discapacidad. (1999, 7 de junio). <https://bitly.ws/3fmY6>

JURISPRUDENCIA

Corte IDH. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Excepciones, Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 246. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/53702>

Corte IDH. Caso Vera Rojas y otros Vs. Chile. Sentencia de 1 de octubre de 2021. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No.439 https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_439_esp.pdf

Corte IDH. Caso Guachalá Chimbo y otros Vs. Ecuador. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No.423. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_423_esp.pdf

Sentencia del Expediente N°00332-2016-PA/TC, Tribunal Constitucional del Perú. (2018, 5 de diciembre). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/00332-2016-AA.pdf>

Sentencia del Expediente N°02437-2013-PA/TC, Tribunal Constitucional del Perú.(2014, 16 de abril). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/02437-2013-AA.pdf>

Más allá de la capacidad contributiva: una mirada a la proporcionalidad tributaria en los derechos tributario en México



Beyond ability to pay: an insight into the tributary proportionality in tax law in Mexico

Pastora Melgar Manzanilla^a

^aORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8258-0138>

Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Profesora de Tiempo Completo en la Facultad de Estudios Superiores Acatlán UNAM, correo electrónico: 861448@pcpuma.acatlan.unam.mx

Cómo citar

Melgar Manzanilla, P. Beyond ability to pay: an insight into the tributary proportionality in tax law in Mexico. Nomos: Procesalismo Estratégico, 1(2). <https://doi.org/10.29105/nomos.v1i2.14>

RESUMEN

Este estudio aborda la comprensión del principio de proporcionalidad tributaria en México, distinguiendo entre la proporcionalidad como un principio y derecho humano constitucional y la capacidad contributiva. Se analiza que, más allá de la capacidad contributiva, la proporcionalidad tributaria varía según el costo del servicio, el uso de bienes, y otros factores como el beneficio obtenido y la disponibilidad del recurso. El artículo sostiene que, aunque la proporcionalidad puede entrar en conflicto con otros derechos humanos, esto no necesariamente cambia la medida de proporcionalidad en los derechos tributarios, destacando la complejidad y diversidad inherentes a la proporcionalidad fiscal en México.

PALABRAS CLAVE: Proporcionalidad Tributaria; Capacidad Contributiva; Derechos Tributarios.

ABSTRACT

This study delves into the understanding of the principle of tax proportionality in Mexico, distinguishing between proportion in taxes as a constitutional principle and human right, and ability to pay. It argues that beyond ability to pay, proportion in varies according to service cost, goods usage, and other factors such as obtained benefits and resource availability. The article maintains that although proportion in taxes may conflict with other human rights, this does not necessarily alter the measure of proportionality in duties such as on public services, highlighting the inherent complexity and diversity of tax proportionality in Mexico.

KEYWORDS: Proportion in taxes; Ability to pay; Duties.

I. INTRODUCCIÓN

En el panorama jurídico contemporáneo, el contenido del principio de proporcionalidad tributaria como lo establece la Constitución mexicana se interpreta comúnmente en

términos de la capacidad contributiva del individuo. Esta interpretación se basa en que, para impuestos clave como el Impuesto sobre la Renta (ISR), la capacidad contributiva se considera fundamental para determinar la carga tributaria individual, pues debe traducirse en la base imponible del impuesto. Sin embargo, la noción de proporcionalidad en materia fiscal es intrínsecamente más diversa y compleja. La proporcionalidad no se aplica de manera homogénea; varía significativamente según la naturaleza específica de cada tributo.

El objetivo de este estudio es profundizar en la comprensión del derecho a la proporcionalidad tributaria en el marco de los derechos tributarios, distinguiendo entre la proporcionalidad tributaria como principio y derecho humano constitucional; y la capacidad contributiva como proporción, medida o razón para determinar las obligaciones tributarias; es decir, una de las manifestaciones de la proporcionalidad tributaria.

Para lo anterior, este análisis comienza identificando y explicando las distintas formas de proporcionalidad aplicables en el ámbito tributario. Posteriormente, se precisa el contenido del derecho humano a la proporcionalidad en derechos tributarios. Finalmente, se sostiene que, aunque en ciertos casos de conflicto entre la proporcionalidad tributaria y otros derechos humanos, puede ser necesario priorizar un derecho humano específico, esto no altera el criterio o proporción aplicable a los derechos tributarios.

II. DE LAS PROPORCIONALIDADES EN MATERIA TRIBUTARIA

De acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española (RAE), el término “proporcionalidad” significa “conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí” (RAE, 2014). Esta definición, aborda la idea de una relación armoniosa o equilibrada entre partes de un todo o entre varios elementos que guardan cierta relación entre sí. Esto se advierte del análisis de cada uno de los elementos de la definición: “conformidad”, “proporción”, “de uno de las partes con el todo” y “de cosas relacionadas entre sí”.

El elemento “conformidad” implica que hay una correspondencia o adecuación entre las partes. Es decir, cada parte está en acuerdo o es compatible con las demás en términos de tamaño, cantidad o grado. Por su parte, el término “proporción” es la relación o razón que

hay entre magnitudes medibles. Por ejemplo, en matemáticas, la proporción se refiere a la igualdad entre dos razones ($a/b = c/d$). La idea de proporción lleva implícita una sensación de equilibrio y armonía entre las partes comparadas.

El elemento “de unas partes con el todo”, significa que las partes individuales de un objeto, concepto o sistema, etc. están equilibradas con respecto al total. Por ejemplo, en la música, la proporción se refiere a cómo los diferentes elementos de una composición, como el ritmo, la melodía y la armonía, se relacionan y equilibran entre sí para crear una pieza cohesiva y armoniosa. Un solo elemento no debe dominar excesivamente sobre los otros, manteniendo así un equilibrio y una proporción que contribuyen a la belleza y efectividad de la obra musical en su conjunto. El elemento “de cosas relacionadas entre sí” extiende el concepto de proporcionalidad más allá de los componentes de un solo objeto a la relación entre diferentes objetos o conceptos. Por ejemplo, se puede hablar de la proporcionalidad en términos de la distribución de recursos en una sociedad, donde se espera que la asignación de recursos a diferentes grupos o actividades guarde cierta proporción que se considera justa o eficiente.

Por tanto, la proporcionalidad implica una relación equilibrada y adecuada entre partes de un conjunto o entre diferentes elementos que se consideran en conjunto. En diferentes campos, como el arte, la arquitectura, la matemática y la justicia, la proporcionalidad ayuda a lograr un sentido de equidad, belleza y funcionalidad.

En materia tributaria, la proporcionalidad es un principio fundamental que busca asegurar que el sistema fiscal sea justo y equitativo, y un derecho humano de los contribuyentes (Melgar Manzanilla, 2017). Sin embargo, no hay una única proporcionalidad, sino que hay varios tipos de proporcionalidad en la tributación, y cada uno de ellos se basa en el concepto de proporción, es decir, en una relación o comparación armoniosa entre diferentes cantidades o factores.

Quizá la proporcionalidad más conocida en materia tributaria es aquella que implica una relación entre la contribución y la capacidad contributiva que se manifiesta en los impuestos progresivos con el Impuesto sobre la Renta (ISR). En esta proporcionalidad, subyace la idea de que las personas deben contribuir según su capacidad de pago.

Según del Diccionario Panhispánico de Español Jurídico (DPEJ), el concepto de capacidad contributiva se refiere a parte de la capacidad económica, aquella susceptible de

ser sometida a tributación; entendida esta como la aptitud para concurrir al sostenimiento de los gastos públicos, pero no desde la primera unidad monetaria, sino a partir de haber superado un determinado umbral (mínimo vital) que proteja la capacidad destinada a la satisfacción de las necesidades vitales del obligado tributario (DPEJ), y que no alcance un tope considerado confiscatorio (Melgar Manzanilla, 2017).

Es importante distinguir entre capacidad contributiva como razón o medida y el concepto de capacidad contributiva lisa y llana. Una contribución que respete la capacidad contributiva se puede ilustrar con una fórmula que muestre que la contribución (C) que una persona debe pagar es directamente proporcional a su ingreso (I) menos el mínimo vital (MV). La fórmula podría representarse como: $C = r(I - MV)$, donde C es el impuesto total a pagar; r es la tasa de impuesto proporcional aplicada a la capacidad contributiva; I es el ingreso total de la persona y MV es el mínimo vital exento de impuestos. Como se advierte, está el requisito de que se supere el mínimo vital, no que se pague en proporción (razón o medida) a la capacidad contributiva.

En un sistema proporcional directa como el expresado, (r) sería constante para todos los niveles de ingreso que superan el mínimo vital (en donde hay capacidad contributiva).

En este sentido, cuando se establece un porcentaje fijo que se aplica a la base imponible, como en un impuesto de tasa única, también hay proporcionalidad, lo hay inclusive si no se considera a la capacidad contributiva (pero, se estaría vulnerando el mínimo vital). Aquí la proporción es directa y constante; no importa la cantidad de la base imponible, el porcentaje de tributación es el mismo para todos, por ejemplo, en un impuesto al valor agregado de tasa única. En estos casos el monto de la contribución (C), es directamente proporcional al precio del producto o servicio (P), es decir, $C \propto P$, en donde $\propto$ indica proporcionalidad. Esto significa que a medida que C aumenta, P también lo hace, y viceversa, manteniendo una constante de proporcionalidad entre ambas cantidades.

Sin embargo, en un sistema tributario progresivo, (r) aumenta a medida que (I) aumenta, lo cual no sería una proporcionalidad directa sino una progresividad. En dicho sistema de tarifas progresivas, la tasa impositiva aumenta a medida que aumenta la base imponible, por ejemplo, los tramos del ISR. Aunque las tasas cambian, existe una proporción directa dentro de cada tramo de ingreso. La progresividad busca ajustar la proporción de impuestos

pagados a la capacidad contributiva de una manera más afinada que en una tasa plana.

En el contexto de los impuestos progresivos, la contribución está en proporción a la capacidad de pago del contribuyente. Esto refleja el principio de que las personas con mayor capacidad deberían contribuir con una mayor proporción de sus ingresos al financiamiento de los gastos públicos. La proporción se puede expresar de la siguiente manera: $\frac{C}{CC}$, donde (C) es la contribución y (CC) es la capacidad contributiva. A medida que la capacidad de pago aumenta (por ejemplo, a través de ingresos más altos), la tasa impositiva aplicable también aumenta según los tramos o rangos de ingreso definidos por la ley tributaria. Esto significa que hay una relación proporcional entre la cantidad de ingreso (tramo) de una persona y el porcentaje de ese ingreso que debe pagar en contribuciones, pero, como ya se estableció, esta proporcionalidad no es directa sino progresiva. La progresión se diseña de manera que el incremento en la tasa impositiva es más rápido que el incremento en la capacidad de contributiva, llevando a una mayor carga tributaria relativa para aquellos en tramos de ingreso más altos. La progresión se obtiene por una combinación de tasas (porcentajes) y cuotas (cantidades absolutas), es decir, tarifas.

La progresividad en el sistema tributario está íntimamente relacionada con los conceptos de equidad horizontal y equidad vertical que son principios fundamentales en la teoría de la imposición. La equidad horizontal sostiene que los contribuyentes con la misma capacidad de pago deben contribuir con la misma cantidad de impuestos. Así, si dos personas tienen el mismo nivel de ingresos o riqueza, deberían enfrentar la misma carga impositiva. La equidad horizontal busca tratar a los iguales de manera igual (Jorratt, 2017).

Por otro lado, la equidad vertical se basa en la idea de que los contribuyentes con mayor capacidad de pago deben contribuir con más al financiamiento de los gastos públicos que aquellos con menor capacidad. Así, las personas que ganan más dinero deberían pagar una tasa impositiva más alta en sus ingresos adicionales. La equidad vertical busca tratar a los desiguales de manera desigual, pero de una manera que se considera justa, basándose en su capacidad de pago. La equidad vertical permite la redistribución de la riqueza (Jorratt, 2017).

Otro ejemplo de proporcionalidad es la proporcionalidad de beneficios. Esta proporcionalidad implica que las contribuciones deben pagarse en proporción a los

beneficios recibidos del gasto público. Existe una proporción entre los beneficios derivados de los servicios públicos y la cantidad de contribuciones que se paga (Musgrave y Musgrave, 1986). Se puede ilustrar con la siguiente fórmula: $C = t \cdot B$, donde (C) es la contribución total a pagar; (t) es la tasa de contribución basada en el beneficio, y (B) es el valor del beneficio recibido del gasto público. Esta fórmula propone que el monto de contribuciones que una persona debe pagar (C) es directamente proporcional al valor del beneficio (B) que recibe. La tasa de contribución basada en el beneficio (t) sería el porcentaje o factor que determina qué fracción del beneficio se traduce en impuestos, de tal forma que $C \propto B$.

La proporción podría ser también en razón del costo de brindar un servicio público en vez del valor del beneficio recibido de tal forma que $C = t \cdot CSP$, en donde (CSP) es el costo de brindar el servicio público que recibe el contribuyente, Así, $C \propto CSP$.

También existe la proporcionalidad en tasas específicas. Esta proporcionalidad se refiere a un sistema en el que las contribuciones se aplican por unidad de medida del bien o servicio, independientemente de su precio. Por ejemplo, una cantidad en pesos de contribuciones por litro de gasolina o por paquete de cigarrillos. En tales casos se establece una proporción fija por unidad, independientemente del precio o valor del bien.

Esta proporcionalidad se puede expresar con la siguiente fórmula: $C = t \times Q$, donde: (C) es la contribución total a pagar; (t) es la tasa específica del impuesto por unidad de medida (por ejemplo: por litro, por paquete, etc.), y (Q) es la cantidad del producto sujeto al impuesto. En este caso, la proporcionalidad se refiere al hecho de que la contribución aumenta linealmente con la cantidad del producto, no con su valor monetario. Por ejemplo, si el impuesto específico es de \$0.50 por litro de gasolina, entonces comprar 10 litros de gasolina incurriría en un impuesto de: $C = 0.50 \cdot 10 = \$5.00$. La proporción se puede expresar de la siguiente manera: $C \propto Q$.

Los anteriores son las formas de proporcionalidad más conocidas en el contexto tributario, sin embargo, no son exhaustivas, ni las únicas posibles, por ejemplo, podría diseñarse en una ley fiscal una contribución que sea proporcional a las externalidades negativas ocasionadas por una actividad económica con la finalidad de internalizar dichas externalidades de tal forma que la proporción se exprese como $C \propto EN$ (externalidades negativas). En tal caso seguiríamos en el concepto de proporcionalidad de las contribuciones. Como se

advierde, a pesar de que la capacidad contributiva como medida o razón que se manifiesta con la progresividad quizá sea la forma de proporcionalidad más conocida en el ámbito tributario, no es la única forma de proporcionalidad.

III. DERECHO HUMANO A LA PROPORCIONALIDAD EN DERECHOS TRIBUTARIOS Y SU CONTENIDO

Se inicia este apartado estableciendo dos cuestiones de base sobre la proporcionalidad tributaria: la proporcionalidad tributaria es un derecho humano, y la proporcionalidad tributaria no es igual a capacidad contributiva, como se advierte del apartado anterior.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM, Art. 31, Fr. IV) y criterios interpretativos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación SCJN (Tesis 2a. CVI/2007) establecen que es una obligación de las personas mexicanas y extranjeras con residencia en México o fuente de ingresos en el país, contribuir para los gastos públicos de la Federación, de los Estados, de la Ciudad de México y del Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes. Estas disposiciones son el reconocimiento constitucional del principio de proporcionalidad, entre otros principios, que debe regir el sistema tributario mexicano. Además, es el reconocimiento del derecho humano que tienen las personas de contribuir proporcionalmente a los gastos públicos.

Se debe notar que, la disposición constitucional referida no menciona un tipo de proporcionalidad específica, sino solo que la proporcionalidad se establecerá en leyes. Por tanto, la proporcionalidad como requerimiento constitucional de la contribución no se limita a la idea de en proporción a la capacidad contributiva (C $\propto$ CC), sino que las contribuciones se pueden establecer de manera proporcional considerando otros factores. Es decir, la carga impositiva debe guardar relación con algún parámetro, que no tiene que ser la capacidad contributiva del contribuyente. Puede referirse a la relación entre lo que se paga y lo que se recibe, como en el caso de los derechos tributarios (especie de las contribuciones), o puede significar que la contribución se establece en función de algún otro indicador, como podría ser la cantidad de un recurso que se consume o el costo del servicio brindado.

Cuando la CPEUM menciona que las leyes dispongan la manera en que se deben hacer estas contribuciones, implica la necesidad de que exista una legislación secundaria que desarrolle estos principios de proporcionalidad y equidad en reglas concretas y aplicables. Las leyes tributarias deben, por tanto, ser diseñadas para cumplir con este principio constitucional, asegurando que las personas aporten al sostenimiento de los gastos del Estado de una forma que sea proporcional y justa.

El Código Fiscal de la Federación (CFF, Art. 2) establece cuatro tipos o especies de contribuciones: los impuestos, las aportaciones de seguridad social, las contribuciones de mejora y los derechos que, para efectos de evitar cualquier confusión dada la polisemia del término derecho o derechos, en este trabajo se usa el término de derechos tributarios para el tipo de contribución llamado derechos en el CFF.

Desde 1989, la SCJN expresó que la proporcionalidad de cada una de estas especies de contribuciones, debe determinarse según sus naturalezas y características particulares (Tesis P. 44 de 1989), por tanto, las leyes tributarias correspondientes, expresan diferentes tipos de proporcionalidades para cada tipo de contribución.

En cuanto a los derechos tributarios, estas contribuciones pueden ser de tres tipos: por el uso o aprovechamiento de los bienes del dominio público de la Nación; por recibir servicios que presta el Estado en sus funciones de derecho público - excepto cuando se presten por organismos descentralizados u órganos desconcentrados cuando en este último caso, se trate de contraprestaciones que no se encuentren previstas en la Ley Federal de Derechos (LFD)-, y las contribuciones a cargo de los organismos públicos descentralizados por prestar servicios exclusivos del Estado (CFF, Art. 2, Fr. IV). El trabajo se concentra en los dos primeros ya que el interés es respecto del contenido del derecho humano a la proporcionalidad tributaria que corresponde a los gobernados. En el caso del último tipo de derecho tributario mencionado, es el Estado a través de la administración pública paraestatal quien paga contribuciones al mismo Estado.

Como se advierte, los tipos de derechos se diferencia por su hecho imponible. Primero, usar o aprovechar bienes de dominio público del Estado, tales como las plataformas insulares, el lecho y el subsuelo del mar territorial y de las aguas marinas interiores, los inmuebles federales que estén destinados de hecho o mediante un ordenamiento jurídico a

un servicio público, los terrenos baldíos, entre otros (Ley General de Bienes Nacionales, Art. 6). Segundo, recibir un servicio público exclusivo del Estado en su función de derecho público, tales como, legalización de firmas, compulsas de documentos, copias de planos certificados, entre otros (LFD, Art. 5). Y, tercero, prestar servicios exclusivos del Estado en el caso de organismos públicos descentralizados, tales como la expedición de documentos migratorios, los servicios de publicaciones que se presten en el Diario Oficial de la Federación (DOF), entre otros (LFD, Arts. 8 y 19-C). Los ejemplos mencionados son derechos tributarios federales, pero también hay estatales y municipales. El tipo de proporcionalidad que se manifiesta en cada caso de derecho tributario puede ser distinto.

Mediante tesis se ha determinado que cuando el legislador busca alcanzar la proporcionalidad y equidad en el ámbito tributario, lo puede hacer estableciendo una tasa o cuota que se aplica sobre una base imponible. Esta base imponible se puede configurar de manera que refleje la capacidad económica del contribuyente (Tesis P./J. 2/98). Este enfoque, que busca equilibrar las contribuciones fiscales con la capacidad de pago de cada individuo, es específicamente aplicable en el caso de los impuestos. Es especialmente aplicable en los impuestos a los ingresos como el ISR, que es progresivo y por tanto su proporcionalidad es no directa: $I = \frac{CC}{I}$ CC en donde (I) es el ISR a pagar y CC la capacidad contributiva.

Otros impuestos, los indirectos como el IVA pueden ser de tasa plana y, por tanto, de proporcionalidad directa. Incluso si se toma en cuenta la capacidad contributiva (ya que el consumo expresa la existencia de una capacidad contributiva), la proporcionalidad no expresa una relación entre la capacidad contributiva y los impuestos a pagar de tal forma que a medida que la capacidad contributiva aumenta la tasa impositiva y por tanto el impuesto a pagar también aumenta; sino que la relación se encuentra entre la expresión de la riqueza (ER) que es el costo de lo consumido y la cantidad del impuestos (I) a pagar: $I = \frac{ER}{I}$. El resultado no es una mayor carga tributaria relativa para aquellos en tramos de ingreso más altos.

En el caso del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios (IEPS), se aplican tasas y cuotas fijas al valor de los actos y actividades gravadas o a las unidades de medida (LIEPS, Art. 2), por tanto, la existencia de capacidad contributiva, al igual que en el caso del IVA, en su caso, solo se expresa con el consumo realizado. La proporción o relación es directa y

constante entre el monto del IEPS a pagar y el valor del consumo o cantidad (por ejemplo, litros) consumida, de tal forma que la contribución aumenta linealmente con la cantidad del producto o con su valor monetario y no aumenta en función de la capacidad contributiva de los contribuyentes de hecho.

Como se observa, no en todos los impuestos se utiliza la capacidad contributiva como razón o medida. Aunque en todos los casos se debe tributar respetando el mínimo vital, es decir, cuando hay capacidad contributiva.

Regresando a los derechos tributarios que es el interés en este trabajo, tanto en los que son por servicios (Tesis P./J. 2/98) como los que son por uso o aprovechamiento de bienes de dominio público (Tesis 2a./J. 27/2010), la proporcionalidad toma en cuenta otros elementos como medida o razón que no son la capacidad contributiva. En el primer caso, la relación es entre la contribución y el costo que para el Estado tenga la ejecución del servicio, así, las cuotas deben ser fijas e iguales para todos los que reciban servicios análogos (Tesis P./J. 2/98). Lo que se busca es una contraprestación, aunque no en el sentido del derecho privado, de manera que el precio corresponda exactamente al valor del servicio prestado (VS) (Tesis P./J. 3/98), sino una relación razonable entre el costo del servicio y el monto a pagar (Tesis: 1a./J. 132/2011).

En el segundo caso, por uso o aprovechamiento de bienes de dominio público de la nación, la proporción es entre la contribución y cualquiera de los siguientes elementos: el grado de aprovechamiento de los bienes medido en unidades de consumo (GAB) o de utilización de acuerdo con la naturaleza del bien (GU); el beneficio aproximado obtenido por el usuario (BAO); su mayor o menor disponibilidad (MMD), o su reparación o reconstrucción si se produce un deterioro (RR) (Tesis 2a./J. 27/2010).

Si en los derechos tributarios la cantidad de contribuciones a pagar guarda proporción con la capacidad contributiva del contribuyente, entonces viola el principio de proporcionalidad (y equidad) tributarias pues no debe existir lucro (Tesis PC.III. A. J/86 A (10a.), Tesis: 1a./J. 132/2011 (9a.)). Ello no implica que la capacidad contributiva no deba tomarse en cuenta, sino que la proporcionalidad no debe manifestarse como una relación entre las contribuciones pagadas y la capacidad contributiva. No obstante, si la persona no tiene capacidad contributiva, entonces el requerimiento del pago de derecho puede incidir en la

falta de efectividad de otro derecho, por ejemplo, el de acceso a la justicia, como se verá más adelante.

En tal sentido, una vez que se tenga capacidad contributiva, el derecho tributario debe pagarse de manera proporcional, es decir: DT $\propto$ S; DT $\propto$ AB; DT $\propto$ G; DT $\propto$ BA; DT $\propto$ MMD; DT $\propto$ RR, o una combinación de las anteriores.

Este es similar incluso en jurisdicciones en donde la terminología constitucional es más cercana al concepto de capacidad contributiva, como España y Colombia.

En el caso de España, su constitución incorpora a la capacidad económica de manera explícita en 1978. En relación a la tributación, el principio de capacidad económica establecida en la Constitución Española (art. 31.1) estipula que todos los ciudadanos deben contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo a su capacidad económica.

La capacidad económica tiene varias manifestaciones. La primera se vincula con el hecho imponible abstracto que toma en cuenta el legislador para justificar la contribución, de tal forma que el hecho imponible del tributo fijado en la ley sea revelador de capacidad económica. Así, la capacidad económica es el “Conjunto de negocios jurídicos, actos o hechos susceptibles de ser sometidos a gravamen por poner de manifiesto dicha capacidad y que debe ser definida por la ley en el hecho imponible de los tributos y en particular de los impuestos” (DPEJ). También es conocida como capacidad económica objetiva o absoluta.

La segunda manifestación es la capacidad contributiva ya mencionada que toma en cuenta un mínimo vital libre de tributación; y la tercera se refiere a la razón, medida o proporción de las contribuciones individuales, de tal forma que se debe tributar según la capacidad real o capacidad económica subjetiva que cada individuo tenga. En este caso, la capacidad económica (contributiva) es la medida de la imposición. Como se advierte las dos últimas manifestaciones son las referidas en el primer apartado al abordar la capacidad contributiva.

Las dos últimas manifestaciones pueden ser confundidas y tomadas como uno solo, como medida de la imposición. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Español realizó la aclaración en 2008, cuando estableció que la idea de ajustar los impuestos según la capacidad económica de cada uno solo es aplicable al sistema tributario en su totalidad y que no a todos los impuestos individuales. Solo en ciertos tributos que por sus naturaleza

y caracteres sean determinantes en la concreción del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos es necesario dicha modulación en la medida de la capacidad (ATC 71/2008). Este criterio fue reiterado en subsecuentes ocasiones.

A pesar de que esta interpretación ha sido criticada (Rodríguez, 2009) y que anteriormente el tribunal había establecido que el tributo solo puede exigirse cuando existe capacidad económica y en la medida o en función de la capacidad económica (STC 182/1997), dicha interpretación es compatible con la existencia de los diversos tipos contribuciones en España, como los impuestos al consumo o las tasas (figura cercana a los derechos tributarios en México). Precisamente, la aclaración se realizó en ocasión del estudio de la Tasa Fiscal sobre el Juego. El Tribunal Constitucional estableció que no tiene carácter general ya que no grava la renta global, sino sólo una específica manifestación de capacidad económica y que tampoco por sus características podía afirmarse que son pilares básicos del sistema tributario (ATC 71/2008).

Por otra parte, la Ley General Tributaria (LGT) española reconoce diferentes tipos de tributos: tasas, contribuciones especiales e impuestos (LGT, Art. 2.2). Establece que las tasas son tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario. Asimismo, establece que las tasas tenderán a cubrir el coste del servicio o de la actividad que constituya su hecho imponible (LGT, Art. 7); y que en su fijación se tendrán en cuenta, cuando así lo permitan las características del tributo, la capacidad económica (LGT, Art. 8). Dicha norma también regula cómo se deben establecer y calcular las tasas y precios públicos. Para ello, enfatiza la relación con los costes reales, el valor de mercado, y la utilidad de los servicios, permitiendo ajustes por razones de interés público (LGT, Art. 19 y 25). Por tanto, la capacidad económica o capacidad contributiva no es la medida o razón de las tasas a pagar, aunque puede ser considerada si lo permite la naturaleza del tributo.

En el caso de Colombia, la Constitución Política de Colombia (CPC) establece que toda persona está obligada a contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad (CPC, Art. 95.9) y explícitamente señala que su

sistema tributario se funda en el principio de progresividad, además de los principios de equidad y eficiencia (CPC, Art, 363). Al igual que en el caso español, el Tribunal Constitucional Colombiano ha señalado que los principios tributarios que se encuentran en la constitución hacen alusión al sistema en su conjunto y en su contexto y no a los tributos considerados aisladamente. También que cada tributo, en particular, debe, en lo posible, y dependiendo de su estructura técnica, orientarse a la capacidad de pago o progresividad. Sin embargo, reconoce que algunos tributos como los indirectos, por su conformación técnica y la necesidad de su administración eficiente, no son susceptibles de ser creados y recaudados atendiendo el criterio de la progresividad y, no por ello dejan de tener fundamento constitucional y figurar entre las fuentes de ingresos fiscales (Sentencia C-776/03).

En Colombia también existen diferentes tipos de tributos: impuestos, tasas y contribuciones que a su vez se dividen en especiales y parafiscales. La tasa es un tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva y potencial de un servicio público individualizado y cuyo producto debe tener por destino el servicio que contribuye al presupuesto de la obligación. (Sentencia No. C-545/94), tienen por finalidad recuperar el costo de lo ofrecido. Por tanto, el precio que paga el usuario tiene relación directa con los beneficios derivados de ese bien o servicio. No obstante, ocasionalmente contienen criterios distributivos como tarifas diferenciales, por ejemplo, las tarifas de los servicios públicos (Sentencia C-1067/02).

En suma, es fundamental reconocer que el principio y derecho de proporcionalidad tributaria, tal como se establece en la Constitución Mexicana, y en otras constituciones, no se equipara automáticamente con la capacidad contributiva del individuo como medida o razón de las contribuciones a pagar. Mientras que la capacidad contributiva opera como un criterio central en la imposición de ciertos tipos de contribuciones, como los impuestos directos, en los que se espera que los contribuyentes aporten de acuerdo con sus ingresos o riqueza, la proporcionalidad se extiende más allá de esta dimensión. En el caso de los derechos tributarios y otras contribuciones incluso de tipo impuestos, el derecho a la proporcionalidad adquiere un prisma más amplio y diverso, considerando factores diversos. Esto subraya la importancia de un análisis más matizado y contextualizado de lo que constituye una contribución proporcional.

Así, el derecho a la proporcionalidad en los derechos tributarios incorpora una evaluación equilibrada de varios factores clave. Cada uno de los factores, de maneras separada o combinada, contribuye a determinar la justicia del monto exigido, asegurando que los ciudadanos no se enfrenten a cargas desmedidas. Este enfoque subraya una visión de la proporcionalidad enfocada en el intercambio de valores y en la interacción concretada y beneficio obtenido de los bienes y servicios estatales.

Pretender lo contrario es adoptar una postura sin poder explicativo de la realidad y negar la naturaleza del derecho tributario. Por tanto, se sostiene que no se debe intentar incorporar la capacidad contributiva como medida o razón a los derechos tributarios incluso por razones distributivas o cuando el derecho lo permita. Ello no implica que no se pueda criticar la carga tributaria total o abogar por la abolición de los derechos tributarios y otras contribuciones no progresivas a favor solo de impuestos directos (ello merece otro análisis); o que el único principio/derecho a tener en cuenta en el caso de los derechos tributarios sea la proporcionalidad.

IV. LA COLISIÓN ENTRE PROPORCIONALIDAD TRIBUTARIA Y OTROS DERECHOS: MANTENIENDO LA ESENCIA DE LOS DERECHOS TRIBUTARIOS

El análisis sobre la validez de la capacidad contributiva como medida o razón en los derechos fiscales puede identificarse en criterios interpretativos en México. Como ejemplo, se pueden mencionar las tesis 1a./J. 132/2011 (9a.) y Tesis XI. 1o. A.T.21.A. Las dos tesis presentadas abordan cuestiones relacionadas con la equidad y proporcionalidad en la imposición de tasas y tarifas por servicios públicos en México, aunque desde perspectivas diferentes.

La tesis 1a./J. 132/2011 (9a.), que se refiere a la cuota por expedición de copias certificadas sostiene que se violan los principios de proporcionalidad y equidad tributaria si la cuota impuesta por la expedición de copias certificadas difiere (es mayor) de aquella impuesta por la expedición de copias simples. Se establece que la diferencia en el costo entre una copia simple y una copia certificada no se justifica constitucionalmente debido a que la expedición de copias certificadas es un acto instantáneo y no se prolonga en el tiempo, lo que implica que el precio cobrado por este servicio es desproporcionado en relación con el costo real

que tiene para el Estado. Cómo se advierte, la postura en este criterio es la necesidad de una relación directa entre el costo del servicio para el Estado y la cuota cobrada, argumentando que no debería haber lucro en este proceso.

Por otra parte, la Tesis XI. 1o. A.T.21.A. se refiere a las tarifas del servicio de agua potable en Morelia. Su argumento central es que las tarifas progresivas y variables basadas en el consumo y la zona socioeconómica para el servicio de agua potable en Morelia son consideradas equitativas y no transgreden los principios de justicia fiscal. El criterio es de difícil comprensión debido a su redacción densa, estructura desorganizada y redundancias. Sin embargo, se advierte que se sugiere que no se afecta la relación razonable entre el costo del servicio y el monto de tributo a pagar porque se toman en cuenta los siguientes factores: el volumen consumido (que varía según la zona socioeconómica) y el agotamiento del recurso por su menor o mayor uso, de tal forma que no hay un esfuerzo uniforme de la administración para proveer el servicio a las distintas zonas socioeconómicas; así como mayor necesidad del subsidio.

Se sostiene que los argumentos deben ser veraces, pero independientemente de si lo son (por ejemplo, que los individuos de las zonas socioeconómicas altas consumen más agua y por tanto contribuyen más al agotamiento del recurso) para efectos de este análisis son importantes las ideas subyacentes. El argumento es que las tarifas toman en cuenta el costo del servicio y los factores que inciden en su continuidad. El sistema progresivo de cuotas se basa en el volumen consumido y la participación en el agotamiento del recurso, por un lado; mientras que las zonas socioeconómicas más bajas obtienen mayor subsidio, lo que refleja una distribución de carga tributaria más equitativa.

El primer criterio argumenta contra la desproporción en la tarifa de un servicio específico (copias certificadas) basándose en el costo real para el Estado. En cambio, el segundo criterio acepta tarifas variables y progresivas basadas en el nivel de consumo y necesidad de subsidio no en la capacidad contributiva como medida o razón. El subsidio que hace al derecho tributario progresivo se relaciona con la protección del derecho al agua contemplada en la CPEUM (Art. 4), por ello se tomó la tesis para análisis a pesar de ser una tesis aislada y no jurisprudencial.

Sí bien, a primera vista puede parecer que la posición en los dos criterios es opuesta, no es así. Más bien, los argumentos y consideraciones se enfocan en cuestiones distintas,

aunque relacionadas. Se debe advertir que, en el segundo criterio, el principio fiscal en cuestión es la equidad principalmente y no la proporcionalidad. No obstante, dado que los tributos progresivos son la manifestación directa de la capacidad contributiva como medida o razón del tributo, se toma en cuenta el criterio para este análisis.

Par continuar con el argumento, debemos recordar tres cuestiones: primero, que, para establecer el derecho tributario, se pueden tomar en cuenta el costo del servicio, el grado de aprovechamiento de los bienes o de su utilización, el beneficio aproximado obtenido, su mayor o menor disponibilidad, o su reparación o reconstrucción por deterioro. Entonces, no es extraño que se determine el derecho tributario según el nivel de consume de agua potable y la participación de los individuos en el agotamiento del recurso. Segundo, que en todo tributo se debe respetar la capacidad contributiva de tal manera que, si no se ha cubierto el mínimo vital, no se le exija a la persona tributar. Ello no implica que la razón o medida del tributo sea la capacidad contributiva. Y, tercero, que además de los principios/ derechos de justicia fiscal, también existen otros derechos que proteger, por ejemplo, al acceso a servicios de agua potable, lo que puede manifestarse a través del establecimiento de subsidios diferenciados según las necesidades de las personas.

En efecto, hay otros derechos que deben protegerse además de los principios fiscales, por tanto, puede darse ocasiones en los que se deban tomar medidas para la protección dichos derechos sin que ello implique un cambio en el sentido y contenido de la proporcionalidad en los derechos tributarios. Así, tratándose del derecho al agua, los derechos tributarios no deben impedir su acceso.

Los argumentos se refuerzan con otros criterios jurisprudenciales en donde se advierte que se considera una violación del principio de proporcionalidad cuando la cuota no refleja adecuadamente el costo o el esfuerzo del Estado en proporcionar el servicio: en el caso de tarifas altas por servicios simples o cuotas fijas por servicios instantáneos. En cambio, no se considera una violación cuando hay una relación razonable entre la cuota y el costo del servicio, o cuando la cuota sirve a un fin extrafiscal legítimo y en protección a otro derecho: tarifas basadas en la utilización y disponibilidad de recursos; tarifas diferenciadas por complejidad del servicio; o cuando se quiere promover cierto comportamiento (cuidado del agua) y proteger un derecho.

Argumentos sobre la violación o no del principio de proporcionalidad en derechos
tributarios en tesis jurisprudenciales

Tesis	Se viola/no se viola proporcionalidad tributaria	Razón
PR.A.CN. J/32 A (11a.)	Las tarifas que prevén el cobro de \$15,000.00 por concepto de derechos relativos a las inscripciones traslativas de dominio de propiedad inmueble o garantías constituidas sobre éstos, violan el principio de proporcionalidad tributaria.	La actividad registral es sencilla y uniforme.
XVII.1o.P.A. J/35 A (10a.)	La tarifa por servicios de inscripciones que presta el Registro Público de la Propiedad y del Notariado local viola el principio de proporcionalidad tributaria.	No guarda un equilibrio razonable entre la actividad administrativa realizada por el Estado y el costo real de esa contraprestación.
PC.XXV. J/12 A (10a.)	El cobro de 200 unidades de medida y actualización (UMA) por el registro de un acto traslativo de dominio y diversas cuotas por otros servicios, no transgrede el principio de proporcionalidad tributaria.	La diferenciación es razonable ya que el registro está vinculado a un servicio público esencial para garantizar la seguridad jurídica en el derecho de propiedad de bienes inmuebles, revelando su situación legal. La variación en las tarifas se explica por los diferentes requisitos y la inversión de tiempo y recursos necesarios para cada tipo de inscripción. Cada documento a registrar presenta complejidades únicas, por tanto, el Estado invierte distintos niveles de esfuerzo y recursos en cada caso.

PC.I.A. J/129 A (10a.)	El artículo que establece una tarifa general por inscripción, anotación o cancelación en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio del Distrito Federal y señala una excepción que impone un monto mayor para la inscripción de documentos relacionados con la adquisición, transmisión, modificación o extinción del dominio, entre otros, viola el principio de proporcionalidad tributaria.	El servicio que realiza el Estado a través del sistema informático que contiene el acervo registral, es el mismo, con independencia del tipo de documentos, actos y del lugar en que se ubiquen las anotaciones correspondientes, por tanto, no implica un despliegue adicional para prestar el servicio.
1a./J. 113/2017 (10a.)	Los artículos de la LFD que prevén cuotas diferenciadas para el pago del derecho por uso, explotación o aprovechamiento de aguas nacionales, respetan el principio de proporcionalidad tributaria	La base tarifaria basada en una unidad de consumo (metros cúbicos de agua utilizados) es un parámetro adecuado para medir el volumen consumido. Además, se toma en cuenta la disponibilidad del recurso al establecer diferentes cuotas para distintas zonas hidrológicas, dependiendo de la abundancia o escasez del agua. Esto implica que las cuotas varían no solo con el consumo, sino también con la disponibilidad del agua en diferentes regiones. Este esquema busca mejorar la disponibilidad del agua y fomentar condiciones favorables en las fuentes hídricas. Al aplicar cuotas mayores en zonas donde la fuente hídrica está deteriorada contribuye a la preservación y restauración del medio ambiente y del recurso natural. Además, este enfoque promueve el uso eficiente del agua y asegura que, a medida que mejoren las condiciones de las fuentes, el costo para el consumidor se ajuste en consecuencia, beneficiando al contribuyente.

PC.I.A. J/80 A (10a.)	El precepto que contempla el pago de derechos diferenciados por descargas de agua en la red de drenaje, a cargo de las personas físicas o morales que utilicen agua de fuentes diversas a la red de suministro de agua potable, respeta el principio de proporcionalidad.	La contribución tiene como fin la conservación y mantenimiento de la infraestructura hidráulica, utilizada para las descargas y su conducción. Por tanto, está directamente relacionada con los costos que el Estado incurre para mantener dicha infraestructura. Esta infraestructura, un bien del dominio público, es usada por los usuarios para la descarga de agua, creando una conexión entre el volumen de agua extraído y el descargado en la red de drenaje. Por lo tanto, la cuota aplicada tiene un objetivo extrafiscal: promover un uso racional del agua cuya garantía de acceso está estipulada en el artículo 4° de la Constitución Mexicana.
P./J. 32/2012 (10a.)	El precepto que establece que, por los servicios en materia de televisión, los concesionarios o permisionarios calcularán el derecho de televisión por la supervisión de programas de concurso aplicando una cuota por cada hora o fracción, no transgrede el principio de proporcionalidad.	El parámetro utilizado por el legislador es objetivo, en tanto que, al tratarse de un servicio complejo, la cuota por hora o fracción diferencia el cobro del derecho en función de la intensidad del uso del servicio, ya que es un reflejo de que a mayor tiempo que permanezca el supervisor en el lugar del concurso se está utilizando más tiempo el servicio del Estado, por lo que paga más quien más utiliza el servicio.

Fuente: Elaboración propia a partir de tesis jurisprudenciales

Las jurisprudencias que se muestran en el cuadro anterior fueron emitidas después de la reforma constitucional mexicana en materia de derechos humanos de 2011, que tuvo como objetivo el fortalecimiento del sistema de reconocimiento y protección de los derechos humanos en México. Dicha reforma avivó la discusión sobre los derechos humanos en materia tributaria. Se sostiene que dicha reforma no implica el cambio de naturaleza de los derechos tributarios y que no requiere el uso de la capacidad

contributiva como medida o razón para la determinación de los derechos tributarios individuales.

El estudio de las tasas judiciales ayuda a aclarar el argumento de que medidas para la protección de otros derechos no implique un cambio en el sentido y contenido de la proporcionalidad en los derechos tributarios. Dichas tasas judiciales se vinculan con un derecho humano, el derecho de acceso a la justicia. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al realizar un análisis legal del derecho de acceso a un tribunal, basado en el Artículo 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos reconoce que, aunque su jurisprudencia previa no excluye la posibilidad de imponer restricciones financieras para el acceso a los tribunales en interés de una administración de justicia adecuada, el cumplimiento del artículo 6.1 implica no solo evitar interferencias sino también adoptar medidas positivas por parte del Estado. Sin embargo, aclara que esto no implica un derecho ilimitado a la asistencia letrada gratuita del Estado ni a procedimientos judiciales civiles gratuitos. El Tribunal afirmó que el requisito de pagar tasas para acceder a los tribunales civiles no es en sí mismo incompatible con el artículo 6.1. Sin embargo, recalcó que la cuantía de estas tasas y las circunstancias específicas del caso, incluyendo la capacidad del demandante para pagarlas y la fase del procedimiento en la que se imponen, son factores clave para determinar si se ha respetado el derecho de acceso a un tribunal. Por tanto, se reconoce que imponer tasas judiciales es aceptable, pero su monto y las circunstancias del caso deben ser consideradas cuidadosamente para asegurar que no se infrinja el derecho al acceso a la justicia. (Caso Kreuz contra Polonia). Sin embargo, no se establece que la medida de dichas tasas debe ser la capacidad contributiva, aunque se requiere la existencia de capacidad contributivas.

De acuerdo con Álvarez-Osorio Micheo (2014), las tasas judiciales deben ser proporcionales a lo que se está buscando con ellas. Es decir, deben ser lo suficientemente altas para cubrir los costos de administrar la justicia, pero no tan altas que impidan el acceso a los tribunales. La proporcionalidad aquí está íntimamente ligada a la justicia material, que busca la equidad y justicia en cada caso concreto. En términos prácticos, sugiere que solo habría una violación del principio de proporcionalidad si las tasas son tan elevadas que impiden efectivamente el acceso a la justicia. Esto ocurre cuando una persona no

puede pagar la tasa judicial requerida, lo que le impide ejercer su derecho a un tribunal. Lo importante es asegurar que el derecho al acceso a la justicia no se vea obstaculizado por barreras económicas insuperables. (Álvarez-Osorio Micheo (2014). El uso del término proporcionalidad en el párrafo anterior no se refiere al principio de proporcionalidad en materia tributaria, sino a la estructura argumentativa que permite “interpretar principios constitucionales cuando ante situaciones jurídicas se encuentran en colisión y se hace necesario determinar cuál de los principios constitucionales en conflicto debe prevalecer”. (Cárdenas Gracia, 2014). Cuando la proporcionalidad tributaria colisiona con un derecho humano, es necesario determinar si debe prevalecer el derecho humano en cuestión o el principio/derecho a la proporcionalidad tributaria. Pero, incluso aceptando eso, de ninguna manera lleva a la conclusión de que el derecho tributario por pagar debe tener como medida o razón la capacidad contributiva.

De manera similar, si el derecho tributario ocasiona una merma al mínimo vital, se puede aceptar que no es exigible el pago del derecho tributario, pero ello no lleva a concluir que la medida o razón del derecho tributario debe ser la capacidad contributiva. De ser así, el derecho tributario perdería su naturaleza.

V. CONCLUSIONES

Existen varios tipos de proporcionalidades aplicables a las contribuciones. Aunque la capacidad contributiva es un criterio importante en la principal contribución directa a los ingresos, el concepto de proporcionalidad tributaria contenida en la CPEUM no se agota en ella y abarca una gama más amplia de consideraciones, reflejando una complejidad inherente a la naturaleza de cada contribución. Esto no es exclusivo de México.

En los derechos tributarios la medida o razón de la obligación tributaria no es la capacidad contributiva sino el costo del servicio, el grado de aprovechamiento o utilización de los bienes, el beneficio aproximado obtenido, la mayor o menor disponibilidad, la reparación o reconstrucción del bien. Todos manifiestan proporcionalidad tributaria.

Aunque en situaciones de colisión entre la proporcionalidad en derechos tributarios y otros derechos humanos puede surgir la necesidad de proteger un derecho humano específico,

esto no implica automáticamente una alteración en la medida de la proporcionalidad en los derechos tributarios.

VI. FUENTES DE CONSULTA

- Alvárez-Osorio Micheo, F. (2014). Tasas Judiciales: entre el principio de proporcionalidad y política de derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 100, 221-242, <https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/39737>
- Cárdenas Gracia, J. (2013), Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 47 (139), 65-100, 10.1016/S0041-8633(14)70501-0
- Código Fiscal de la Federación (CFF). DOF de 31 de diciembre de 1981, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CFF.pdf>
- Constitución Española, BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, <https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf>
- Constitución Política de la República de Colombia, Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 199, <http://www.secretariasenado.gov.co/constitucion-politica>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (CPEUM). DOF de 5 Febrero 1917, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1067/02, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-1067-02.htm#:~:text=Sentencia%20C%2D1067%2F02&text=Su%20finalidad%20es%20la%20de,de%20ese%20bien%20o%20servicio.>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-545/94, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-545-94.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-776/03, https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-776-03.htm#_ftn194
- Jorratt, M. (2017). La equidad vertical y horizontal de los impuestos. En J.K. Gómez Sabaini, J.P. Jiménez & R. Martner (Eds.), *Consensos y conflictos en la política tributaria de América Latina* (pp. 145-168). Santiago: Naciones Unidas <https://doi.>

- org/10.18356/3fe91c55-es
- Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios. 30 de diciembre de 1980, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LIEPS.pdf>
- Ley federal de Derechos (LFD). DOF de 31 de diciembre de 1981, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFD.pdf>
- Ley General de Bienes Nacionales (LGBN). DOF de 20 de mayo de 2004, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGBN.pdf>
- Ley General Tributaria, Ley 58/2003, de 17 de diciembre de 2003 (España), https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2023-203
- Melgar Manzanilla, P. (2017). *Proporcionalidad y Equidad Tributarias a la luz del paradigma de los derechos humanos*. México: UNAM.
- Musgrave, R. A. & Musgrave, P.B. (1986). *Hacienda Pública teórica y aplicada*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, IEF
- PC.III.A. J/86 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. V. Libro 77, agosto de 2020, p. 5003, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2022029>
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española* (23a ed.). <https://dle.rae.es/proporcionalidad?m=form>
- Real Academia Española. *Diccionario panhispánico del español jurídico*. <https://dpej.rae.es/lema/capacidad-contributiva>
- Rodríguez, A. (2009). Una vuelta de tuerca al principio de capacidad económica (Comentario al ATC 71/2008, de 26 de febrero). *Revista Española de Derecho Financiero*, 42, 379-40, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2999607>
- Tesis 1a./J. 132/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, t. 3, Libro III, diciembre de 2011, p. 2077, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/160577>
- Tesis 2a. CVI/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, agosto de 2007, p. 637.
- Tesis 2a./J. 27/2010 (9 a), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, marzo de 2010, p. 1031, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/165045>
- Tesis P./J. 2/98 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VII, enero de 1998, p. 41, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/196934>

- Tesis P./J. 3/98, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VII, enero de 1998, p. 54, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/196933>
- Tesis P./J. 32/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, Libro XV, p. 64, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2002291>
- Tesis PC.I.A. J/129 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, Libro 57, agosto de 2018, p. 1721, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2017491>
- Tesis PC.I.A. J/80 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, Libro 35, p. 1533, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2012816>
- Tesis PC.XXV. J/12 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, Libro 80, noviembre de 2020, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2022353>
- Tesis PR.A.CN. J/32 A (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, 17 de noviembre de 2023, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2027630>
- Tesis XI. 1o. A.T.21.A (10ª.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, marzo de 2014, p. 174, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2005849>
- Tesis XVII.1o.P.A. J/35 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, t. IV, Libro 7, noviembre de 2021, p. 3180, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2023772>
- Tesis: P.44, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. IV, Primera Parte, Julio-diciembre de 1989, p. 143.
- Tesis1a./J. 113/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, Libro 48, p. 130, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2015589>
- Tribunal Constitucional (España), ATC 71/2008 (Caso de la Tasa fiscal sobre el juego), de 26 de febrero.
- Tribunal Constitucional (España), SSTC 182/1997, de 28 de octubre de 1997.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Kreuz contra Polonia, TEDH\2001\398, Sentencia de 19 junio 2001, <https://veronicadelcarpio.files.wordpress.com/2013/02/sentencia-tedh-kreuz1.pdf>

¿Inconvencionalidad de la Constitución mexicana? El caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México



*Unconventionality in the Mexican Constitution?
The Tzompaxtle Tecpile & others vs. Mexico
Case*

Ricardo Alexis Uvalle Aguilera^a

^aORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8318-1078>

Universidad Nacional Autónoma de México

Doctor en Derecho. Socio fundador de RHU Consultoría Estratégica y profesor de derecho constitucional. rauvalle@rhuconsultoria.com

Cómo citar

Uvalle Aguilera, R. A. ¿Inconvencionalidad de la Constitución mexicana? El caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México. *Nomos: Procesalismo Estratégico*, 1(2). <https://doi.org/10.29105/nomos.v1i2.13>

RESUMEN

El 27 de enero de 2023, la Corte Interamericana de Derechos Humanos notificó al Estado mexicano sobre su responsabilidad internacional en el asunto *Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*, por la violación a los derechos humanos a la integridad personal, a la libertad personal, a las garantías judiciales, a la vida privada y a la protección judicial reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE: Inconvencionalidad, Derechos Humanos, Derecho Internacional Convencional, Protección Judicial, Arraigo Local.

ABSTRACT

On January 27, 2023, the Interamerican Court of Human Rights notified the Mexican State of its international responsibility in the matter of *Tzompaxtle Tecpile and others vs. Mexico*, for the violation of the human rights to personal integrity, personal freedom, judicial guarantees, private life and legal protection recognized in the American Convention on Human Rights.

KEYWORDS: Unconventionality, Human Rights, Conventional International Law, Legal Protection, Local Arrest.

INTRODUCCIÓN

El asunto *Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*, derivado de los hechos ocurridos el 12 de enero de 2006, en la carretera que conecta a la Ciudad de Veracruz con Ciudad de México, en donde agentes policiales retuvieron y requisaron sin previa orden judicial y sin lugar a configurar una situación de flagrancia a Jorge Marcial Tzompaxtle Tecpile, Gerardo Tzompaxtle Tecpile y Gustavo Robles López. Aunado a esto, tras la revisión arbitraria e ilegal del vehículo en que viajaban, las víctimas no fueron informadas de las razones de su detención y no actuaron con prontitud en su presentación ante el Ministerio Público,

violando con ello la Constitución mexicana y las disposiciones internacionales en materia de derechos humanos.

En este sentido, la asociación Red Solidaria Década Contra la Impunidad, representantes de Jorge Marcial Tzompaxtle Tecpile, Gerardo Tzompaxtle Tecpile y Gustavo Robles López promovieron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos una solicitud inicial el 22 de febrero de 2007. Por su parte, la Comisión Interamericana aprobó el 27 de octubre de 2015, el Informe de Admisibilidad No. 67/15, en que fue admitida la solicitud y el 7 de diciembre de 2018 aprobó igualmente el Informe de Fondo No. 158/18, en el cual llegó a determinadas conclusiones y formuló recomendaciones para el Estado mexicano.

Dicho informe fue notificado mediante comunicación el 31 de enero de 2019 y tras nueve prórrogas solicitadas por el Estado para dar cumplimiento a las recomendaciones dictadas por la Comisión, las partes suscribieron un Acuerdo de Cumplimiento del Informe de Fondo No. 158/18, obligándose el Estado a tomar acciones concretas para cumplir con las recomendaciones formuladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; no obstante, dicho organismo internacional observó que después de transcurridos más de dos años, el Estado mexicano seguía incumpliendo con algunas de las recomendaciones impuestas, por lo que, la Comisión sometió el conocimiento del asunto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 1 de mayo de 2021.

En la sentencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, destaca la observación que realizan los miembros de dicho órgano colegiado internacional, pues consideran que desde la presentación de la solicitud inicial hasta el sometimiento del caso ante el Tribunal han mediado cerca de 14 años.

Por su parte, el Tribunal Internacional advierte que las figuras jurídicas de arraigo y prisión preventiva oficiosa son inconvenientes en relación con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que prevén su existencia en el artículo 16, objeto de análisis y estudio en el presente artículo.

En el ámbito nacional, el sistema de procuración e impartición de justicia tuvo una trascendente reforma constitucional al cambiar el sistema de justicia mixto que hasta entonces operaba en México a un modelo de justicia acusatorio u oral, reforma que fue plasmada en diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, con esta reforma el legislador elevó a rango constitucional la figura jurídica del arraigo que anteriormente se encontraba contemplada en el Código Federal Procesal Penal de 1999 (abrogado) y en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada de 1996, legislación que le fue aplicada a las víctimas.

Por su parte, la figura jurídica de la prisión preventiva, que en aquel momento fue aplicada a las víctimas, se encontraba regulada en el Código Federal Procesal Penal de 1999 (abrogado). Con posterioridad, en 2011, el legislador añadió dicha medida cautelar a la Constitución General, en carácter de oficiosa, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada establece el catálogo de delitos susceptibles de esta medida cautelar y que, en un criterio reciente del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se trata de una medida de carácter excepcional, la cual deberá ser solicitada por el Ministerio Público quién estará obligado a acreditar al juez competente, la razón por la cual se requiere se imponga dicha medida.

Respecto al ámbito internacional, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito por el Estado mexicano el 24 de marzo de 1981, establece en su artículo 9 que toda persona tiene derecho a la libertad y a las seguridades personales; derechos humanos que preponderantemente fueron vulnerados por el Estado mexicano, a través de las diversas instituciones de investigación e impartición de justicia que intervinieron en este asunto; por un lado, la actuación de la entonces Procuraduría General de la República a través del Ministerio Público; violó el derecho humano en cita, toda vez, que iniciada la averiguación previa PGR/VER/ORI/04/2006, por el delito de cohecho en flagrancia estuvieron incomunicados y sin recibir información sobre las razones de su detención. Resulta fundamental aludir a dicho precepto, toda vez que, el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de la Organización de las Naciones Unidas, en su Opinión No. 20/2007, determinó que la privación de la libertad de las víctimas era arbitraria y contravenía lo dispuesto por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En esta tesitura, dicho instrumento internacional, en su artículo 14 refiere al derecho al debido proceso, el cual, como se observa de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fue vulnerado en cada etapa procesal, desde su presentación ante

el Ministerio Público de la Federación hasta el dictado de la sentencia en que se impuso la pena de prisión de 5 años por el delito de terrorismo contemplado en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y tres meses para el delito de cohecho. El 16 de octubre de 2008, el Segundo Tribunal Unitario en Materia Penal del Séptimo Circuito absolvió a las víctimas del delito de terrorismo y, con respecto al delito de cohecho, éste fue confirmado, no obstante, el órgano colegiado consideró que dicha pena ya estaba compurgada, por lo tanto, ordenó su inmediata liberación; ese mismo día fueron liberados, después de haber transcurrido 2 años, 9 meses y 5 días privados de la libertad.

En este sentido, desde 2007, el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de la Organización de las Naciones Unidas advertía al gobierno mexicano sobre la necesidad de implementar medidas para remediar la situación, acorde a los instrumentos internacionales que, para aquel entonces, el Estado mexicano ya había suscrito.

Ahora, la Corte Interamericana de Derechos Humanos para resolver el asunto que fue turnado para su conocimiento, tras haber pasado 14 años, argumentó violaciones a los derechos humanos a la integridad personal contenido en el artículo 5.1; a la libertad personal contenidos en los artículos 7.1, 7.2, 7.3, 7.4, 7.5 y 7.6; a las garantías judiciales dispuestos en los artículos 8.1, 8.2, 8.2 b), 8.2 d), y 8.2 e); a la vida privada contenido en el 11.2 y a la protección judicial dispuesto en el artículo 25.1, todos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; dichos preceptos, en particular el artículo 7.3 establece que nadie debe ser sometido a detención o encarcelamientos arbitrarios, hipótesis normativa en la que encuadra la figura del arraigo, pues acorde a lo dispuesto por el marco normativo mexicano se trata de una medida cautelar; no obstante, la Corte Interamericana ha considerado que se trata de una medida de carácter punitivo, argumento que ha sido reafirmado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y que, analizando a fondo la esencia de dicha figura, se trata de una medida de carácter punitiva que atenta contra la libertad personal, contraviniendo lo dispuesto por los diferentes tratados internacionales que hasta este momento se han señalado. Según lo expresado por la Corte Interamericana al analizar la figura del arraigo, concluyó lo siguiente:

“Para este Tribunal es claro que las condiciones de incomunicación y aislamiento en las que las víctimas estuvieron privadas de su libertad bajo la figura del

arraigo, y que fueron reconocidas por el Estado, trascienden las circunstancias del caso concreto y se inscriben dentro de una práctica usual en los contextos en donde se aplicaba esta figura... En ese escenario, la persona sometida al arraigo suele encontrarse en una situación de completa vulnerabilidad e indefensión frente a las afectaciones a su integridad física y psicológica. Ello es precisamente lo que se produjo en este caso concreto.”

Respecto del derecho a la integridad personal, el Estado mexicano reconoce su responsabilidad internacional.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de su doctrina jurisprudencial ilustra esta medida cautelar, al señalar que los jueces y ministerios públicos del fuero común carecen de facultades para imponer dicha medida, como lo es la jurisprudencia intitulada:

Arraigo local. La medida emitida por el juez es inconstitucional. (Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tesis: 1a./J. 4/2015, 2015: 1226).

La reforma constitucional a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; 73, fracciones XXI y XXIII; artículo 115, fracción VII y la fracción XIII, del Apartado B, del numeral 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 18 de junio de 2008, fue trascendente para el sistema de procuración e impartición de justicia en materia penal, pues establece un nuevo modelo de justicia penal para pasar del llamado sistema mixto al acusatorio u oral. Además, introduce la figura del arraigo a través de la cual se permite limitar la libertad personal bajo ciertos requisitos que la propia Constitución señala en el artículo 16, párrafo octavo adicionado. En esta reforma se establece la procedencia del arraigo única y exclusivamente para delitos de delincuencia organizada, emitida por la autoridad judicial y a solicitud del Ministerio Público. Hay que subrayar que en la misma reforma se modificó la fracción XXI del artículo 73, en la que se establece como competencia exclusiva de la Federación el legislar en materia de delincuencia organizada, quedando la facultad accesoria del arraigo como

exclusiva de las autoridades federales, y su artículo décimo primero transitorio modifica temporalmente el alcance del arraigo hasta la entrada en vigor del sistema penal acusatorio federal, posibilitando la emisión de órdenes de arraigo en casos distintos a los de delincuencia organizada, en un lugar específico y por un término más limitado, para permitirlo en delitos graves, en el domicilio del indiciado y hasta por un máximo de cuarenta días. Sin embargo, este artículo décimo primero transitorio en ningún momento modifica la competencia federal para emitir una orden de arraigo, ni permite que los ministerios públicos o jueces locales emitan estas órdenes. La racionalidad del transitorio sólo se refiere a la entrada en vigor del sistema acusatorio a nivel federal, modificando las circunstancias materiales, de tiempo, modo y lugar para emitir la orden de arraigo, pero no modifica la competencia federal para hacer competentes a las autoridades locales para emitirla. Por ello, una orden de arraigo emitida por un juez local, solicitada por un ministerio público del fuero común, para el éxito de la investigación de un delito también local, no puede ser considerada constitucional, ya que ni el juez es autoridad competente para emitirla, ni el ministerio público para solicitarla, aun cuando el delito por el que se solicitó fuera considerado grave y en la Federación o en el Estado no haya entrado en vigor el sistema penal acusatorio.

Anterior a este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el asunto *Andrade Salmón vs. Bolivia*, precisó que una persona arraigada no está en aptitud de ejercer sus derechos a un debido proceso, a la libertad personal, a las garantías judiciales y a la protección judicial, aunado a que, diversos peritos han subrayado que esta medida hace susceptible a que la persona sea sometida a tratos inhumanos, crueles y tortura; es por ello que, a través de diversas recomendaciones, la Corte Interamericana ha invitado a los Estados miembros a que armonicen su derecho interno a fin de garantizar y salvaguardar los derechos humanos de las personas. No obstante, el Estado mexicano fue omiso a dichas recomendaciones y el 7 de noviembre de 2022 fue sancionado por dicho organismo internacional por su responsabilidad internacional en el caso *Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*.

Que, al respecto, es oportuno mencionar que el Estado mexicano se encuentra obligado a dar cabal cumplimiento a dicha sentencia, toda vez, que México suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 24 de marzo de 1981 y reconoció su competencia contenciosa el 16 de diciembre de 1998. Por su parte, el artículo 133 de la Constitución General prevé que todas las normas de fuente nacional e internacional serán la Ley Suprema de toda la Unión; en el seno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha debatido acerca de qué lugar ocupa el derecho de fuente internacional, como lo es, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En un primer momento, el criterio de la SCJN fijaba que los instrumentos internacionales se hallaban por debajo de la Constitución General y por encima de las leyes federales, generales y locales; dicho criterio con el paso de los años ha evolucionado y en la actualidad, se ha determinado que en materia de derechos humanos, los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano y la Constitución General adquieren el mismo rango constitucional, a menos que exista limitación expresa en la Constitución, por lo que se estaría conforme a lo preceptuado por la norma fundamental.

Al respecto, el Pleno en Materia Administrativa del Primer Circuito, a través de su tesis jurisprudencial ha afirmado que, en caso de incumplir con las obligaciones contraídas en los tratados internacionales suscritos por México, se estaría frente a una posible responsabilidad internacional, dicho criterio corresponde a la undécima época, titulada:

NORMAS DE DERECHO INTERNO. SU INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEBEN ARMONIZARSE NECESARIAMENTE CON EL DERECHO

INTERNACIONAL CONVENCIONAL. (Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tesis: PC.I.A. J/171 A (10a.), 2021)

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis aislada P. IX/2007, de rubro: “TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.”, estableció el principio de la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno, así como que, mediante la suscripción

de un convenio internacional, el Estado mexicano contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno, pues incluso su incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional. Así, en aplicación de esas directrices, no solamente resulta necesario que el operador jurídico acuda, en principio, a los diversos métodos de interpretación para asignar un contenido específico a las normas jurídicas acorde al derecho interno, sino que además, debe verificar la existencia de un instrumento internacional adoptado por México, exactamente aplicable a la materia de estudio y, luego, habiéndolo, es necesario que armonice la porción normativa interna con lo establecido en ese ordenamiento jurídico internacional, todo ello a fin de darle uniformidad, coherencia y consistencia a un bloque normativo; de tal forma que se respete lo que acordó México con otros Estados, como consecuencia de las obligaciones recíprocas, conforme al marco jurídico establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Siguiendo esta línea de investigación, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de marzo de 1986, define a la tortura como:

Artículo 1

“1. ...Todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia...” (Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 2016).

En este sentido, la definición que se proporciona encuadra con la figura jurídica del arraigo, pues, como se ha mencionado en párrafos anteriores, se trata de un acto que busca obtener información a través del sufrimiento físico o mental de la persona, que se presume, fue quién realizó la conducta delictiva; es así como la figura de arraigo priva de toda garantía de seguridad judicial y de acceso a un debido proceso a la persona.

En aquel 2008, esta medida cautelar elevada a rango constitucional y que se mantiene vigente, resultó eficaz en palabras de servidores públicos que representaban al Ministerio Público, pues México atravesaba por una crisis de seguridad pública, siendo que esta medida permitía al Ministerio Público allegarse de información a través del sufrimiento de quién se encontraba arraigado para posteriormente hacer frente a los grupos delictivos que imperaban en aquel momento; esta afirmación no pretende minimizar que actualmente en México sigue imperando un ambiente de inseguridad, desapariciones, feminicidios y que el ineficiente actuar de las autoridades ha mermado en el pronto hallazgo de dichas personas.

Partiendo de los argumentos vertidos en líneas anteriores, podemos afirmar que el Estado mexicano ha desconocido la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes adoptada por México en 1986, toda vez, que incluir el arraigo como medida cautelar para hacer frente a la delincuencia organizada en la Constitución General en 2008, constituye un acto que pudiese derivar en responsabilidad internacional; pues, atendiendo a los principios generales del derecho “*primero en tiempo, primero en derecho*”, la suscripción del Estado mexicano fue en 1986 y la reforma en que se incorpora al texto constitucional la figura del arraigo fue en 2008, por lo que, podemos concluir en relación con este punto, que México tenía pleno conocimiento de los alcances y obligaciones a que se sujetaba al incorporar a su sistema jurídico dicho tratado internacional y que conforme al criterio sustentado por el Pleno de Circuito, de incumplir con los prescrito en él, se estaría en responsabilidad internacional.

En palabras del Doctor en Derecho, Benjamín Apolinar Valencia, en su artículo titulado *Arraigo penal, una forma constitucional de tortura y violación a derechos humanos*, señala:

“...pese a los diferentes reclamos de Organismos Internacionales de derechos humanos, que junto con la ONU coinciden en que el Estado mexicano retire

el arraigo de la Constitución Mexicana, puesto que es una flagrante forma de tortura y una herramienta para inculpar a las personas arraigadas, el Estado mexicano se opone rotundamente argumentando que es necesario por la violencia generalizada que vive el país, sin aceptar que es justificable por la falta de preparación de las policías investigadoras, las cuales no hacen una verdadera investigación profesional y así realizar o pedir órdenes de aprehensión conforme a la legalidad que establece el debido proceso.” (Apolinar Valencia, 2017: 88-89).

Aún y cuando el Estado mexicano ha reconocido su responsabilidad internacional en el asunto que nos ocupa, la actuación de los distintos poderes de la Unión ha sido deficiente, por el contrario, el pasado viernes 3 de febrero de 2023, el titular de la Secretaría de Gobernación del Gobierno Federal, Lic. Adán Augusto López Hernández calificó la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como un “*despropósito*”, señalando que se trata de una falta de respeto al Estado mexicano el imponerse por encima de la Constitución. Dicha afirmación resulta contradictoria a los principios que ha reconocido la propia Constitución General, al precisar que el derecho de fuente internacional también es derecho de fuente nacional y que dichos instrumentos internacionales suscritos por México deben estar armonizados con el marco jurídico mexicano, en esta tesitura, resulta absurda la opinión expresada por el titular de la Secretaría de Gobernación.

Aunado a ello, en dicha conferencia de medios, buscó minimizar el tema medular del presente artículo, al sugerir que se trataba de hechos ocurridos en 2006 y la “*celeridad*” con la que resolvió la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en Costa Rica. Lo es también, el hecho de que señalé que ningún tribunal, por internacional que sea, está por encima de la Constitución, argumentos que resultan infundados, pues, como ya lo he manifestado anteriormente, es la propia Constitución quien reconoce la competencia contenciosa de los tribunales internacionales, por lo que, más allá de lo que pueda manifestar un servidor público titular de una dependencia como lo es la Secretaría de Gobernación, el texto constitucional debe prevalecer y en ese sentido, está obligado el Estado mexicano a cumplir con la sentencia dictada por el Tribunal Internacional.

Recientemente, integrantes del Grupo Parlamentario de MORENA en la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, presentaron una iniciativa para derogar del texto constitucional la figura del arraigo por considerarla violatoria de derechos humanos, con esto, buscan a través del Poder Legislativo Federal dar cumplimiento a la sentencia del caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por su parte, la vicecoordinadora del Grupo Parlamentario, Diputada Aleida Alavez precisó que esta figura ha sido sumamente cuestionada por considerarse como una medida privativa de la libertad anticipada, siendo que también señaló que se trató de una medida fallida en los gobiernos de los expresidentes Vicente Fox Quesada (2000-2006), Felipe Calderón Hinojosa (2006-2012) y por el Secretario de Seguridad de éste último, Genaro García Luna. Por un lado, se reconoce la intención del grupo mayoritario en el Congreso de la Unión de derogar dicha figura por resultar inconvencional, no menos lo es, el hecho de que las y los diputados buscan politizar las circunstancias, pues, conforme a lo manifestado por la Diputada Aleida Alavez, esta iniciativa está orientada a dar cumplimiento a la sentencia dictada por la CIDH; no obstante, hace referencia a gobiernos, que en su momento, aplicaron dicha medida cautelar para hacer frente a la delincuencia organizada que imperaba e impera en México. En así que, observamos que más allá de dignificar a Jorge Marcial Tzompaxtle Tecpile, Gerardo Tzompaxtle Tecpile y Gustavo Robles López (acaecido) persiguen intereses políticos.

En conclusión, el arraigo como medida cautelar, elevada a rango constitucional en 2008 bajo el argumento de brindar mayores herramientas al Ministerio Público de la Federación para hacer frente a la delincuencia organizada resulta inconvencional, tal y como lo sustentado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia que hoy nos ocupa, diversos organismos internacionales, al igual que tratados internacionales y que, recientemente, distintos poderes de la Unión reconocen que dicha medida resulta violatoria de derechos humanos; pues se trata de una medida impuesta a partir de lo que considera el Ministerio Público, pues no existe una investigación previa y todo es basado conforme a hipótesis planteadas por la autoridad ministerial. Urge que el Congreso de la Unión avance en el análisis y discusión de la iniciativa de ley para que dicha figura jurídica inconvencional quedé solo en el recuerdo.

Otra de las figuras jurídicas que merecen estudio y análisis es la prisión preventiva oficiosa, por su parte, el artículo 19 de la Constitución General fue reformado en los años de 2011 y 2019 para añadir al texto constitucional dicha medida cautelar, y en su redacción actual, quedó como se muestra a continuación:

“Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

El Ministerio Público sólo 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 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 abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 19, párrafo reformado DOF, 12-04-2019).

Los hechos en donde aprehendieron a Jorge Marcial Tzompaxtle Tecpile, Gerardo Tzompaxtle Tecpile y Gustavo Robles López ocurrieron inclusive antes de esta reforma, por ende la actuación de los agentes policiales fue inconstitucional ya que el artículo 16 Constitucional establece que: *“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión,”*

“La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será

escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose, en el acto de concluirla, un acta circunstanciada en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 16, 2017).

Los agentes detuvieron a las víctimas en la carretera México-Veracruz y les encontraron elementos que se consideraron incriminantes. Durante dos días fueron interrogados y mantenidos incomunicados. Con posterioridad fue decretada una medida de arraigo que implicó que fueran trasladadas a una casa de arraigo de la Procuraduría, en la Ciudad de México, lugar donde fueron confinados por más de tres meses lo cual este hecho vulnera el citado artículo 16 ya que establece que: *“Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.”*

Fue hasta el 22 de abril de 2006, cuando fue emitido el *“auto de formal prisión”*, luego de que el Ministerio Público Federal ejerciera acción penal en contra de las víctimas por el delito establecido en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada en la modalidad de terrorismo. Mediante ese auto, fue decretada la apertura del proceso penal por el juez de la causa y las víctimas fueron mantenidas en prisión preventiva por un período de 2 años y medio aproximadamente.

Los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos:

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional

o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

La Corte advierte en primer término, que el Estado reconoció su responsabilidad internacional por la violación a esos derechos en el marco de esas resoluciones.

Como la figura de la prisión preventiva contemplada en el Artículo 161 del Código Federal Procesal Penal de 1999, el cual contempla que:

“Dentro de las setenta y dos horas siguientes al momento en que el inculcado quede a disposición del juez, se dictará el auto de formal prisión cuando de lo actuado aparezcan acreditados los siguientes requisitos:

- I. Que se haya tomado declaración preparatoria del inculcado, en la forma y con los requisitos que establece el capítulo anterior, o bien que conste en el expediente que aquél se rehusó a declarar;
- II. Que esté comprobado el cuerpo del delito que tenga señalado sanción privativa de libertad;
- III. Que en relación a la fracción anterior esté demostrada la probable responsabilidad del inculcado,
- IV. Que no esté plenamente comprobada a favor del inculcado alguna circunstancia eximente de responsabilidad, o que extinga la acción penal.”

El cual resultaba contrario a la Convención Americana vulnerando el artículo 2 de dicho instrumento internacional, ya que hay disposiciones de derecho interno que, son contrarias a la Convención, en específico se vulneran los derechos a la libertad personal y presunción de inocencia establecidas en los artículos 7 y 8.2 respectivamente, del mismo instrumento.

El análisis por parte de la Corte Interamericana se sumó el artículo 19 de la Constitución Federal y el artículo 3 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, establece que el delito de delincuencia organizada, así como los señalados en los artículos 2º., 2º. Bis y 2º. Ter de esta Ley, ameritarán prisión preventiva oficiosa. A lo que concluyen que: *“a) no se hace referencia a las finalidades de la prisión preventiva, ni a los peligros procesales que buscaría precaver para los casos de prisión preventiva oficiosa por delincuencia organizada; b) tampoco se propone ponderar a través de un análisis la necesidad de la medida frente a otras medidas menos lesivas para los derechos de la persona procesada como lo serían las medidas alternativas a la privación a la libertad; y c) se establece preceptivamente la aplicación de la prisión preventiva para los delitos que revisten cierta gravedad una vez establecidos los presupuestos materiales sin que se lleve a cabo un análisis de la necesidad de la cautela frente a las circunstancias particulares del caso.”*

Precisamente, esta figura jurídica ha sido sumamente cuestionada por violar el principio de presunción de inocencia que se encuentra igualmente reconocido en la Constitución, pues constituye una medida de prejuzgamiento, que, en palabras del Ministerio Público, representa una herramienta para llevar a cabo con éxito una investigación; no obstante, en lo que se define la situación jurídica del presunto culpable, se encuentra privado de su libertad e incomunicado. Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, recientemente discutió la esencia de esta medida y su inconventionalidad al estar plasmada en el texto constitucional. El proyecto fue presentado por el Ministro Luis María Aguilar, quien argumentó que dicha medida era violatoria del principio de presunción de inocencia, que acorde a la legislación vigente, es un principio rector del sistema de justicia penal acusatorio.

En este sentido, al momento de la discusión las y los ministros que integran el Tribunal Pleno, manifestaron su punto de vista, algunos más apegados a la realidad social que viven las personas que se encuentran sujetas a prisión preventiva oficiosa y las afectaciones

emocionales para sus familiares, por otro lado, hubo aquellos ministros que observaron la figura jurídica como una medida de reparación para la víctima y en su caso, para hacer frente a las problemáticas de seguridad pública.

El debate planteó distintas aristas de argumentación en relación sobre la posición que tiene la redacción del artículo 19 constitucional en lo relativo a la prisión preventiva oficiosa con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, llegando incluso a determinarse en algún sentido que la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene la facultad de determinar que alguna parte del texto constitucional es inconvencional, de conformidad con los artículos 1 y 135 de la Constitución.

Al respecto es importante señalar y precisar que las facultades constitucionales de la SCJN tienen que ver con mantener un parámetro de regularidad constitucional a la luz de los medios de control constitucional que la propia Constitución establece. En este sentido, es importante destacar que si bien tiene facultades para determinar que las disposiciones secundarias pueden resultar inconstitucionales, no las tiene para calificar de inconstitucional (inconvencional) el texto constitucional. Esto es así porque esta atribución la colocaría en un plano de interpretación mayor de lo que sus facultades constitucionales le permiten y pondría en riesgo el orden constitucional y con ello la vigencia del Estado de Derecho.

CONCLUSIONES

La prisión preventiva oficiosa constituye una medida violatoria del derecho internacional de los derechos humanos por prejuzgar sobre la calidad jurídica del imputado en términos de su responsabilidad penal. Ello es así toda vez que el bien jurídico tutelado, la libertad, está comprometida una vez que se ingresa a un centro de detención pues con ello se ve limitado el ejercicio de la misma durante el trámite del proceso penal en el que se determinará si es culpable o no por la comisión de un hecho delictivo.

En este sentido, el Estado mexicano ha sido condenado no sólo a replantear los términos bajo los cuales es conducente la aplicación de la prisión preventiva oficiosa, sino, además, de determinar a ésta como la última razón del derecho penal toda vez que implica una afectación muy importante al derecho humano de la libertad de las personas. La forma en la

que se aplica en nuestro país es contraria a estos principios toda vez que lejos de constituir una medida de apremio a efecto de evitar la posible sustracción de la persona imputada de la acción de la justicia se ha tergiversado como una forma de controlar a la población en términos penitenciarios sin que exista certeza sobre su responsabilidad penal o no.

La presión internacional llegó al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a partir de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales que a grandes rasgos plantean la posibilidad de que en algunos Estados como Sudáfrica o Turquía los supremos tribunales constitucionales determinen que una parte de la constitución puede llegar a ser inconstitucional. Al respecto surgieron planteamientos sobre la necesidad de que la Corte sentara un precedente de cara a la inminente sentencia condenatoria que a la postre dictaría la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*.

Las posibilidades decisión de la Corte se acotaron a dos opciones: por una parte determinar que la porción normativa relativa a la prisión preventiva oficiosa resultaba inconvencional y por lo tanto inconstitucional; y por otra parte, únicamente analizar la Litis de la acción de inconstitucionalidad a la luz de la legislación secundaria, relativa al Código Nacional de Procedimientos Penales para determinar, en qué casos, bajo qué parámetros y en cuáles delitos se podía o no utilizar esta medida cautelar para evitar la posible sustracción del imputado.

La decisión de la Corte se orientó en el sentido de no declarar inconstitucional una parte de la Constitución, siguiendo el principio funcional de la misma, de acuerdo con el cual, al ser un documento interrelacionado debe ser interpretado como un todo y no de manera aislada, lo cual permitió pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de ciertas porciones normativas de la legislación secundaria y no sobre la inconvencionalidad de la Constitución.

Esta postura, que puede tildarse de ser un constitucionalismo rígido, resulta un precedente importante al menos por las siguientes consideraciones:

1. La Corte pudo haber establecido un precedente de que por primera vez en la historia constitucional un poder constituido determinara que la Constitución es inconstitucional, facultad que en términos del artículo 135 constitucional únicamente le corresponde al poder reformador de la Constitución, que es un poder que se

antepone a todos los demás poderes constituidos.

2. De haberse concretado este precedente, no habría razones constitucionales de interpretación que resultaran suficientes para que, en futuros casos, algún otro poder constituido como el legislativo o el ejecutivo decidieran no aplicar ni obedecer un mandato constitucional alegando su inconstitucionalidad, situación que derivaría en un desconocimiento del orden constitucional y una alteración muy peligrosa para el parámetro de regularidad de la constitución.
3. La decisión de la Corte, si bien no forma parte de la doctrina del constitucionalismo transformador, fue tomada con base en el contexto en el cual sus decisiones como garante del orden constitucional son la de la mayor relevancia por constituirse como el último muro de contención a una violación sistemática de la Constitución por parte de las funciones legislativa y ejecutiva.
4. La Corte contuvo el ánimo y la crítica de gran parte del sector académico ante una institución que, si bien por sí sola es violatoria de derechos humanos, en los términos en que es aplicada y utilizada con alta carga y orientación política, no deber ser inaplicada por ningún poder constituido, sino más bien, modificada en términos de lo que al respecto establece la propia constitución para reformas legales y procesos de reforma constitucional.
5. En términos de reforma constitucional, de parámetros de regularidad constitucional y de mecanismos de control constitucional, es importante destacar que la aspiración de todo orden democrático debe ser el control del poder. El poder legislativo controla al ejecutivo, el ejecutivo a éste y el judicial a ellos mediante los mecanismos que la propia constitución establece. Sin embargo, ninguno de estos poderes está por encima del poder constituyente permanente ni del poder reformador de la Constitución, al ser este una construcción ex ante del orden constitucional cuyo mecanismo de activación tiene una razón de ser y una explicación causal a la luz de las posibilidades de cambio y reforma constitucional que deben ser satisfechas a efecto de que, al menos en la teoría del deber ser, la norma constitucional coincida con la normalidad constitucional.

TRABAJOS CITADOS:

Apolinar Valencia, B. (2017). “Derecho y buen gobierno”; en González Ibarra, J.; Tapia Vega, R.; Apolinar Valencia, B. (coord.), *Arraigo penal, una forma constitucional de tortura y violación a derechos humanos*, México, H. Cámara de Diputados LXIII legislatura del Congreso de la Unión, pp. 88-89.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (2023), v en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>

Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (2016). Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/DocTR/2016/JUR/A70/01/JUR-20170331-II21.pdf>

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. (Junio de 2021). Libro 2, Tomo IV, página 4441.

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. (Febrero de 2015). Libro 15, Tomo II, página 1226.

NOMOS

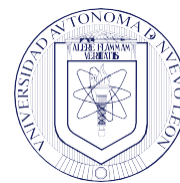
PROCESALISMO ESTRATÉGICO

Vol. 01, Núm. 02, Julio-Diciembre 2024

ISSN: En trámite

Nomos: Procesalismo Estratégico Vol. 1 Núm. 2, Julio-Diciembre 2024, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. revistanomos.uanl.mx, nomos@uanl.mx. Editor responsable: Dr. Luis Gerardo Rodríguez Lozano, de la Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. En trámite e ISSN En trámite, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina, Facultad de Derecho y Criminología Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. Fecha de la última modificación: 11 de junio de 2024.

revistanomos.uanl.mx
nomos@uanl.mx



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN