



Universidad Autónoma de Querétaro
Facultad de Derecho
Doctorado en Ciencias Jurídicas

Opción de titulación
Tesis

Que como parte de los requisitos para obtener el Grado de Doctor en
Ciencias Jurídicas

Presenta:
Jesús García Hernández

Dirigido por: Dra. Alina del Carmen Nettel Barrera

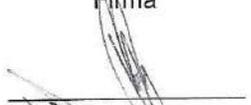
Dra. Alina del Carmen Nettel Barrera
Presidente


Firma

Dr. Luis Gerardo Rodríguez Lozano
Secretario


Firma

Dr. Raúl Ruíz Canizales
Vocal


Firma

Dr. José Fernando Vázquez Avedillo
Suplente


Firma

Dra. Gabriela Aguado Romero
Suplente


Firma


Mtro. Ricardo Ugalde Ramírez
Director de la Facultad


Dra. Ma. Guadalupe Flavia Loarca Piña
Directora de Investigación y Posgrado

Centro Universitario
Querétaro, Qro.
MARZO DE 2019

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUERÉTARO

FACULTAD DE DERECHO

DOCTORADO EN

CIENCIAS JURÍDICAS

TESIS

“ESTADO DE DERECHO Y DEBIDO PROCESO”

QUE COMO PARTE DE LOS REQUISITOS PARA OBTENER EL GRADO DE

DOCTOR

PRESENTA

JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ

DIRIGIDO POR

DRA. ALINA DEL CARMEN NETTEL BARRERA

CENTRO UNIVERSITARIO

QUERÉTARO, QRO.

ABRIL DE 2019

RESUMEN

En México durante los últimos años, la figura del debido proceso ha sido objeto de análisis principalmente desde una perspectiva positivista del derecho lo cual ha generado posiciones encontradas que han puesto en duda su eficacia y el sentido de justicia al que aspiramos como sociedad. El presente trabajo aborda la figura del debido proceso pero también la del control del poder. Se analizan elementos clave que dan origen a cada uno de ellos, como el Estado de derecho, la arbitrariedad, el proceso y sus vicios, lo que nos permite determinar si en efecto, el debido proceso es el medio idóneo que controla el poder y evita la arbitrariedad. Del mismo modo, se revisa la composición de cada una de estas ideas a fin de lograr una mejor comprensión de las mismas.

PALABRAS CLAVE: Estado de derecho, poder público, control del poder, arbitrariedad, debido proceso.

SUMMARY

In Mexico during the last years, the figure of due process has been the subject of analysis primarily from a positivist perspective of law which has faced opposition that has put in doubt its effectiveness and the sense of justice to which we aspire as a society. The present work is concerned by the figure of due process but also by the control of power. It analyzes the key elements that give origin to each of them, as state of law, arbitrariness, the process and its vices, that allow us to determinate if, in practice, due process is the ideal medium that allows power to be controlled and avoid arbitrariness. In the same way, the composition of each of these ideas is reviewed in order to achieve a better understanding of each of them.

KEY WORDS: State of law, Public authority, Control of power, Arbitrariness, Due process of law.

DEDICATORIA

A Dios y a mi familia.

Dirección General de Bibliotecas UAQ

AGRADECIMIENTOS

Al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), a la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro, a la Dra. Alina del Carmen Nettel Barrera, al Dr. Luis Gerardo Rodríguez Lozano, a todos y cada uno de mis profesores, a mis compañeros de aula, así como a todos y cada uno de los que me apoyaron y confiaron en mí.

Dirección General de Bibliotecas UAQ

CONTENIDO

RESUMEN	3
SUMMARY	4
DEDICATORIA	5
AGRADECIMIENTOS	6
CONTENIDO.....	7
INTRODUCCIÓN.....	10
CAPITULO PRIMERO:.....	13
1. Inglaterra, Common Law y Due Process of Law.....	13
1.1 Pensamiento Político y Derecho en la Inglaterra Medieval.....	13
1.2 La conquista de Inglaterra y la nueva forma de ver la justicia.....	17
1.3 Juan Sin Tierra y la Carta Magna.....	22
2. El debido proceso y su presencia en los documentos Constitucionales Mexicanos.	26
2.1 Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana de 1814.....	26
2.2 Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824.....	27
2.3 Bases y Leyes Constitucionales de la República Mexicana, 1836.	29
2.4 Bases Orgánicas de la República Mexicana, 1843	31
2.5 Acta Constitutiva y de reformas de 1847.....	32
2.6 Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 1857.....	33
2.7 Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, 1865	36
2.8 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917. (Versión original)..	37
2.9 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917 (versión vigente al 27/08/2018)	43
3. Panorama de la evolución en la distinción entre principios y reglas.....	45
3.1 Consideraciones preliminares.....	45
3.2 Positivismo jurídico, Filosofía y Jurisprudencia Analítica de H. L. A. Hart.	46
3.3 Entre derecho y moral. Una crítica al positivismo.	56
3.4 “No” positivismo, Neoconstitucionalismo y Ponderación.	62
3.5 Humberto Ávila y su teoría de los principios.	66
CAPITULO SEGUNDO:.....	84
1. La evolución del derecho en relación al control del poder.....	84
1.1 Estado de derecho y Poder público	84

1.2 Justicia y Derecho.....	93
2. Los fines del derecho para la construcción de la vida en sociedad.	99
2.1 Los fines del derecho en la construcción del debido proceso.	99
2.2 Las teorías clásicas de justicia, bien común y seguridad jurídica.....	100
2.3 Otras Teorías.....	106
2.4 El fin de los fines.....	113
3. El estado de derecho en el marco de los derechos humanos.	115
3.1 Origen y evolución de los derechos humanos.	115
3.2 Los derechos humanos en el contexto del Estado moderno.....	129
4. Justicia y derecho, posicionamiento epistemológico y discurso normativo.....	134
4.1 La justicia como objeto de conocimiento y su proyección en el ordenamiento jurídico.	134
4.2 La justicia como fin y estándar de actuación.....	142
CAPITULO TERCERO:	147
1. Contenido del debido proceso.....	147
1.1 Construcción en instrumentos internacionales.....	147
1.2 Debido proceso en el derecho mexicano.....	170
1.3 Dimensión sustancial y adjetiva del debido proceso.....	172
2. Proyecciones del debido proceso y naturaleza jurídica.....	176
2.1 Derecho de Audiencia.....	176
2.2 Jueces imparciales y normas preestablecidas.....	178
2.3 Presunción de inocencia.....	180
2.4 Derecho de asistencia gratuita por traductor o intérprete.....	182
2.5 Derecho a la notificación de la acusación formulada y ofrecimiento de pruebas.....	186
2.6 Derecho de defensa por sí, por parte de defensor de su elección o por un defensor proporcionado por el Estado.....	190
2.7 Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo.....	192
2.8 Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.....	196
2.9 El principio non bis in ídem.....	197
2.10 El carácter público del proceso penal.....	200
CAPITULO CUARTO:	202
1. Interdicción de la arbitrariedad y principio de legalidad.....	202

1.1 Arbitrariedad y vicios en el ejercicio del poder público.....	202
1.2 El cumplimiento de la ley.....	208
2. Seguridad jurídica en el estado de derecho.....	211
2.1 Aproximaciones históricas y teóricas de la seguridad jurídica.	211
2.2 Condiciones de la seguridad jurídica para un mejor derecho.	215
2.3 La seguridad jurídica en el marco del estado constitucional mexicano.	217
Las detenciones arbitrarias son frecuentes en nuestro país y comúnmente se encuentran enmarcadas en violaciones a los derechos humanos. Estas acciones son realizadas por las autoridades de manera ilegal y generalmente están manchadas por discriminación afectando a hombres jóvenes que viven en pobreza u otras situaciones de marginación.....	
229	
3. Actuación debida de las autoridades y la impunidad.	237
3.1 El control del abuso del poder y estándares de actuación de la autoridad.....	237
3.2 Negligencia y corrupción como mecanismo de impunidad.....	244
CONCLUSIONES.....	249
BIBLIOGRAFÍA.....	254

INTRODUCCIÓN

El siglo XX estuvo marcado, entre otras cosas, por el ascenso al poder pero también al fracaso de regímenes como el fascismo y el comunismo. Las formas de gobierno autoritarias, en donde existieron todo tipo de violaciones a los derechos más elementales de los seres humanos, dio lugar a repensar la forma de actuación y el control del ejercicio del poder público, por ejemplo, a través de la institución del debido proceso, a fin de evitar, confesiones mediante el uso de la tortura, juzgamiento a manos de jueces no imparciales, omisión al derecho de audiencia, etc. Garantizar que el proceso sea ajustado a la ley, permite que el Estado deje de intervenir de manera arbitraria en el mismo y lo obliga a asegurar determinadas condiciones para que éste se pueda llevar a cabo en el marco de un estado de derecho. Se trata, en definitiva, de una articulación de reglas, principios y derechos, de distinta índole, que tienen por finalidad sujetar el abuso del poder tanto en el ámbito jurisdiccional como en el administrativo.

En otras palabras, el debido proceso implica la ejecución de los aspectos técnicos del derecho, que sujetan a la legalidad la actuación de autoridades y jueces que, en su ausencia, pueden vulnerar la seguridad jurídica en el marco de su propia actuación en torno a los principios de justicia a los que aspira la sociedad. Se trata del control del poder por sí mismo, es decir, el estado autoimponiéndose límites a través de la ley y de los tribunales. Sin embargo, esta construcción legal se ha extralimitado hasta el punto de vedar la acción jurisdiccional para la protección de la seguridad jurídica de la sociedad.

Derivado de ciertos casos relevantes en nuestro país, la figura del debido proceso ha sido objeto de señalamientos por parte de algunos actores jurídicos y sociales, quienes ven en él, la posibilidad de construir un ámbito de impunidad, situación que contrasta con la idea de justicia que debería estar implícita en la institución del debido proceso.

El problema de investigación, del que parte este trabajo, es la identificación de la sistemática vulneración del estado de derecho a partir de una visión utilitarista del debido proceso, desprovista de la finalidad original del control del poder para trasladar sus fines a la primacía de la impunidad en el marco de un formalismo que privilegia la construcción mecanicista de la norma para favorecer intereses particulares. Es decir, la protección de la persona contra los abusos del poder frente al debilitamiento del estado de derecho por la propia acción de la norma que traslada el autoritarismo hacia el particular.

En este sentido, los objetivos planteados en la investigación, son: a) Determinar cuál es la naturaleza jurídica del debido proceso en el marco de la teoría de los principios jurídicos; b) Analizar los fines que persigue el derecho en la procuración de justicia; c) Establecer cuáles son los elementos o proyecciones del debido proceso en el derecho mexicano y cuál es su posición en relación con otros sistemas jurídicos; d) En qué medida el principio de legalidad condiciona al principio de seguridad jurídica para proteger a la sociedad contra espacios de impunidad.

La construcción y defensa del derecho al debido proceso no implica la violación de otros derechos, entre ellos, el derecho de un real acceso a la justicia. Es necesario que existan medios a través de los cuales se garantice a las personas el acceso a un debido proceso legal, pero también es necesario que existan mecanismos que impidan la impunidad frente a su vulneración. A través de este trabajo de investigación, se pretende establecer si la figura del debido proceso, tal y como se nos presenta en la actualidad, sigue siendo vigente y actual o si la misma requiere una revisión bajo los parámetros de justicia a los que aspiramos como sociedad.

La hipótesis que se sostiene en este trabajo de investigación es que el derecho al debido proceso es una expresión del estado de derecho para la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que, sin embargo, puede verse vulnerada por una comprensión dogmática del principio de legalidad que impide su cohesión con el principio de seguridad jurídica. El debido proceso debe articularse en función no sólo del individuo como destinatario del ejercicio del poder público sino también de la sociedad como destinataria de la seguridad jurídica propia de un estado de derecho que impone límites a impunidad.

Los aspectos metodológicos de la tesis, describen el desarrollo de la misma a partir de una postura epistemológica alternativa en donde se aborda el problema de investigación con un enfoque cualitativo a través de dos métodos, por una parte, el sistémico, al analizar las distintas variables de investigación y explicar las relaciones que guardan entre éstas y, por otra, se utiliza el método del derecho comparado para estudiar la evolución del debido proceso como institución jurídica en el marco de los principios de legalidad y seguridad jurídica de sistemas normativos que representan un punto de referencia en los estándares de actuación pública para la protección del estado de derecho.

Las técnicas de investigación aplicadas en el desarrollo de la investigación son principalmente documentales en tres vertientes, doctrina, legislación y jurisprudencia. Al ser un tema inagotado, la revisión doctrinal ha estado encaminada a realizar un análisis exhaustivo de los autores de referencia tanto en el plano nacional como internacional, si bien es cierto no todos aparecen al

pie de página, todos ellos aparecerán en el apartado bibliográfico. Por su parte, la legislación juega un papel de suma importancia, el debido proceso tiene su base en los ordenamientos jurídicos fundamentales y procedimentales y su revisión es materia obligada, respecto al derecho mexicano, se ha realizado el análisis constitucional correspondiente, mientras que en el plano internacional, la convención americana de derechos humanos reviste primordial relevancia. Por otro lado, también se ha prestado atención a la aplicación de las normas por parte de los tribunales a través de la jurisprudencia, lo anterior, debido a la importancia que reviste la argumentación dada por los jueces, pero también porque es fundamental conocer el impacto de las resoluciones mismas.

En las páginas siguientes, se realiza un recorrido histórico y conceptual, que abarca los orígenes del debido proceso en la Inglaterra medieval con su incorporación en la "*Magna Carta Libertatum*", texto sancionado el 15 de junio de 1215 por el Rey Juan I de Inglaterra, hasta su arribo al derecho mexicano. Se analizan las posiciones más relevantes en el debate sobre principios y reglas, encabezados por H. L. A. Hart, Ronald Dworkin, Robert Alexy y Humberto Ávila, con la finalidad de establecer el trato que debe darse al debido proceso. Del mismo modo, se revisan las distintas teorías que sobre los fines del derecho, han existido y existen en la actualidad. Abordamos la evolución histórica de los derechos humanos y la teoría de la justicia, para concluir con una revisión conceptual entre el principio de legalidad y seguridad jurídica así como las implicaciones de la discusión en torno al debido proceso sobre los niveles de impunidad en el país.

CAPITULO PRIMERO:

Antecedentes históricos y desarrollo teórico entre principios y reglas para el análisis del debido proceso.

1. Inglaterra, *Common Law* y *Due Process of Law*.

1.1 Pensamiento Político y Derecho en la Inglaterra Medieval

Muchos conceptos legales y su interacción entre los mismos tienen su origen en la Biblia. El poder otorgado por Jesús a su discípulo Pedro fue contundente. En Mateo 16:18-19 se especifica: “Y yo a mi vez te digo que tú eres Pedro, y sobre esta piedra edificaré mi iglesia, y las puertas del Hades no prevalecerán contra ella...a ti te daré las llaves del Reino de los Cielos; y lo que ates en la tierra quedará atado en los cielos, y lo que desates en la tierra quedara desatado en los cielos”¹ de esta forma, el poder de Pedro ha sido heredado a la figura del Papa, quién es visto como la máxima autoridad dentro de los feligreses católicos.

El Papa medieval, tuvo el poder absoluto de decir y dar la ley y nadie dentro de su comunidad debía o podía cuestionarlo. Bajo este paradigma, todos los actos de los Reyes sujetos al catolicismo, eran sujetos a la aprobación del Papa y sus decretos, la “razón” de Dios y las leyes Cristianas, como el derecho canónico. En este sentido, cobra relevancia lo establecido en Romanos 13:4 “Sométase toda persona a las autoridades superiores; porque no hay autoridad sino de parte de Dios, y las que hay, por Dios han sido establecidas...porque es servidor de Dios para tu bien. Pero si haces lo malo, teme; porque no en vano lleva la espada, pues es servidor de Dios, vengador para castigar al que hace lo malo”² en su versión inglesa, este versículo establece literalmente “*For the one in authority is God’s servant for your good. But if you do wrong, be afraid, for rulers do not bear the sword for no reason...*”³ es decir, la palabra “razón” sigue estableciéndose como significativa, esta “razón”, puede ser utilizada como

¹ <https://www.bibliacatolica.com.br/la-biblia-de-jerusalen/mateo/16/>

² <https://www.biblegateway.com/passage/?search=Romanos+13&version=RVR1960>

³ <https://biblia.com/bible/niv/Rom%2013>

sinónimo de equidad divina y pareciera ser, el plan divino de Dios para los Reyes. Esta “razón” debe ser un equilibrio entre el Rey y la ley Natural. Bajo este principio Petrino de “atar y desatar”, el Papa fue capaz de absolver a súbditos de la lealtad de reyes malvados, quienes luego eran excomulgados y depuestos.

En esta misma época medieval, los Reyes se consideraban a sí mismos “Vicarios de Dios”. El pensamiento político medieval identificaba dos teorías de soberanía, la temporal y la espiritual. El papa como portador de ésta última y al menos en teoría, alejado de los asuntos temporales.

El Rey o Emperador, una vez coronado y ungido, era Rey o Emperador por “*gratia Dei*” (por Gracia de Dios) bajo juramento de la justicia de Dios. Como consecuencia de este juramento, el Rey era el origen, el principio, la causa de la justicia y el responsable del bienestar del reino. La justicia de Dios era administrada a través del Rey como su delegado.

El jurista medieval Henry de Bracton observó en su tratado, *Sobre las leyes y costumbres de Inglaterra*, que nadie está por encima de la ley. La ley, explicó, hace al rey y, por lo tanto, el rey debe estar sujeto a la ley. "El rey no debe estar bajo ningún hombre, sino bajo Dios y la ley"⁴. Sin embargo, la realidad era que el Rey estaba por encima de los procesos legales y su aplicación, solo se sujetaba a su propia conciencia. El Rey no tiene “igual”, mucho menos un superior en la impartición de la justicia. Las personas no pueden cuestionar los actos del rey y si hay dudas en las previsiones de alguna “carta” debe buscarse el consejo del Rey.

En este mismo sentido, el Rey se encuentra bajo la ley natural, pero sobre la ley positiva. La ley natural, debe ser entendida como la “razón” de Dios que anima e impulsa a actuar a los hombres.

⁴ <https://www.loc.gov/exhibits/magna-carta-muse-and-mentor/executive-power.html>

La ley positiva, utilizada por las naciones, termina recayendo en la ley natural, porque la ley natural opera en todos los rubros, por ejemplo, la libertad la recibimos justamente de la ley natural y estos derechos son inmutables.

Esta “unión” entre Rey, Papa y Dios se daba en el juramento de coronación. Este acto era de suma importancia en la sociedad medieval, coronaciones, Cartas, contratos, pruebas judiciales etc., eran formalizadas mediante el acto de juramentar. El poder de este juramento residía en la creencia de la justicia divina y la vida después de la muerte. El juramento era una advertencia de castigo divino a quién osara romperlo.

El Rey llevaba a cabo su juramento, en la ceremonia de coronación, la cual incluía la promesa de procurar justicia, proteger a la iglesia, así como las leyes y costumbres “buenas”; del mismo modo se comprometía a erradicar las leyes y costumbres consideradas “malas”. Si el rey gobernaba “con la gracia de Dios”, el Papa guardaba consideraciones especiales para el mismo, pero de no hacerlo, tenía la justificación ideal para excomulgarlo o deponerlo.

En muchas ocasiones, el acto de coronación iba acompañado de una “Carta de libertades” que no eran otra cosa, que estatutos reales juramentados por escrito, en donde se establecían privilegios e inmunidades para la sociedad, que además incluían la garantía del juicio divino en caso de no cumplirla.

En esta época medieval, floreció el feudalismo, el cual era una relación entre el hombre, el señor feudal y la tierra. Esta figura ayudó demasiado al Rey en su deber de proteger la paz, ya que, en esos tiempos, había muy poco gobierno nacional que permitiera la atención de asuntos privados, de tal suerte que los hombres no podían contar con su gobierno para su protección.

La etapa anglosajona estuvo marcada por la violencia y el feudalismo auxiliaba al gobierno en su necesidad de justicia. Los señores feudales, mantenían control y dominación sobre sus vasallos, por tal motivo, las disputas en el feudo, eran dirimidas entre los mismos integrantes del feudo, con el señor feudal a la cabeza, estableciendo una figura de justicia privada, donde el “lord”

proveía seguridad y protección a “su gente”, esta protección incluía comida, ropa y en muchas ocasiones porciones de tierra. En estos tiempos, existían muchas guerras, por tal motivo la tenencia de la tierra era crítica, pocos hombres la tenían, y quienes la tenían, eran poderosos. En retribución a ésta protección, los hombres otorgaban servicios al señor feudal, a su corte y cuando era solicitado, también consejo. Las cortes feudales, otorgaban un servicio vital, tenían jurisdicción civil y penal, existía el llamado juicio entre pares, que se daba entre los mismos vecinos del feudo, y una característica de este proceso, es que tomaba lugar antes del enjuiciamiento. Pero también existían los conflictos entre los señores feudales y los vasallos, para esto, el emperador Conrado II, pronuncio en 1037 que “ningún caballero, ya sea obispo, abab, abadesa, marques, conde o cualquier otra persona que tuviera en su beneficio tierras reales o eclesiásticas, deberían perderlas, sin una culpabilidad cierta y condenada. A menos que se le haya declarado culpable formalmente de acuerdo con las leyes de los predecesores de Conrado y el juicio entre pares del acusado”⁵ Si el acusado era atrapado cometiendo el crimen aun con el arma, el sería condenado de manera sumaria, no eran necesarias las pruebas, no era necesario declarar, solo se le ejecutaba.

Si por alguna razón, alguno de los inquilinos del feudo, abandonaba al Señor feudal en estado de necesidad o descuidaba algún otro deber que le debía, antes de limitar los bienes o la tierra del inquilino, debía emitir un juicio. Si el señor privaba al inquilino de su tierra injustamente, es decir, sin juicio, el inquilino probablemente lo demandaría si tuviera algún recurso ya fuera en el país o en la corte del Rey. Si bien es cierto, la ley en la edad media no abarcaba muchos temas y la justicia dependía de muchos factores, el feudalismo si protegió los derechos sobre la tierra y para aquellos inquilinos que no recibían justicia en cortes privadas o locales, podrían tener una acción extraordinaria en contra del señor feudal en la corte del rey.

⁵ Reynolds, Susan, *Fiefs and Vassals: The medieval evidence reinterpreted*, Oxford, New York, 2001, p. 200.

La fórmula feudal básica, posterior a la conquista de los normandos a manos de Guillermo I, fue que todas las tierras eran del Rey y por lo tanto, todos le juraban lealtad a él.

1.2 La conquista de Inglaterra y la nueva forma de ver la justicia.

Guillermo el conquistador, fue un extranjero normando que reclamó como herencia legítima el territorio de Inglaterra, a la que invadió en 1066 y apaciguó a los ingleses con la promesa de seguir las leyes de la Nación. Sin duda alguna, “uno de los grandes logros de Guillermo I y sus sucesores, fue la construcción de un sistema feudal estrecho, integrado y organizado de manera bastante simple, en el que el rey figuraba como señor feudal supremo. Guillermo se consideraba a sí mismo como heredero legítimo del trono anglosajón, por lo que trataba a sus oponentes como sediciosos; por tanto, confiscó todas las tierras de éstos para repartirlas entre 1500 de sus seguidores más importantes. Como condición para administrar las tierras que se les encomendaba...tenía que prestar un juramento de fidelidad y realizar ciertos servicios, o bien pagar determinadas cantidades de dinero”⁶ implementación del estudio que sobre las finanzas del reino estableció en el llamado *Domesday Book*.

Enrique I, hijo de Guillermo, asumió el poder en 1100 y se convirtió en un monarca poderoso. En su coronación, juró una serie de promesas a desarrollar como monarca, entre ellas, una Carta de Libertades, entre otras cosas, prometía la restauración de las leyes del rey Eduardo, enmendar lo hecho por su hermano Guillermo, aboliendo las malas costumbres establecidas y escuchar el consejo de sus barones.

La poderosa administración de Enrique I llegó a su fin con el reinado de su sobrino Esteban, ya que, durante su administración, Inglaterra cayó en la anarquía. Los barones en rebelión desafiaron al rey y renunciaron a su

⁶ ZWEIGERT, Konrad y Hein KÖTZ. *Introducción al derecho comparado*, trad., de Arturo Aparicio Vázquez, México, Oxford, 2002, p. 194.

juramento de lealtad. Los líderes se independizaron, usurparon los derechos reales y tuvieron que ser reprimidos por la fuerza.

Cuando el joven Enrique, nieto de Enrique I, se hizo mayor de edad, desafió a Esteban y eventualmente invadió Inglaterra, asumiendo el trono en 1154. Enrique II, el hijo de Geoffrey Plantagenet, el conde de Anjou y la hija de Enrique I, Matilda, fue el primero en una larga fila de 14 reyes de Plantagenet, sin embargo, dentro de esa línea, se pueden identificar cuatro casas reales distintas: Angevin, Plantagenet, Lancaster y York.

El primer rey angevino, Enrique II, comenzó el período como posiblemente el monarca más poderoso de Europa, con tierras que se extendían desde las fronteras escocesas hasta los Pirineos. Además, Irlanda se agregó a su herencia, una misión que le confió el Papa Adrián IV (el único Papa inglés).

Siguiendo la tradición de los reyes anteriores, Enrique II también en su ceremonia de coronación juró la carta de libertades de su abuelo Enrique I. Enrique II, aunque no sin conflicto, regresó el orden a Inglaterra siguiendo la anarquía impulsada por Esteban.

Un nuevo celo administrativo fue evidente al comienzo del período y se formuló un sistema eficiente de gobierno. Sin embargo, hubo peleas con la Iglesia, que se hizo más poderosa tras el asesinato de Thomas Becket. El reinado de Enrique II transformó el origen y el alcance de la autoridad legal medieval, del mismo modo, incrementó el papel de la justicia real en los asuntos locales a través de la creación y desarrollo de los “*assizes*” (Originalmente significaba el método de juicio por jurado. Durante la Edad Media, el término se aplicó a ciertas sesiones judiciales celebradas en los

condados de Inglaterra)⁷ y los “*writs*” (El *writ* era la orden dada por la autoridad real para dar inicio al proceso o determinar medidas de cumplimiento)⁸ reales.

Bajo los principios romanos, el derecho positivo era dado por el gobernante *lex data* o *legisdatio* y las autoridades normandas siguieron el modelo romano de elaboración de las leyes, aún y cuando el Rey, como Vicario de Dios, era el supremo “dador de la ley”, tenía el derecho de decretarla mediante órdenes ejecutivas. El “*writ*” era una orden real de “hacer algo”, su proceso era formal para citaciones, medios de prueba, etc.

Aunque era una costumbre que el rey consultara con sus barones, este consejo o la aprobación era solo un requisito flexible antes de las reformas de los siglos XIII o XIV. El consejo se hacía referencia a que las decisiones se tomaran por voto mayoritario, simplemente significaba que en el mismo se había llevado a cabo alguna discusión y que se habían acordado ciertas cosas. Durante este tiempo, el poder del rey fue sin restricciones y el consejo de los barones fue una simple formalidad.

Enrique II es recordado por la transformación que llevó a cabo en la legislación, de sus logros más importantes, fue la creación de los llamados “*assizes*” (conjunto de instrucciones dados a los jueces del rey), aunque fueron varios, rescatamos dos por su trascendencia. El “*Assize of Clarendon*” y el “*Assize of Novel Dissesin*”.

El “*Assize of Clarendon*” era la “instrucción emitida por orden de Enrique II en Clarendon en 1166. Requería que los grandes jurados nombraran a los presuntos delincuentes para que el sheriff los llevara a juicio ante los jueces reales en el condado. Este acto fue un paso importante en el desarrollo de maquinaria para el procesamiento público de delitos”⁹. En un intento por mejorar los procedimientos en el derecho penal, estableció el gran jurado (o

⁷ <https://www.britannica.com/topic/assize>.

⁸ PÉREZ Ragone, Álvaro J., “*Writ* y *Actio* en el Surgimiento y la Configuración del Proceso Civil Inglés Medieval”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, No. 29, 2007. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552007000100008.

⁹ <http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110810104618492>.

jurado de presentación) que consta de 12 hombres por cada ciento y 4 hombres en cada municipio, que debía informar a los jueces itinerantes del Rey de los delitos más graves cometidos en cada distrito local y para nombrar "a cualquier hombre acusado o notoriamente sospechoso de ser un ladrón o asesino o ladrón". Todos esos hombres fueron sometidos a la prueba por el agua y, de ser declarados culpables, privados de sus bienes muebles e inmuebles que eran confiscados por el rey. Incluso los absueltos estaban sujetos al exilio de Inglaterra si se les consideraba hombres de mala reputación. Este acto "assize" fue un esfuerzo extremo para controlar la ilegalidad desenfrenada y tuvo el desafortunado efecto de alentar acusaciones que llevaron a errores judiciales.

En el reinado de Esteban, como se mencionó anteriormente, prevaleció el caos y la anarquía, este periodo estuvo marcado por despojos de tierras sin juicio previo. De tal manera, que Enrique II tuvo a bien restaurar la paz, mediante la restitución de las tierras a quienes habían sido despojados de ellas de manera injusta. En 1166 Enrique II establece el "*Assize of Novel Disseisin*" que tuvo como objeto, dicha restitución, a través de él, hizo que sus jueces hicieran una investigación en relación con los despojos llevados a cabo en contra de la justicia. Este acto permitía a los individuos llevar los casos de posesión en disputa a los tribunales reales. La acción se hizo extremadamente popular debido a su velocidad (evitando las demoras o los problemas de la justicia feudal), la accesibilidad y la conveniencia. En lugar de tratar el tema de la posesión legal, simplemente preguntó si se había producido un despojo, en cuyo caso la propiedad fue devuelta al demandante, y la cuestión de la verdadera propiedad se trató más adelante.

A pesar de lo anterior, mientras Enrique II es recordado por su legislación y por ser un monarca fuerte de mano dura, el rey no estaba obligado a seguir ningún proceso legal. "Aunque no es un final glorioso el de su reinado, es el legado de Enrique II el que permanece orgulloso. Su construcción del imperio sentó las bases de Inglaterra y más tarde, la capacidad de Gran Bretaña para convertirse en una potencia global. Sus cambios administrativos

permanecen encarnados en la iglesia y el estado hasta el día de hoy. Es posible que no haya sido el rey más popular entre sus propios contemporáneos, pero su contribución a la futura sociedad y gobierno ingleses merece un reconocimiento más amplio”¹⁰

Al igual que con muchos de sus predecesores, Enrique II pasó gran parte de su tiempo lejos de Inglaterra luchando en el extranjero. Esto fue llevado al extremo por su hijo Ricardo, quien pasó solo 10 meses de un reinado de diez años en el país debido a su participación en las cruzadas. En 1180 Ricardo se reveló a su padre quien murió en 1189, lo cual no afectó la sucesión de Ricardo quien accedió al trono a la muerte de Enrique II.

Ricardo decidió compartir el gobierno en su ausencia, de tal suerte que nombró una comisión o consejo de regentes compuesto por miembros de la justicia para gobernar junto con el canciller William Longchamp entre otros. El juez era el principal oficial del reino en ausencia del rey.

Mientras, el hermano de Ricardo, el príncipe Juan mantenía severas diferencias con el juez William Longchamp, disputa que fue mediada por Walter De Coutances, finalmente decidieron lo siguiente: “Además, se ha acordado que los obispos, abades, condes, barones, y poseedores no serán, a voluntad de los jueces o diputados de nuestro señor el rey, quienes se desprenden de sus tierras y bienes, sino que serán tratados por el juicio de la corte de nuestro señor rey, de acuerdo con las costumbres lícitas y los “*assizes*” del reino, o de acuerdo con el mandato de nuestro señor el rey”¹¹

Después de más eventos disruptivos, Juan y los barones habían tenido suficiente y en 1191, se unieron contra Longchamp. Los barones acusaron a Longchamp de asumir la soberanía propia del rey. La comunidad de barones,

¹⁰ OHERING, Chris, *King Henry II*, <https://www.historic-uk.com/HistoryUK/HistoryofEngland/King-Henry-II-of-England/>

¹¹ BURRELL, Thomas H., *Magna Carta & Due Process of Law*, Common Consent Press, USA, 2016, pp. 45 y 46.

ciudadanos y jueces depuso a Longchamp, declarando que el negocio del reino debería ser administrado por la comunidad. Walter De Coutances apoyó las ordenes de Ricardo para la destitución de Longchamps, y probablemente subyugada la ambición de Juan, a partir de entonces, De Coutances estuvo a cargo y gobernado por las normas constitucionales. A menos que por orden real, no haría nada más que por el consejo de la comunidad.

Poco después de la destitución de Longchamp, Ricardo I fue capturado en su regreso de las cruzadas en 1192 y fue liberado con un gran rescate, que exigía un impuesto extraordinario. Ricardo I murió en 1199 por una flecha. Su muerte trajo consigo controversia sobre la sucesión, la cual recayó en Juan tras una serie de negociaciones. La disputa sobre la sucesión continuó cuando Felipe II de Francia tenía planes de suplantar a Juan con Arturo de Bretaña, el sobrino de doce años de Juan. Juan capturó a Arturo y fue acusado de matarlo en cautiverio.

1.3 Juan Sin Tierra y la Carta Magna

El último de los reyes angevinos fue Juan, último hijo del gran Enrique II y Leonor de Aquitania, nació en la nochebuena de 1167 en el Palacio de Beaumont en Oxfordshire, “su padre, en tono de broma, se llamaba *Sans Terre* o *Lackland*, ya que no le quedaban tierras para darle”¹². Parece irónico entonces, que *John Lackland* eventualmente heredaría todo el Imperio Angevín.

Juan no fue considerado un buen Rey, de hecho era calificado como un tirano y la historia lo ha juzgado con dureza. En 1205, seis años después de su reinado, solo quedaba un fragmento del vasto imperio angevino adquirido por Enrique II. Su reino estuvo marcado por la arbitrariedad de sus actos, los excesivos impuestos y finalmente por la Carta Magna.

¹² http://www.englishmonarchs.co.uk/plantagenet_3.htm

Los terratenientes y los barones hubieran estado dispuestos a someterse a las cargas financieras y el control arbitrario de Enrique II si proporcionaba un buen gobierno y controlaba a los alguaciles, sin embargo, esto no fue así. Las demandas de dinero de Juan resultaron en una lucha por más poder de los barones en contra la realeza arbitraria.

El conflicto por la Corona Inglesa, derivada de la muerte de Ricardo, por parte de Felipe II de Francia, continuó al reclamar el territorio Normando, lo que desencadenó una muy costosa guerra en contra de Francia, lo que fue uno de los golpes más contundentes para su gobierno, al perder el territorio en 1202-1204. Aunado a esto, un nuevo conflicto azotó a Juan, a la muerte del Arzobispo de Canterbury. Por ley, los monjes de la iglesia de Cristo eran los electores del reemplazo, comúnmente con la intervención del rey. Los monjes y el rey pelearon la designación llevándola a Roma buscando la intervención Papal. Inocencio III determinó la prevalencia del derecho de los monjes, quienes eligieron a Stephen Langton, a recomendación del Papa, situación que disgustó a Juan y que lo llevó a rechazar la designación, obligando a los monjes a exiliarse. Esta situación generó una tensión importante entre el Papa y Juan. Inocencio III prohibió, en 1208, las ceremonias eclesiásticas como matrimonios y velorios en todo el territorio Inglés, llegando finalmente a excomulgar a Juan, situación que comprometió la permanencia de Juan como rey.

Los problemas de Juan no eran solamente con el Papa, también enfrentaba insurrecciones con los barones ingleses, incluso recibía noticias de la intención de Felipe de invadir Inglaterra e instalar a su hijo Luis como Rey de Inglaterra. Ante tal panorama, Juan necesitaba ayuda, lo que lo lleva a reunirse con Inocencio III y someterse a los términos y demandas papales, convirtiendo a Inglaterra en un feudo Papal.

Juan continuó en su lucha contra Francia, pero su gente no confiaba en él debido a su estatus de excomulgado, por tal motivo, el arzobispo, figura

autorizada para “restaurarlo en sus derechos cristianos”, le pide que renueve su ceremonia de coronación y jure observar las antiguas leyes de Enrique I y San Eduardo. Una vez realizado lo anterior, Juan fue absuelto de la excomunión.

Juan perdió una batalla clave en 1214 y su apoyo se desvaneció. Los barones solicitaron el apoyo al Papa, para exigir el cumplimiento del juramento de Juan. Inglaterra estaba en crisis, nadie pagaba impuestos y nadie obedecía a Juan. Los intentos de reconciliación no surtían efectos, por lo que Juan tuvo que ser complaciente con la mayoría de las demandas de los barones. En mayo de 1215, el rey le comunica al Papa Inocencio lo siguiente: “Sepa que hemos concedido a los barones, que están contra nosotros, que no vamos a tocarlos ni a despojarlos a ellos ni a sus hombres, ni a ir contra ellos (por la fuerza o las armas), a menos que sea por la ley de nuestra tierra o por el juicio de sus compañeros en nuestro tribunal, hasta que se haya tenido en cuenta la opinión de cuatro que elegirán de nuestra parte y cuatro que elegirán de su parte, y al señor Papa, quien será el supervisor sobre ellos”¹³ sin embargo, los barones rechazaron la oferta dando inicio a una guerra civil. Al mismo tiempo, algunos de los barones aconsejaban tomar ventaja de las concesiones hechas por el Rey. De tal suerte que, volvieron a redactar sus quejas y sus peticiones, colocándolas en lo que hoy conocemos como la Carta Magna, la cual, fue acordada por el rey el 15 de Junio de 1215, en Runnymede.

La Carta Magna estuvo inspirada en las populares cartas de Enrique I y San Eduardo. La carta reafirmó los derechos de la iglesia, así como el otorgamiento de grandes concesiones de tierra, privilegios e inmunidades en lo individual, pero también a los pueblos. Ser forzado a firmar la Carta Magna, “ha sido utilizado como un signo de debilidad y, sin embargo, si lo vemos como un tratado de paz fallido, podemos comprarlo... Si lo vemos como un documento

¹³ BURRELL, Thomas H., *Magna Carta & Due Process of Law*, Common Consent Press, USA, 2016, p. 54.

que consagra los derechos humanos básicos, lo coloca nuevamente mucho antes de su tiempo”¹⁴.

Para efectos de esta investigación, solamente recordaremos los capítulos relevantes en tanto el debido proceso y que son considerados como el primer antecedente a dicha figura.

MAGNA CARTA
(12 de Junio de 1215)¹⁵

Juan, Rey de Inglaterra, por la gracia de Dios, Señor de Irlanda, Duque de Normandía y Aquitania y Conde de Anjou, a sus arzobispos, obispos, abades, condes, barones, jueces, guardas, alguaciles, mayordomos, criados y a todos sus funcionarios y leales súbditos. Salud.

Sabed que ante Dios, por el bien de nuestra alma y de la de nuestros antepasados y sucesores, para honor de Dios y exaltación de la Santa Iglesia y para mejor organización de nuestro reino, con el consejo de nuestros reverendos padres Esteban, Arzobispo de Canterbury, primado de toda Inglaterra y Cardenal de la Santa Iglesia de Roma; Enrique, Arzobispo de Dublín; Guillermo, Obispo de Londres; Pedro, Obispo de Winchester, y otros súbditos leales:

39.- Ningún hombre libre será arrestado, o detenido en prisión o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera; y no dispondremos sobre de él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país.

¹⁴ MASSON, Victoria, *Why has there only been one King John?*, <https://www.historic-uk.com/HistoryUK/HistoryofEngland/Why-Only-One-King-John/>.

¹⁵ PACHECO Gómez, M., *Los derechos humanos documentos básicos*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2000, pp. 39-49, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/17.pdf>.

40.- *A nadie venderemos, a nadie negaremos ni retardaremos el derecho o la justicia.*

2. El debido proceso y su presencia en los documentos Constitucionales Mexicanos.

Si bien no de forma directa, la Carta Magna llegó a México a través del constitucionalismo norteamericano y la redacción de las enmiendas Cuarta, Quinta y Sexta de la Constitución Norteamericana de 1787. La Constitución de 1857, su reforma en 1917 y el texto actual de nuestra Constitución preservan el espíritu de respeto a la ley.

A continuación, se mencionan, los artículos contenidos en los textos Constitucionales del México independiente, que encuadran en alguna de las vertientes del debido proceso.

2.1 Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana de 1814.

La también llamada Constitución de Apatzingán es considerada el primer documento de índole Constitucional en nuestro país, a pesar de no haber alcanzado dicho rango. Fue resultado de los trabajos convocados por José María Morelos y Pavón en 1813 en Chilpancingo y que tuvo en los llamados Sentimientos de la Nación, el manifiesto político-social de mayor trascendencia en el marco de la gesta independentista. “Es uno de los documentos liberales más avanzados de su época al establecer un catálogo de derechos del hombre”¹⁶

¹⁶ ÁLVAREZ de Lara, Rosa María, *Panorama de las garantías individuales en las constituciones mexicanas del siglo XIX*, p. 31. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2289/5.pdf>.

Los artículos fundamentales al propósito de esta investigación, son los siguientes¹⁷:

Capítulo IV

De la ley

Artículo 21. Solo las leyes pueden determinar los casos en que debe ser acusado, preso o detenido algún ciudadano.

Capítulo V

De la igualdad, seguridad, propiedad y libertad de los ciudadanos

Artículo 27. La seguridad de los ciudadanos consiste en la garantía social: esta no puede existir sin que fije la ley los límites de los poderes y la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Artículo 28. Son tiránicos y arbitrarios los actos ejercidos contra un ciudadano sin las formalidades de la ley.

Artículo 30. Todo ciudadano se reputa inocente mientras no se declare culpado.

Artículo 31. Ninguno debe ser juzgado ni sentenciado, sino después de haber sido oído legalmente.

Artículo 32. (...) Para los objetos de procedimiento criminal deberán preceder los requisitos prevenidos por la ley.

[2.2 Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824.](#)

¹⁷ <http://museodelasconstituciones.unam.mx/1917/wp-content/uploads/1814/10/22-octubre-1814-Decreto-Const.-para-la-Libertad-de-la-Amer-Mex.pdf>.

Este documento nacido en el antiguo templo de San Pedro y San Pablo en la ahora llamada Ciudad de México, surge en medio de la gran tradición de las libertades individuales impulsadas desde Francia, España y los Estados Unidos de Norteamérica, sin embargo las garantías que incorpora son pocas y se encuentran distribuidas en el texto. Este documento, producto del debate entre federalistas y centralistas, fue elaborado por personas, en palabras de Emilio Rabasa “agotados por las guerras, sumidos en la penuria rodeados por la estrechez y el exterminio, los constituyentes de 1824 pudieron no haber sido unos grandes legisladores, pero fueron una cosa más importante: fueron grandes patriotas”¹⁸

A continuación los artículos que pudiéramos relacionar con nuestra investigación¹⁹.

SECCIÓN SÉPTIMA

Reglas generales a que se sujetará en todos los estados y territorios de la federación la administración de justicia

Artículo 147. Queda para siempre prohibida la pena de confiscación de bienes.

Artículo 148. Queda para siempre prohibido todo juicio por comisión y toda ley retroactiva.

Artículo 149. Ninguna autoridad aplicará clase alguna de tormentos, sea cual fuere la naturaleza y estado del proceso.

Artículo 150. Nadie podrá ser detenido sin que haya semiplena prueba o indicio de que es delincuente.

Artículo 151. Ninguno será detenido solamente por indicios más de sesenta horas.

¹⁸ RABASA, Emilio, “Análisis jurídico de la Constitución de 1824”, en GALEANA, Patricia, *México y sus constituciones*, 2ª. ed, México, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 95.

¹⁹ http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdigi/const_mex/const_1824.pdf.

Artículo 152. Ninguna autoridad podrá librar orden para el registro de casas, papeles u otros efectos de los habitantes de la República, si no es en los casos expresamente dispuestos por ley, y en la forma que ésta determine.

Artículo 153. A ningún habitante de la República se le tomará juramento sobre hechos propios al declarar en materias criminales.

2.3 Bases y Leyes Constitucionales de la República Mexicana, 1836.

Antonio López de Santa Anna asume el poder desde una perspectiva conservadora, abrogando la legislación anterior por considerarla eminentemente liberal. Estructura el Estado en una República centralista cuyas bases fueron sentadas en las también llamadas siete leyes constitucionales. En este ordenamiento existió un apartado para los derechos, sin embargo, se limitó el reconocimiento a los mismos en razón de su condición. Por tal motivo, podemos concluir que “no es posible reconocer el valor de una Constitución que, si bien establece derechos, anula la posibilidad de su ejercicio a una parte importante de la población, los pobres y los analfabetas, acentuando con ello su situación de marginación”²⁰

LEYES CONSTITUCIONALES

PRIMERA

Derechos y obligaciones de los mexicanos y habitantes de la República

Art. 2. Son derechos del mexicano²¹:

I. No poder ser preso sino por mandamiento de juez competente, dado por escrito y firmado, ni aprehendido, sino por disposición de las autoridades a quienes corresponda según ley. Exceptuase el

²⁰ ÁLVAREZ de Lara, Rosa María, *Op. Cit.*, p. 36.

²¹ http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdigi/const_mex/const_1836.pdf.

caso de delito infraganti en el que cualquiera pueda ser aprehendido, y cualquiera pueda aprehenderle, presentándole desde luego a su juez o a otra autoridad pública.

II. No poder ser detenido más de tres días por autoridad ninguna política, sin ser entregados al fin de ellos, con los datos de su detención, a la autoridad judicial, ni por esta más de diez días, sin proveer el auto motivado de prisión. Ambas autoridades serán responsables del abuso que hagan de los referidos términos.

III. No poder ser privado de su propiedad, ni del libre uso y aprovechamiento de ella en todo ni en parte. Cuando algún objeto de general y pública utilidad exija lo contrario, podrá verificarse la privación, si la tal circunstancia fuere calificada por el Presidente y sus cuatro Ministros en la capital, por el Gobierno y Junta departamental en los Departamentos, y el dueño, sea corporación eclesiástica o secular, sea individuo particular, previamente indemnizado á tasación de dos peritos, nombrado el uno de ellos por él, y según las leyes el tercero en discordia, caso de haberla. La calificación dicha podrá ser reclamada por el interesado ante la Suprema Corte de Justicia en la capital, y en los Departamentos ante el superior Tribunal respectivo. El reclamo suspenderá la ejecución hasta el fallo.

IV. No poderse catear sus casas y sus papeles, si no es en los casos y con los requisitos literalmente prevenidos en las leyes.

V. No poder ser juzgado ni sentenciado por comisión ni por otros tribunales que los establecidos en virtud de la Constitución, ni según otras leyes que las dictadas con anterioridad al hecho que se juzga.

2.4 Bases Orgánicas de la República Mexicana, 1843²²

Estas bases, sancionadas por Santa Anna en uno de los periodos más turbulentos de la vida del país, y que obedecieron a la necesidad de cambio que el mismo Santa Anna propugnaba al declarar que “si el centralismo no había traído otra cosa que despotismo y amenazas, el federalismo auspició la deslealtad y la desunión”²³ marcó el indicio de la suerte que había de proyectar el constituyente.

TÍTULO II

De los habitantes de la República

Artículo 9. Derechos de los habitantes de la República.

V. A ninguno se aprehenderá sino por mandato de algún funcionario a quien la ley dé autoridad para ello; excepto el caso de delito infraganti, en que puede hacerlo cualquiera del pueblo, poniendo al aprehendido inmediatamente en custodia á disposición de su juez.

VI. Ninguno será detenido sino por mandato de autoridad competente, dado por escrito y firmado, y solo cuando obren contra él indicios suficientes para presumirlo autor del delito que se persigue. Si los indicios se corroboraren legalmente, de modo que presten mérito para creer que el detenido cometió el hecho criminal, podrá decretarse la prisión.

VII. Ninguno será detenido más de tres días por la autoridad política sin ser entregado con los datos correspondientes al juez de su fuero, ni este lo tendrá en su poder más de cinco sin declararlo bien preso. Si el mismo juez hubiere verificado la aprehensión, o hubiere recibido al reo antes de cumplirse tres días de su detención, dentro de aquel

²² <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1843.pdf>.

²³ SAYEG Helú, Jorge. *Las bases orgánicas de 1843*, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1987, p. 304, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3434/19.pdf>.

término se dará el auto de bien preso, de modo que no resulte detenido más de ocho. El simple lapso de estos términos hace arbitraria la detención, y responsable a la autoridad que la cometa, y a la superior que deje sin castigo este delito.

VIII. Nadie podrá ser juzgado ni sentenciado en sus causas civiles y criminales sino por jueces de su propio fuero, y por leyes dadas y tribunales establecidos con anterioridad al hecho o delito de que se trate. Los militares y eclesiásticos continuarán sujetos a las autoridades a que lo están en la actualidad, según las leyes vigentes.

IX. En cualquier estado de la causa, en que aparezca que al reo no puede imponerse pena corporal, será puesto en libertad dando fianza.

X. Ninguno podrá ser estrechado por clase alguna de apremio o coacción á la confesión del hecho por que se le juzga.

XI. No será cateada la casa, ni registrados los papeles de ningún individuo, sino en los casos y con los requisitos literalmente prevenidos en las leyes.

XIII. La propiedad es inviolable, sea que pertenezca a particulares o a corporaciones, y ninguno puede ser privado ni turbado en el libre uso y aprovechamiento de la que le corresponda según las leyes, ya consista en cosas, acciones o derechos, o en el ejercicio de una profesión o industria que le hubiere garantizado la ley. Cuando algún objeto de utilidad pública exigiere su ocupación, se hará esta, previa la competente indemnización, en el modo que disponga la ley.

2.5 Acta Constitutiva y de reformas de 1847²⁴

²⁴ http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/reformas-1847.pdf.

Debido a la situación por la que atravesaba el país era prácticamente imposible decretar una nueva constitución. El contexto histórico de éste documento, estuvo marcado por la guerra con Estados Unidos y su autoría se atribuye a Mariano Otero. En esta acta, se declara la vigencia de la Constitución de 1824 y se adiciona el Acta de Reformas en comento. Si bien es cierto, se hace referencia a las garantías constitucionales y se mencionan algunas de ellas “su novedad radica en la idea de que éstas garantías no producirían ningún resultado concreto, si no se disponía de un instrumento práctico y efectivo para hacerlas respetar”²⁵ de esta manera es que surge el llamado juicio de Amparo.

ACTA DE REFORMAS

Artículo 25. Los tribunales de la Federación ampararán a cualquiera habitante de la República, en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los poderes legislativo y ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados, limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre el que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que o motivare.

2.6 Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 1857.

Esta Constitución deriva de rompimiento que existe entre Santa Anna y los nuevos acomodados políticos que se autodenominan democráticos. Para muchos juristas esta constitución supera ampliamente a la de 1824 debido al “desarrollo de la parte dogmática de la Constitución, que pone un acento en el establecimiento de los Derechos del Hombre y del Ciudadano como los llaman los franceses y que se desarrollan en los primeros artículos de esa Carta Fundamental. Podemos decir que el modelo de Constitución demoliberal, que

²⁵ ÁLVAREZ de Lara, Rosa María, *Op. Cit.*, p. 38.

generaron las constituciones de Estados Unidos y de Francia, queda ampliamente captado en la Constitución mexicana de 1857”²⁶

TÍTULO I

SECCIÓN I

De los derechos del hombre

Artículo 13. En la república mexicana nadie puede ser juzgado por leyes privativas, ni por tribunales especiales....

Artículo 14. No se podrá espedir ninguna ley retroactiva. Nadie puede ser juzgado ni sentenciado sino por leyes dadas con anterioridad al hecho, y ecsactamente aplicadas á él, por el tribunal que previamente haya establecido la ley. (Sic.)

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En el caso de delito infraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y á sus cómplices, poniéndolos sin demora á disposición de la autoridad inmedíata. (Sic.)

Artículo 19. Ninguna detencion podrá ecsceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto motivado de prision y los demás requisitos que establezca la ley. El solo lapso de este término constituye responsables á la autoridad que la ordena ó consiente, y á los agentes, ministros, alcaldes ó carceleros que la ejecuten. Todo maltratamiento en la aprehension ó en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela ó contribucion en las

²⁶ PAOLI Bolio, José Francisco, *Constitucionalismo en el siglo XXI. A cien años de la aprobación de la Constitución de 1917*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2016, P. 134, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4426/13.pdf>

cárceles es un abuso que deben corregir las leyes, y castigar severamente las autoridades. (sic.)

Artículo 20. En todo juicio criminal, el acusado tendrá las siguientes garantías:

1ra. que se le haga saber el motivo del procedimiento y el nombre del acusador, si lo hubiere:

2ª. que se le tome su declaracion preparatoria dentro de cuarenta y ocho horas, contadas desde que esté á disposicion de su juez:

3ª. que se le carée con los testigos que depongan en su contra:

4ª. que se le faciliten los datos que necesite y consten en el proceso, para preparar sus descargos:

5ª. que se le oiga en defensa por sí, ó por persona de su confianza, ó por ambos, segun su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio para que elija el que, ó los que le convengan. (Sic)

Artículo 22. Quedan para siempre prohibidas las penas de mutilacion y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquiera especie, la multa escesiva, la confiscacion de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas ó trascendentales. (Sic)

Artículo 24. Ningun juicio criminal puede tener mas de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva ó se le condene. Queda abolida la práctica de absolver de la instancia. (Sic)

Artículo 27. La propiedad de las personas no puede ser ocupada sin su consentimiento, sino por causa de utilidad pública y previa indemnizacion. La ley determinará la autoridad que deba hacer la espropiacion, y los requisitos con que ésta haya de verificarse. (Sic)

2.7 Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, 1865²⁷

Como lo menciona Zulema Trejo, “no hay duda de que al momento de su promulgación, el Estatuto imperial era en términos jurídicos un conjunto de reglas provisionales destinadas a poner orden en el gobierno del país, otorgándole al soberano un poder amplio que le permitiría acabar con la inestabilidad institucional imperante”²⁸

TÍTULO XV

De las garantías individuales

Artículo 60. Ninguno será detenido sino por mandato de autoridad competente, dado por escrito y firmado, y solo cuando obren contra él indicios suficientes para presumirle autor de un delito. Se exceptúa el caso de delito infraganti, en el que cualquiera puede aprehender al reo para conducirlo a la presencia judicial o de la autoridad competente.

Artículo 61. Si la autoridad administrativa hiciese la aprehensión, deberá poner dentro de tercero día al presunto reo á disposición de la que deba juzgarle, acompañando los datos correspondientes; y si el juez encontrare mérito para declararlo bien preso, lo hará, a más tardar dentro de cinco días, siendo caso de responsabilidad la detención que pase de estos términos. Pero si la aprehensión se hiciere por delitos contra el Estado, o que perturben el orden público, la autoridad administrativa podrá prolongar la detención hasta dar cuenta al Comisario Imperial, o al Ministro de Gobernación para que determine lo que convenga.

²⁷ <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1865.pdf>.

²⁸ TREJO, Zulema, “Estatuto Provisional del Imperio Mexicano: su aplicación al gobierno departamental sonorense, 1865-1866”, en *Región y Sociedad*, Hermosillo, Vol. 19, No. 40, Sep-Dic., 2007, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-39252007000300007.

Artículo 62. Ninguno puede ser sentenciado, sino en virtud de leyes anteriores al hecho por que se le juzgue.

Artículo 63. No será cateada la casa, ni registrados los papeles de ningún individuo, sino en virtud de mandato por escrito y en los casos y con los requisitos literalmente prevenidos por las leyes.

Artículo 65. En todo juicio criminal, el acusado tendrá derecho a que se le haga saber el motivo del procedimiento y el nombre del acusador si lo hubiere. También lo tendrá para exigir que se le faciliten, concluido el sumario, los datos del proceso que necesite para preparar sus descargos.

Artículo 68. La propiedad es inviolable y no puede ser ocupada sino por causa de utilidad pública comprobada, mediante previa y competente indemnización, y en la forma que dispone las leyes.

Artículo 71. Queda prohibida para siempre la confiscación de bienes.

[2.8 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917.](#)
(Versión original)²⁹

El México de inicios del siglo XX difícilmente puede ser considerado como moderno. A pesar del prestigio internacional alcanzado durante el gobierno de Porfirio Díaz México era vulnerable, era un país oligárquico, liderado por un pequeño grupo de terratenientes, con una naciente clase media y un enorme sector rural. En el terreno político, el régimen era autoritario e ideas como la democracia y la libertad, fueron aniquiladas por objetivos más específicos como el orden y el progreso. La violencia fue el método adecuado para solucionar conflictos.

El triunfo de la Revolución puso en la mesa las alternativas a las que se enfrentaba “a) reestablecer íntegramente la Constitución de 1857; b) introducirle

²⁹ http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf.

reformas al procedimiento especial previsto por el artículo 127 (artículo 135 de la Constitución en vigor), o c) convocar a un Congreso Constituyente”³⁰ la alternativa triunfante fue esta última, por tal motivo, Carranza expidió el 11 de Septiembre de 1916, el decreto para la formación de un Congreso Constituyente. Del 20 y hasta el 30 de noviembre tuvieron lugar las 11 sesiones preparatorias. El 1 de diciembre se instaló el Congreso Constituyente en el entonces Teatro Iturbide y el 31 de enero de 1917 tuvo lugar la sesión de clausura. La Constitución fue promulgada el 5 de febrero y el 1 de mayo entro en vigor.

TÍTULO PRIMERO

CAPÍTULO I

De las garantías individuales

Artículo 13. Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.

Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido

³⁰ VENEGAS Trejo, Francisco, “Desarrollo cronológico del Congreso Constituyente de Querétaro”, en GALEANA, Patricia *Op. Cit.*, p. 354.

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.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquellas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente o a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial. En toda orden de cateo, que solo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que haya de inspeccionarse, a persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, una 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...

Artículo 17. Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter civil. Ninguna persona podrá hacerse justicia por si misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fie la ley; su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Artículo 19. Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. La infracción de esta disposición hace responsable a la autoridad que ordene la detención o la consienta, y a los agentes, ministros, alcaides o carceleros que la ejecuten....

Artículo 20. En todo juicio del orden criminal, tendrá el acusado las siguientes garantías:

I.- Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad, bajo de fianza hasta de diez mil pesos, según sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito no merezca ser castigado con una pena mayor de cinco años de prisión y sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad, u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla.

II.- No podrá ser compelido a declarar en su contra, por lo cual queda rigurosamente prohibida toda incomunicación o cualquier otro medio que tienda a aquel objeto.

III.- Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria.

IV.- Será careado con los testigos que depongan en su contra, los que declararán en su presencia si estuviesen en el lugar del juicio, para que pueda hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa.

V.- Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al afecto y auxiliándosele para obtener (sic) de los reglamentos gubernativos y de policía, el solicite (sic), siempre que se encuentren en el lugar del proceso.

VI.- Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación.

VII.- Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten por el proceso.

VIII.- Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión; y antes de un año si la pena máxima excediera de ese tiempo.

IX.- Se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio para que elija el que, o los que les convengan. Si el acusado no quiere nombrar defensores, después de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio. El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, y tendrá derecho a que éste se halle presente en todos los actos del juicio; pero tendrá obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite.

X.- En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo. Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso. En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquiera especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes, y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. No se considerará como confiscación de bienes, la aplicación total o parcial de los bienes de una persona, hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas....

Artículo 23. Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.

2.9 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917
(versión vigente al 27/08/2018)³¹

Título Primero

Capítulo I

De los derechos humanos y sus garantías

Artículo 13. Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda

Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

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.

³¹ http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_270818.pdf.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En los juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio en los que se establezca como regla la oralidad, bastará con que quede constancia de ellos en cualquier medio que dé certeza de su contenido y del cumplimiento de lo previsto en este párrafo.

.....

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 inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

.....

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.

.....

Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

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

*Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, **el debido proceso** u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales.*

....

Artículo 23. Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.

3. Panorama de la evolución en la distinción entre principios y reglas.

3.1 Consideraciones preliminares

En el mundo jurídico son comunes las palabras principios y reglas, sin embargo no existe una idea clara de a que nos referimos. El papel de los principios jurídicos han sido objeto de la teoría del derecho, mas sin embargo no siempre nos aclaran que son, de donde vienen, cómo se identifican y cómo interactúan con otras fuentes de discusión jurídica y en la aplicación del derecho.

Son varios los juristas que han abordado el tema, desde las diversas teorías del derecho. A continuación, se hace referencia a lo expuesto por H. L. A. Hart, Ronald Dworkin, Robert Alexy y Humberto Ávila, ya que han sido los juristas que han puesto, de manera relevante, la discusión al más alto nivel. Una tesis inicial afirma que la oposición entre regla y principio, ambos entendidos como normas, no puede verse en el sentido de la exclusividad contradictoria, sino en el de que una norma jurídica puede funcionar como regla y como principio.

3.2 Positivism jurídico, Filosofía y Jurisprudencia Analítica de H. L. A. Hart.

Durante varios años, algunos autores han señalado que, después de Hans Kelsen, el autor positivista más influyente ha sido justamente H.L.A. Hart, con su obra, El concepto de Derecho. Según las tres formas de considerar al positivismo jurídico de acuerdo a Bobbio³² (como enfoque metodológico, como ideología y como teoría), Carrió menciona que Hart “tan sólo es positivista en el primer sentido, es decir, Hart tan sólo sería partidario del positivismo jurídico como enfoque metodológico porque realiza una separación entre derecho y moral, lo cual será definitivo para no ser calificado como partidario del positivismo ideológico. Al separar derecho y moral, Hart establece que algo es derecho valido aunque nos parezca o pueda parecer a alguien moralmente

³² RUIZ Manero, Juan. “Bobbio y el positivismo”, en Revus, No. 26, 2015. <https://journals.openedition.org/revus/3324>.

injusto”³³. Hart dice “Un concepto de derecho que permite distinguir entre la invalidez de las normas jurídicas y su inmoralidad, nos habilita para ver la complejidad y variedad de estas distintas cuestiones; mientras que un concepto restringido que niega validez jurídica a las reglas inicuas puede cegarnos ante ellas... Por lo menos puede argüirse a favor de la simple doctrina positivista de que las reglas moralmente inicuas pueden ser derecho, que ella no oculta la elección entre males que, en circunstancias extremas, podemos vernos en la necesidad de efectuar”³⁴.

En cuanto al positivismo como ideología, Hart no considera que haya una obligación moral de obedecer el derecho positivo. Hart anula el que exista una conexión necesaria entre derecho y moral y no niega que el derecho injusto sea derecho, es decir, el derecho considerado injusto puede ser derecho. Del mismo modo niega que porque algo sea considerado derecho se tenga el deber moral de obedecerlo o desobedecerlo. Hart plantea la separación entre derecho y moral, considerando que algo es derecho aunque sea demasiado injusto para ser obedecido. Esta separación derecho y moral, impide que Hart pueda ser considerado un positivista ideológico.

Por otra parte, Hart tampoco concuerda con las ideas del positivismo jurídico como teoría. Para Bobbio, el elemento central del positivismo jurídico como teoría está en la consideración del Estado como fuente genuina del derecho, Hart critica la idea según la cual el derecho es una creación de la voluntad del soberano. Sin embargo propone un análisis del concepto de derecho basado en el complejo fenómeno social de la aceptación de reglas últimas de reconocimiento que establecen los criterios por medio de los cuales cada comunidad decide si una determinada regla es parte de su derecho. En cuanto al derecho legislado, Hart manifiesta que las reglas de reconocimiento dan oportunidad de identificar como reglas del sistema a normas que no son

³³ PÉREZ Jaraba, María Dolores. “Principios y reglas: Examen del debate entre R. Dworkin y H. L. A. Hart”, *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 10/2010 (Segunda Época) ISSN 1576-124X. Universidad de Jaén (España), <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/viewFile/543/485>.

³⁴ HART, H.L.A. *El concepto de derecho*, Traducción de G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 261.

creadas por el legislador y señala la importancia del "precedente judicial" como fuente del derecho.

Los elementos básicos de la teoría del derecho de Hart son la noción del derecho como un sistema de reglas y la admisión de la discrecionalidad en la labor judicial. Para poder adentrarnos en esta idea, es necesario acudir a John Austin³⁵ quién a mitad del siglo XIX formula una teoría sobre el Derecho son órdenes del soberano que habitualmente obtienen obediencia por los ciudadanos. Para Hart, esta teoría no consigue describir el derecho como un sistema de reglas sino como un conjunto de órdenes concretas, por lo que, propone entender el derecho como un sistema de reglas, plantea una serie de críticas a la visión del derecho como un hábito de obediencia. 1.- El soberano del que habla Austin es ilimitado en su poder al no estar sometido a ninguna limitación jurídica. Esta situación supone para Hart que no estamos en presencia de la noción de Estado de Derecho que incluye el sometimiento del poder al derecho. 2.- Este hábito de obediencia no genera entre la población la creencia de estar actuando de acuerdo con una regla, pues, para Hart, la mera repetición del hábito de obediencia no da lugar al pensamiento entre los ciudadanos de que están siguiendo una regla: "Cuando un hábito es general en un grupo social -dice Hart- no es más que un hecho acerca de la conducta observable de la mayor parte de los miembros del grupo. Para que haya tal hábito no es necesario en modo alguno que éstos piensen en la conducta general, que sepan siquiera que la conducta de que se trata es general; menos necesario aún es que tiendan a inculcar el hábito o a mantenerlo. Basta con que cada uno se comporte en la forma en que los otros también lo hacen. Por el contrario, para que exista una regla social, por lo menos algunos tienen que ver en la conducta de que se trata una pauta o criterio general de comportamiento a ser seguido por el grupo como un todo"³⁶ . 3.- Hart propone sustituir la vieja teoría del hábito de obediencia por una nueva teoría que considere al derecho

³⁵ MORESO Mateos, José Juan, "Cinco diferencias entre Bentham y Austin", en *Anuario de Filosofía del Derecho VI*, 1989, p. 352. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1985343.pdf>.

³⁶ HART, H.L.A. El concepto de derecho, Op. cit., p.71.

como un sistema de reglas en cuanto mejor explicación de lo que es el derecho. Esto lo hace Hart mediante la llamada regla de reconocimiento "Una vez que abandonamos la opinión de que el fundamento de un sistema jurídico consiste en el hábito de obediencia a un soberano ilimitado jurídicamente, y la reemplazamos por la concepción de un regla de reconocimiento última, que da al sistema de reglas ciertos criterios de validez, aparece ante nuestros ojos todo un campo de atractivos e importantes problemas. Son problemas relativamente nuevos, porque permanecieron ocultos mientras la teoría jurídica y la teoría política se atenían a las viejas formas de pensamiento"³⁷

La teoría del derecho de Hart entiende el sistema jurídico como un conjunto de reglas. Por eso inicia criticando la vieja idea del derecho basada en órdenes del soberano obedecidas por los súbditos. En este sentido Hart no admite que las únicas reglas válidas jurídicamente procedan solamente del legislador ya que algunas costumbres son normas jurídicas; las reglas extraídas de las decisiones judiciales son normas jurídicas; las reglas de reconocimiento pueden razonablemente considerarse parte del derecho.

En "El concepto de derecho", Hart va a distinguir entre dos tipos de reglas; reglas primarias y reglas secundarias. Quiero hacer mención, que para Ricardo Guastini, es una "distinción muy imprecisa que deja abiertos más problemas de los que resuelve"³⁸ Esta distinción es fundamental para Hart: "Es verdad que la idea de regla no es en modo alguno simple... para hacer justicia a la complejidad de un sistema jurídico, es necesario distinguir entre dos tipos diferentes, aunque relacionadas, de reglas. Según las reglas de uno de los tipos, que bien puede ser considerado el tipo básico o primario, se prescribe que los seres humanos omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Las reglas del otro tipo dependen, en cierto sentido, de las del primero, o son secundarias en relación con ellas. Porque las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas

³⁷ *Idem.*, p.137.

³⁸ GUASTINI, Ricardo, "Releyendo a Hart", en *Doxa Cuadernos de filosofía del derecho*, No. 37, 2014, p. 103, www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/releyendo-a-hart/

del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas o controlar su actuación. Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas. Las reglas del primer tipo se refieren a acciones que implican movimiento o cambios físicos; las del segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones³⁹.

Para Hart en la combinación de estos dos tipos de normas se encuentra lo que llama *la clave de la ciencia del derecho* y eso se debe “a su poder explicativo para elucidar los conceptos que constituyen la estructura del pensamiento jurídico. De esta manera la mayor parte de las características del derecho que se presentan como más desconcertantes y que han provocado y hecho fracasar, la búsqueda por una definición del derecho, pueden ser clarificadas mejor si entendemos estos dos tipos de reglas y la interacción entre ellas⁴⁰”.

Para entender la diferencia entre reglas primarias y reglas secundarias, Hart pone el ejemplo de una comunidad primitiva en la que exclusivamente existieran reglas primarias, es decir, reglas que prescriben que los miembros de tal comunidad hagan u omitan ciertas acciones que implican movimiento o cambios físicos. Pero en este tipo hipotético de comunidad primitiva, señala Hart, al no existir reglas secundarias, significa que el origen de tales reglas primarias no es legislativo sino meramente social, lo cierto es que todo funcionaría bien hasta que surgieran dentro del grupo dudas sobre cuáles son realmente las reglas a obedecer o sobre el alcance preciso de una regla determinada. En este caso, más que probable, Hart se plantea el problema de cómo resolver estas dudas. Debido a que dicha comunidad primitiva no tendría reglas secundarias, que son las que dicen quién y cómo se resuelven estas dudas, la mera existencia de reglas primarias para una comunidad produciría

³⁹ HART, H.L.A. op. cit, p. 101

⁴⁰ TAMAYO Valenzuela, José Alberto, *La teoría del derecho de H. L. A. Hart*, p. 225. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/viewFile/28595/25860>.

una falta de certeza sobre lo que es o no derecho. En palabras de Hart: "Las reglas que el grupo observa no formarán un sistema, sino que serán simplemente un conjunto de pautas o criterios de conducta separados, sin ninguna marca común identificadora, excepto, por supuesto, que ellas son las reglas que un grupo particular de seres humanos acepta. A este respecto se parecerán a nuestras reglas de etiqueta. Por ello, si surgen dudas sobre cuáles son las reglas, o sobre el alcance preciso de una regla determinada, no habrá procedimiento alguno para solucionar estas dudas, ya sea mediante la referencia a un texto con autoridad o a la opinión de un funcionario cuyas declaraciones sobre el punto estén revestidas de autoridad. Porque, obviamente, tal procedimiento y el reconocimiento del texto o personas con autoridad, implican la existencia de reglas de un tipo diferente a las de obligación o deber que, de acuerdo a la hipótesis planteada, son todas las reglas que el grupo tiene"⁴¹ .

De esta forma, para esta falta de certeza sobre lo que sea derecho, cuando éste sólo está compuesto de "reglas primarias" se soluciona, según Hart, mediante la introducción de una regla de carácter secundario que es la llamada Regla de reconocimiento. Esta es la más importante de las reglas secundarias, ya que determina el paso desde una situación pre-jurídica, en la que un grupo humano tan sólo se regiría por reglas primarias cuya distinción de otro tipo de reglas sociales no es perceptible, hacia una situación plenamente jurídica, pues, al proporcionar la "regla de reconocimiento" una marca o signo con autoridad sobre lo que es derecho, se introduciría ya, aunque sea de forma embrionaria, la idea de un sistema jurídico. Hart mencionará que la "regla de reconocimiento", tanto para los ordenamientos jurídicos simples como en los desarrollados, es la solución a la falta de certeza de las reglas primarias. Ésta regla de reconocimiento especificará alguna característica o características cuya posesión por un regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce. Lo que es crucial es el

⁴¹ HART, H.L.A. op. cit., p.115.

reconocimiento de la referencia a la escritura o inscripción como revestida de autoridad, es decir, como la forma propia de resolver las dudas acerca de la existencia de la regla. Donde hay ese reconocimiento hay una forma muy simple de regla secundaria: una regla para la identificación incontrovertible de las reglas primarias de obligación. En un sistema jurídico desarrollado, las reglas de reconocimiento son, por supuesto, más complejas; en lugar de identificar las reglas exclusivamente por referencia a un texto o lista, ellas lo hacen por referencia a alguna característica general poseída por las reglas primarias. Esta puede ser el hecho de haber sido sancionadas por un cuerpo específico, o su larga vigencia consuetudinaria, o su relación con las decisiones judiciales⁴².

Hart también propone otros tipos de reglas secundarias; las reglas de cambio y las reglas de adjudicación. Las “reglas de cambio”, según Hart, solucionarían otro de los defectos de las reglas primarias. Este defecto es el del carácter estático de las reglas primarias. En una sociedad primitiva regida exclusivamente por reglas primarias, como la que plantea Hart en su hipótesis, el único modo de cambio para estas reglas primarias es: “el lento proceso de crecimiento, mediante el cual, líneas o cursos de conducta concebidos una vez como optativos se transforman primero en habituales o usuales y, luego, en obligatorios; y el inverso proceso de declinación, cuando las desviaciones, tratadas al principio con severidad, son luego toleradas y más tarde pasan inadvertidas. En tal sociedad no habrá manera de adaptar deliberadamente las reglas a las circunstancias cambiantes, eliminando las antiguas o introduciendo nuevas; porque, también aquí, la posibilidad de hacer esto presupone la existencia de reglas de un tipo diferente de las reglas primarias de obligación, que son las únicas que rigen la vida en esta sociedad”⁴³. Ante esta situación, Hart establece que el remedio para la cualidad “estática” de las reglas primarias consiste en la introducción de las llamadas “reglas de cambio”. La forma más simple de tales reglas de cambio es aquella que confiere un poder o facultad a

⁴² *Idem*, pp.117-118.

⁴³ *Idem*. p. 115

una persona o cuerpo de personas para introducir nuevas reglas primarias o dejar sin efecto reglas primarias anteriores. Por tal persona o cuerpo de personas estaríamos haciendo mención a poderes o facultades públicas conferidas para legislar, es decir, para introducir cambios en las reglas que afectarían a toda la sociedad. Pero, conjuntamente con este tipo básico de poderes o facultades, las reglas de cambio también pueden conferir poderes o facultades de carácter privado, que posibilitan que los individuos particulares puedan cambiar o variar sus posiciones normativas iniciales dentro de un ámbito de carácter privado, no público. Por lo tanto, las reglas de cambio confieren tanto poderes o facultades públicas como privadas. Respecto de estas últimas, Hart ha manifestado su necesidad para entender los sistemas jurídicos desarrollados: “Sin tales reglas que confieren potestades privadas, la sociedad carecería de algunas de las principales facilidades que el derecho hace posible. Porque los actos que tales reglas hacen posibles son el otorgamiento de testamentos, la celebración de contratos y muchas otras estructuras de derechos y deberes, creadas voluntariamente, que tipifican la vida bajo el derecho... El parentesco de estas reglas y las reglas de cambio que están en juego en la noción de legislación es claro, tal y como lo ha mostrado una teoría tan reciente como la de Kelsen, muchas de las características que nos desconciertan en las instituciones del contrato o de la propiedad resultan clarificadas concibiendo los actos de celebrar un contrato, o de transferir una propiedad, como el ejercicio por parte de los individuos de potestades legislativas limitadas”⁴⁴ . Por lo tanto, para Hart, mientras la “regla de reconocimiento” es siempre una regla secundaria referida a alguna autoridad pública, las “reglas de cambio” confieren poderes o potestades tanto de carácter público (legislar; derogar reglas anteriores; etc.) como de carácter privado (potestades legislativas limitadas). Para concluir con los tipos de reglas secundarias, Hart señala la necesidad de una tercera regla secundaria; la regla de adjudicación. Continuando con el ejemplo de una hipotética comunidad regida exclusivamente por “reglas primarias”, Hart plantea el caso de que en tal

⁴⁴ *Idem.* pp.119-120.

sociedad, siempre habrá discusiones sobre si una regla admitida ha sido o no violada. Al no existir en tal sociedad un órgano especial con facultades para determinar, de forma definitiva y con autoridad, el hecho de la violación de una regla, la mera presión social para hacer cumplir las reglas tendrá un carácter difuso y difícilmente concluyente. Para resolver este tercer defecto de las reglas primarias, es decir, la difusa presión social para el cumplimiento de las reglas, Hart introduce las “reglas de adjudicación” que, en su versión más simple, consisten en facultar a determinados individuos para juzgar, con carácter de autoridad, sobre si una regla primaria ha sido o no transgredida. También, normalmente, establecen el procedimiento a seguir en la tarea de juzgar los casos de transgresión de las reglas. En las reglas de adjudicación se definen un grupo importante de conceptos jurídicos: “el concepto de juez y tribunal, jurisdicción y sentencia”⁴⁵

Con el complejo de reglas primarias y reglas secundarias obtenemos, según Hart, la forma más acabada de entender un sistema jurídico como un conjunto articulado de reglas: “Si recapitulamos y consideramos la estructura que ha resultado de la combinación de las reglas primarias de obligación con las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación, es obvio que tenemos aquí, no sólo la médula de un sistema jurídico, sino una herramienta muy poderosa para el análisis de mucho de lo que ha desconcertado tanto al jurista como al teórico de la política”⁴⁶.

Respecto a la discrecionalidad judicial, Hart va a distinguir entre casos fáciles o claros, es decir, cuando el caso de que se trate cae sin duda dentro del núcleo de significado establecido en los términos empleados en la regla a aplicar, y casos de penumbra o difíciles, cuando resulta dudoso si el significado establecido en la regla a aplicar comprende o no el caso que se presenta. En palabras de Hart: “Todas las reglas importan reconocer o clasificar casos particulares como ejemplos de términos generales y, frente a cualquier regla, es

⁴⁵ *Idem.* p.120.

⁴⁶ *Idem.* p.121.

posible distinguir casos centrales claros, a los que ella sin duda se aplica, y otros caso en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica. Es imposible eliminar esta dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales. Esta da a todas las reglas un halo de vaguedad o textura abierta⁴⁷.

- Casos fáciles o claros: Respecto de estos casos, Hart señala que se trata de aquellos casos familiares respecto de los cuales existe un acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos contenidos en la regla en que se subsumen: “Los casos claros –dice Hart-, en que los términos generales no parecen necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser “automático”, son únicamente casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios⁴⁸. Respecto de estos casos claros no se plantea, obviamente, el problema de la discrecionalidad judicial.

- Casos de penumbra o difíciles: Es en estos casos cuando Hart plantea el tema de la discrecionalidad judicial. Hart admite abiertamente que, en estos casos de penumbra, al no estar clara la norma a aplicar, el juez se convierte en legislador para el caso concreto: “La reaparición de cuestiones de penumbra nos demuestra que las normas legales son esencialmente incompletas, y que, cuando éstas no dan soluciones, los jueces han de legislar y ejercitar así una opción creativa entre varios fallos posibles⁴⁹. Posteriormente, ya no habla tan abiertamente de actividad legisladora o creadora de derecho por parte del juez en los casos difíciles. Prefiere hablar, más moderadamente, de ciertas virtudes características de la actividad judicial que, aunque no anule la discrecionalidad judicial, impida, no obstante, hablar de decisionismo judicial o mera arbitrariedad en los casos difíciles. Así, cuando un juez se encuentra

⁴⁷ *Idem.* pp.152-153.

⁴⁸ *Idem,* p.158.

⁴⁹ *Ibidem.*

ante un caso difícil o de penumbra, dice Hart: “El ámbito discrecional que le deja el lenguaje puede ser muy amplio; de modo que si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, es, en realidad, una elección”. Pero, para realizar esta elección, el juez cuenta con mucho material jurídico relevante al que acudir: “El intérprete elige añadir un caso nuevo a una línea de casos en virtud de semejanzas que pueden ser razonablemente defendidas como jurídicamente relevantes y suficientemente estrechas. En materia de reglas jurídicas los criterios de relevancia y proximidad de parecido dependen de muchos factores complejos que se dan a lo largo del sistema jurídico, y de los propósitos u objetivos que pueden ser atribuidos a la regla. Caracterizar esto sería caracterizar lo que tiene de específico o peculiar el razonamiento jurídico”⁵⁰.

3.3 Entre derecho y moral. Una crítica al positivismo.

A continuación, se mencionan cuáles son las características que, según Dworkin, diferencian a los principios de las normas. Es decir, cuáles son las peculiaridades que Dworkin atribuye a los principios. En la obra de este autor, no hay una exposición sistemática sobre los principios. La alusión a ellos aparece más bien en argumentaciones cuyo objeto no es precisamente esclarecer el tema de los principios, sino más bien acumular argumentos que parezcan convincentes contra las teorías de Hart. Por otra parte, a pesar de que el lenguaje que utiliza Dworkin es sencillo, sus argumentos son muy complejos.

El autor trata el tema de los principios a partir de observar que los abogados argumentan no solo a partir de normas, sino también a partir de otro tipo de estándares que definitivamente no son normas. Entre estos otros tipos de estándares, Dworkin señala dos (aunque deja ver que puede haber otros): principios y directrices políticas (principles y policies). Para efecto de nuestro análisis, en este momento sólo interesan los primeros, Dworkin dice “llamo principio a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable,

⁵⁰ *Idem.* p. 159.

sino porque es una exigencia de justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”⁵¹ Sin embargo, Dworkin insiste en que los principios son distintos de las normas, porque existen diferencias lógicas entre estas y aquellos. ¿Cuáles son esas diferencias lógicas? es lo que Dworkin trata de establecer.

Lo que Dworkin considera el primer dogma del positivismo jurídico es aquel según el cual todo el derecho puede ser identificado a través de una regla, esto sería correcto para Dworkin siempre que el derecho fuese reducible a solamente reglas, pero, como señala el García Figueroa: “Conviene reiterar que para Dworkin, la concepción del derecho como un conjunto de reglas, ignora la existencia de otros estándares normativos diversos que genéricamente denomina principios”⁵². Así que, como el derecho, según Dworkin, también se compone, y fundamentalmente, de principios, la tesis positivista consistente en considerar que todo el derecho es identificable como reglas sería falsa: “De acuerdo con Hart, la mayoría de las normas de derecho son válidas porque alguna institución competente las promulgó. Algunas fueron creadas por un órgano legislativo, en forma de estatutos. Otras fueron creadas por los jueces que las formularon para decidir casos particulares y las establecieron así como precedentes para el futuro. Pero este tipo de certificación no sirve para los principios...cuyo origen como principios no se basa en una decisión particular de ningún tribunal u órgano legislativo, sino en un sentido de conveniencia y oportunidad que, tanto en el foro como en la sociedad, se desarrolla con el tiempo”⁵³.

Por lo tanto, para Dworkin, la idea de la regla de reconocimiento, y las demás reglas secundarias, tienen sentido solamente para la identificación de las reglas del sistema jurídico, pero no para los principios. La razón fundamental, según Dworkin, está en que el reconocimiento de las reglas que plantea Hart es de naturaleza formal, basado en algún requisito que no atiende

⁵¹ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, traducción de Marta Guastavino, 2ª. ed., Barcelona, Ariel, 1989, p. 72.

⁵² GARCÍA Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 223.

⁵³ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, pp. 94, 95.

a su contenido, sino atendiendo a algún criterio meramente formal: “Estas normas especiales –dice Dworkin, en referencia a las reglas- pueden ser identificadas y distinguidas mediante criterios específicos, por pruebas que no se relacionan con su contenido, sino con su “pedigree” u origen, o con la forma en que fueron adoptadas o en que evolucionaron. Estas pruebas de origen se pueden usar para distinguir las normas jurídicas válidas de las espurias..., y también de otros tipos de reglas sociales (agrupadas generalmente bajo el término de (normas morales) que la comunidad sigue, pero que no impone mediante la fuerza pública”⁵⁴ . Pero los principios son de naturaleza material, por lo que para Dworkin no es posible identificarlos mediante criterio formal alguno, del tipo de la regla de reconocimiento: “Sin embargo, no podríamos idear ninguna fórmula que sirviera para probar cuánto apoyo institucional, y de qué clase, es necesario para convertir un principio en principio jurídico, y menos todavía para fijar su peso en el orden de magnitud determinado. Para abogar por un principio en particular hemos de luchar a brazo partido con todo un conjunto de estándares cambiantes, que evolucionan e interactúan (y que en sí mismos son más bien principios que normas), referentes a la responsabilidad institucional, a la interpretación de la ley, a la fuerza persuasiva de diversos tipos de precedentes, a la relación de todo ello con las prácticas morales contemporáneas y con multitud de otros estándares semejantes. No podemos reunir todo esto para formar una única norma, por completa que fuese, y si pudiéramos, tal resultado no tendría mucha relación con la imagen que presenta Hart de una regla de reconocimiento”⁵⁵

En efecto, ya hemos visto antes cómo Dworkin considera que para hacer que un principio pase a ser un principio jurídico, “hay que luchar a brazo partido con todo un conjunto de estándares cambiantes, que evolucionan e interactúan”, por lo tanto se trata de un “criterio material o de contenido”. Siguiendo a Dworkin, resulta claro que los principios no son identificables a través de ninguna regla maestra determinada, como puede ser la “Regla de

⁵⁴ *Idem.* p. 65.

⁵⁵ *Ibidem.*

Reconocimiento” de Hart: “Mi conclusión –dice Dworkin- es que si tratamos los principios como derecho, debemos rechazar el primer dogma de los positivistas, según el cual, el derecho de una determinada comunidad se distingue de otros estándares sociales mediante algún criterio que asume la forma de una regla maestra”⁵⁶.

La conclusión de Dworkin, por lo tanto, es que la teoría del Derecho de Hart sirve exclusivamente para las reglas del sistema jurídico, pero no dice nada respecto a los principios jurídicos (lo que para Dworkin es lo básico de cualquier sistema jurídico). Y para la identificación de estos principios jurídicos tan sólo cabe el razonamiento material, caso por caso, sin que la noción de regla de reconocimiento de Hart pueda ser útil. La razón fundamental del rechazo de la regla de reconocimiento por Dworkin es, claramente, su carácter formal. Siendo los principios jurídicos elementos materiales, la regla de reconocimiento, y el resto de reglas ideadas por Hart, quedan invalidados para describir lo que es el Derecho.

En la oportunidad que tuvimos de analizar a Hart, vimos de qué manera éste afirmaba que, en los casos difíciles, debemos admitir la discrecionalidad judicial para decidir sobre el caso. Esto no quería decir, como hemos visto, que para Hart discrecionalidad signifique arbitrariedad, es decir, total "ausencia de limitaciones jurídicas". Sin embargo, cuando Dworkin analiza la tesis de Hart sobre los casos difíciles, más bien parece indicar que cuando Hart habla de discreción judicial se refiere a la toma de una decisión con total ausencia de limitaciones jurídicas. En estos casos difíciles, para Dworkin, la posición de Hart sería que el juez decide según sus criterios subjetivos, al no haber norma (regla) aplicable al caso designado como difícil. Comentando la posición de Hart sobre el tema, en cuanto representante más importante del modelo positivista, Dworkin dice lo siguiente: "Cuando un caso no está claramente cubierto por una regla (porque no hay ninguna regla que parezca apropiada, o porque las que parecen apropiadas son vagas o por alguna otra razón), entonces el caso no se

⁵⁶ Dworkin, Ronald, *op. cit.* p. 99.

puede decidir aplicando la ley. Ha de ser decidido por algún funcionario, por ejemplo, un juez, que ejerza su discreción, lo que significa ir más allá de la ley en busca de algún otro estándar que lo guíe en la preparación de una norma nueva o en la ampliación de una ya existente"⁵⁷. Tanto García Figueroa como Ruiz Manero, atribuyen a Dworkin una crítica en sentido fuerte a la discrecionalidad judicial en el pensamiento de Hart: "La discreción en sentido fuente evoca la ausencia de vinculación a estándares normativos dictados por la autoridad competente"⁵⁸. Ya hemos visto que Hart puede ser interpretado en este tema de manera más moderada. Sin embargo, cuando Dworkin critica la discreción judicial, lo hace sobre la base de dos argumentos principales: a) porque toda regla se fundamenta en un principio y, por lo tanto, el derecho no son sólo reglas; b) al existir los principios en el ordenamiento jurídico, entonces, el juez que tenga dudas en los casos difíciles, no crea una norma retroactiva que antes no existía, sino que aplica los principios existentes. Como ha señalado Calsamiglia: "El núcleo más importante de la crítica al modelo de la función judicial positivista está centrado en el tema de los casos difíciles. Dworkin sostiene que cuando existen contradicciones o lagunas el juez no tiene discreción porque está determinado por los principios. Esta tesis está fundamentada en dos argumentos: cualquier norma se fundamenta en un principio y los jueces no pueden crear normas retroactivas. Tienen la obligación de aplicar los principios porque forman parte esencial del derecho. Los principios no son pseudorreglas"⁵⁹.

Así pues, Dworkin va a ofrecer una alternativa a la discrecionalidad judicial del positivismo jurídico que resuelva los problemas jurídicos que tal discrecionalidad plantea; 1) que el juez no se convierta en legislador, al menos para los casos difíciles. Dado que el poder judicial no está legitimado para legislar (el argumento democrático); 2) que las decisiones judiciales en los casos difíciles no sean vistas como motivo de inseguridad jurídica, al aplicarse

⁵⁷ *Idem*, pp. 65, 66.

⁵⁸ GARCÍA Figueroa, Alfonso, *op. cit.* p. 268.

⁵⁹ CALSAMIGLIA, A, "Ensayo sobre Dworkin", prólogo a *Los derechos en serio*, pp.14-15.

una norma inexistente cuando el caso ocurrió, pues la tesis de la discrecionalidad judicial admite la creación por el juez, ex post facto, de una norma judicial a un caso precedente (el argumento liberal). Y la alternativa de Dworkin a la discrecionalidad judicial es conocida como la tesis de la única respuesta correcta.

Pero, de tratarse tan sólo de un ideal regulativo, asunto que no está claro, según muchos comentaristas, en la obra de Dworkin, entonces, habría que admitir que los jueces reales gozan de cierta discrecionalidad, como dice Luis Prieto, dentro de los límites de la unidad de solución justa. Esta idea de unidad de solución justa, se refiere a que el juez debe ajustar sus decisiones a un modelo de universalización y generalización, evitando los fallos "ad hoc" o puramente ocasionales. Pero, la unidad de solución justa, insiste el Prof. Prieto, no sería admitida por la tesis de Dworkin sobre la única respuesta correcta: "Me interesa subrayar, sin embargo, que este punto no coincide con el que sostiene Dworkin cuando afirma o recomienda que los jueces no se guíen por directrices políticas, sino por unos principios de naturaleza moral que se hallarían en la base del orden jurídico. El criterio que venimos comentando no excluye de la decisión judicial ni la dimensión creativa ni la ideológica o política; se trata más bien de un requisito formal estrechamente emparentado con el *modus operandi* que caracteriza a los tribunales como órganos de producción jurídica"⁶⁰. Si la tesis de la única respuesta correcta significa literalmente que el juez ha de dar realmente con una única respuesta correcta, que estaría esperándole en su búsqueda de un principio del sistema jurídico, entonces, su respuesta no sería objeto posible de crítica, pues se habría llegado a dar, por fin, dice Carrió, con el objetivo que todas las escuelas jurídicas de la interpretación del derecho habrían estado buscando y habrían fracasado hasta Dworkin: a) la teoría positivista-formalista, que sostiene que un sistema jurídico es siempre un sistema lógicamente cerrado en el cual se puede deducir decisiones correctas a partir de reglas jurídicas predeterminadas, valiéndose exclusivamente de medios lógicos; b) la teoría realista, para la cual no hay reglas, por lo que las

⁶⁰ PRIETO Sanchís, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, p.115

decisiones de los tribunales son el producto de las preferencias personales e incluso de los prejuicios de los propios jueces; c) la teoría de Hart y el positivismo como método, según la cual los jueces aplican normalmente las reglas a los casos fáciles, pero que tienen discreción judicial para crear derecho en los llamados casos difíciles; d) la teoría de la única respuesta correcta de Dworkin, según la cual el derecho está compuesto por reglas y principios, todos preexistentes a la actuación judicial, y que en los principios encuentra el juez la única respuesta correcta al caso que ha de decidir⁶¹. De ser ésta la posición de Dworkin, su teoría podría ser calificada de iusnaturalista, pues creería que existe realmente el derecho verdaderamente justo, y que tal derecho se encontraría en el ordenamiento jurídico vigente, si no en el de todos los Estados, al menos en alguno de ellos; quizá en el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos de Norteamérica.

3.4 “No” positivismo, Neoconstitucionalismo y Ponderación.

Generalmente en el modelo de Estado actual, las Constituciones se encuentran integradas por normas que crean y organizan al mismo Estado, pero también se encuentran contenidas normas que procuran la dignidad humana y que son denominados derechos fundamentales. Para Robert Alexy “hay dos diversas teorías (Konstruktion) básicas de los derechos fundamentales: una estrecha y rigurosa (eng und strikt), y otra amplia y comprehensiva (weit und umfassend); la primera es denominada “teoría de las reglas”, la segunda “teoría de los principios”⁶². Bajo esta perspectiva, a ésta primera categoría pertenecen las que constituyen y organizan los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial); En la segunda se encuentran las que limitan y dirigen el poder estatal; aquí encontramos los derechos fundamentales.

⁶¹ CALSAMIGLIA, A, *op. cit.*, pp.20-21.

⁶² ALEXY, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional*, número 11, enero-junio 2009, p. 3, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>.

Para Alexy las normas jurídicas pueden ser categorizadas en reglas y principios. Entiende a las primeras como “normas que obligan, prohíben o permiten algo en forma definitiva”⁶³. De tal suerte que constituyen mandatos definitivos que obligan a hacer exactamente lo que exigen, sin embargo esto también la obliga a ser cumplidas o no. La forma de aplicación de ésta regla, es la subsunción. Por el contrario, entiende a los principios como “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas. Por lo tanto los principios son mandatos de optimización”⁶⁴. Con esto, podemos entender que los principios pueden cumplirse en diferentes grados dependiendo las posibilidades fácticas y jurídicas a través de lo que él llama, la ponderación.

Para García Amado la subsunción “consistente nada más que en esa simple mecánica de subsumir o encajar los hechos bajo el supuesto de la norma general y abstracta preexistente, de manera que la solución del caso aparecería con un tan simple proceder, meramente “mecánico” o únicamente guiado por las más elementales reglas de la lógica deductiva”⁶⁵ Por su parte, la Real Academia nos dice que ponderar no es otra cosa que “determinar el peso de algo”⁶⁶ para Alexy los valores y los principios tienden a colisionar y esta colisión solo puede resolverse a través del mencionado método ponderativo el cual es parte de un principio más amplio que es el de proporcionalidad que a su vez se compone de tres partes según Alexy⁶⁷ en los sub-principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Todos estos sub-principios expresan la idea de optimización, de hecho, los derechos fundamentales son mandatos de optimización que pretenden la realización de algo en la más alta medida según las posibilidades materiales y jurídicas.

⁶³ ALEXY, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, Ed. Ad hoc, Buenos Aires, 2012, p. 20.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ GARCÍA Amado Juan Antonio, *Ponderación y subsunción. Métodos intercambiables*, <https://www.garciamado.es/2014/06/ponderacion-y-subsuncion-metodos-intercambiables/>

⁶⁶ <http://dle.rae.es/?id=TdX1luM>

⁶⁷ ALEXY, Robert, “Derechos fundamentales...” *cit.*, p. 8.

Alexy hace la distinción entre principios de contenido o materiales y principios formales o procedimentales. El principio material es aquel tipo de principio que, o bien sirve para la defensa de un derecho individual, o bien sirve para la defensa de un bien o interés comunitario. El principio formal o procedimental, es aquel tipo de principio que establece los márgenes dentro de los cuales actúan los principios materiales o de contenido. Es decir “Un principio formal o procedimental es el que establece que el legislador democrático debe tomar las decisiones importantes para la comunidad. Este principio formal puede ser sopesado, conjuntamente con un principio material que sirve sólo intereses comunitarios relativos, frente a un principio de derecho fundamental que otorga derechos individuales... En la medida en que la concesión de márgenes de acción trae como consecuencia que exista menos protección que la que existiría si no hubiese dichos márgenes de acción, aquel principio puede ser calificado como una razón de restricción independiente”⁶⁸

El autor también hace una distinción entre principios explícitos y principios implícitos. Son explícitos si los principios están contemplados expresamente en las disposiciones jurídicas, principalmente en la Constitución, mientras que los implícitos son los que no lo están. Ambos principios son materiales, pero también formales. Además del carácter expreso o implícito en una disposición normativa constitucional, principalmente, lo que va a diferenciarlos es que el principio implícito, tiene su sostén en los términos de una buena argumentación jurídica de su existencia, mientras que el principio explícito ya tiene su existencia normativa y solo integramos a su sostenimiento una argumentación jurídica correcta. “Los principios no necesitan ser establecidos explícitamente sino que también pueden ser derivados de una tradición de normaciones detalladas y de decisiones judiciales que, por lo

⁶⁸ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p.133.

general, son expresión de concepciones difundidas acerca de cómo deber ser el derecho”⁶⁹

Para determinar si la teoría de los principios es fuerte respecto a lo que Alexy⁷⁰ llama su rendimiento, considera necesario relacionar esta idea con la del/de los “valor (es)” en este sentido, considera que la colisión entre principios también puede expresarse como una colisión de valores y que la única diferencia será que la colisión de principios trata la cuestión de “que es debido de manera definitiva”, mientras que la de valores contesta “que es de manera definitiva mejor”, dicho de otro modo la colisión de principios es deontológica, a través de la expresión de mandatos de optimización, mientras que la de valores expresa juicios de valor comparativos (X es mejor que Y).

Para María Dolores Pérez Jaraba⁷¹, los criterios de distinción entre principios y reglas de Alexy, se determinarían de la siguiente manera:

a) Criterio de cumplimiento: Las reglas sólo pueden ser cumplidas o no, mientras que los principios ordenan que algo sea cumplido en la mayor medida posible.

Con esta distinción entre principios y reglas, Alexy⁷² pretende establecer que los principios, en tanto normas deónticas, son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que, la medida de su cumplimiento, no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. Si una regla es válida, entonces ha de hacerse exactamente lo que ella exige, nada más pero tampoco nada menos. También señala Alexy que este criterio de cumplimiento establece una diferencia entre principios y reglas de carácter cualitativo y no simplemente de grado.

⁶⁹ *Idem.* p.104.

⁷⁰ ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, No. 5, 1988, p. 145.

⁷¹ PÉREZ Jaraba, María Dolores, “Los derechos fundamentales como normas jurídicas materiales en la teoría de Robert Alexy”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, No. 24, 2011, pp. 191 a 195.

⁷² *Idem.* p. 143.

b) Criterio del “tipo de razones”: Los principios son siempre razones «prima facie», mientras que las reglas, a menos que se establezca una excepción, son razones definitivas.

Alexy⁷³ considera que existen razones de distintos tipos de razones entre los principios y las reglas. Así, si una regla no contiene ninguna “cláusula de excepción”, entonces, vale definitivamente lo que la regla ordena. De tal suerte que el contenido de la regla que no permite ninguna excepción es una razón definitiva para el que ha de aplicarla, lo que anula la posibilidad de recurrir a ninguna otra razón autónoma o independiente distinta del mandato determinado en la regla. El fundamento más importante del carácter de razón definitiva de las reglas que ofrece Alexy es que, las reglas han sido impuestas de forma expresa por la autoridad legitimada jurídicamente para hacerlo.

c) El criterio de la generalidad: los principios suelen ser relativamente generales, las reglas, por el contrario, suelen ser relativamente concretas.

Alexy⁷⁴ considera que los principios suelen ser relativamente generales ya que no hacen mención de una manera determinada a las posibilidades del mundo real o normativo. Éstos tienen una naturaleza más ideal que las reglas, las cuales, por el contrario, sí están concretamente referidas a las posibilidades del mundo real y normativo. Sin embargo, este criterio de la generalidad no establece, frente a los dos anteriores, una diferencia cualitativa entre principios y reglas.

En este sentido, Alexy menciona que existen normas de alto grado de generalidad que no son principios, lo que muestra que al criterio de la generalidad le corresponde sólo un derecho relativo. Por lo tanto, con el criterio de la generalidad sólo obtenemos una distinción relativamente débil entre principios y reglas.

3.5 Humberto Ávila y su teoría de los principios.

⁷³ ALEXY, Robert, “Teoría de los...” *cit.*, pp. 101-103.

⁷⁴ ALEXY, Robert, “Sistema jurídico...” *cit.*, p. 141.

La propuesta del Dr. Ávila está centrada en dos partes. En primer lugar, los principios y reglas, a los que llama normas de primer grado; en segundo lugar los llamados postulados normativos o normas de segundo grado. Humberto Ávila no reconoce la especificidad de los principios en el hecho de que estos pueden y deben ser ponderados y poseen una dimensión de peso, pues prueba que esto también vale fundamentalmente para las reglas. Busca la distinción de reglas y principios en otra dirección, encontrándola en primer lugar, en el hecho de que las reglas describen directamente un comportamiento o atribuyen una competencia como objeto, buscando solo indirectamente obtener un fin, mientras que por el contrario, los principios buscan directamente la consecución de un fin e influyen sólo indirectamente en los modos conductuales o en las atribuciones de competencia necesarias para ello.

Atendiendo los postulados a las reglas y los principios. Tiene en mente criterios como la proporcionalidad y la razonabilidad, la eficiencia y la seguridad jurídica, que suelen denominarse principios, tales postulados no buscan, a diferencia de los principios en sentido estricto, la búsqueda directa de un fin, sino que, por el contrario, cumplen una función distinta de prescribir y orientar determinados modos de pensamiento y argumentación, estructurando de esta manera, el modo de aplicación de las reglas y de los principios. Por ello, estos postulados no se encuentran en el plano de las reglas y de los principios, sino en una especie de “metaplano” que Humberto Ávila califica como normas de segundo grado o normas de aplicación.

Un tema de especial relevancia, es el de la efectividad del ordenamiento jurídico, de manera especial la de los llamados principios jurídicos. Algunas cuestiones que son importante señalar: En primer lugar, la distinción en si misma entre principios y reglas. Por un lado, las separaciones son en virtud de la estructura y los modos de aplicación y colisión, entienden como necesarias cualidades que son meramente contingentes en las referidas especies normativas. Estas distinciones exaltan la importancia de los principios

(lo que reduce la función de las reglas). Por otro lado, estas distinciones han atribuido a los principios la condición de normas que, al estar relacionadas con valores que requieren una apreciación subjetiva de quién las aplica, no son susceptibles de investigación controlable intersubjetivamente. Los principios son reverenciados como bases o pilares del ordenamiento jurídico sin que a esa veneración se le añadan elementos que permitan entenderlos y aplicarlos mejor. La segunda cuestión, es la falta de claridad conceptual al tratar las especies normativas. Esto ocurre no solo porque se utilizan como sinónimas varias categorías que en rigor son diferentes, como es el caso de la utilización indiscriminada de la palabra principios, confundidos con reglas, postulados, máximas etc.

Lo importante no es saber cuál es la denominación más correcta de uno u otro principio. Lo importante es saber cuál es el modo más seguro de garantizar su aplicación y su efectividad. La necesidad de distinción no surge en razón de la existencia de distintas denominaciones, sino, de la necesidad de que haya diferentes designaciones para diversos fenómenos. Por tal motivo, determinamos que se trata de una exigencia de claridad conceptual, no de una distinción terminológica en exclusiva.

La idea a continuación, es demostrar que los principios no solo explicitan valores, sino que también establecen especies precisas de comportamientos y que la regulación de conductas mediante reglas también puede ser objeto de ponderación, aunque el comportamiento previsto inicialmente dependa de que se satisfagan algunas condiciones para ser superado.

Dice Humberto Ávila “Las normas no son textos ni el conjunto de ellos, sino el sentido construido a partir de la interpretación sistemática de los textos normativos”⁷⁵. En este sentido debemos entender que no existe correspondencia entre norma y disposición, en el sentido de que siempre que

⁷⁵ ÁVILA, Humberto, *Teoría de los principios*, 10ª. ed., trad. De Laura Criado Sánchez, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 29.

haya una disposición habrá una norma o siempre que haya una norma, deberá haber una disposición. En algunos casos hay norma pero no hay disposición; en otros hay disposición pero no hay norma; también en otros hay una disposición a partir de la que se construye más de una norma; mientras que en otros casos hay más de una disposición a partir de las cuales se compone una sola norma.

La función de la ciencia del derecho no debe considerarse solo como una mera descripción del significado. Entender el significado como el contenido conceptual de un texto supone la existencia de un significado intrínseco que no dependa del uso o de la interpretación. Sin embargo esto no ocurre, ya que el significado no está incorporado al contenido de las palabras, sino que es algo que depende de su uso e interpretación, lo que se demuestra con el cambio de sentido que sufren los términos a lo largo del tiempo y en el espacio. Por otro lado, la concepción que aproxima el significado a la intención del legislador presupone la existencia de un autor determinado y de una voluntad unívoca fundadora del texto. Sin embargo, esto tampoco ocurre, pues el proceso legislativo se califica justamente como un proceso sumamente complejo que no se somete a un solo autor o a una sola voluntad.

El elemento central se encuentra “en el hecho de que el intérprete no atribuye el significado correcto a los términos legales. Él tan solo construye ejemplos del uso del lenguaje o versiones de significado –sentidos-, ya que el lenguaje nunca es algo predeterminado, sino algo que se perfecciona con el uso”⁷⁶.

En este sentido, el intérprete no describe meramente el significado previamente existente de las disposiciones. Su actividad consiste en construir esos significados. Para Pablo Sánchez, esta concepción “sitúa la función del intérprete en la reconstrucción del sentido”⁷⁷. Es decir, en efecto, es posible decir que el intérprete no solo construye, sino que reconstruye sentido, teniendo

⁷⁶ *Idem*, p.31.

⁷⁷ SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, “Humberto Ávila: Teoría de los principios” en *Persona y Derecho*, vol. 64, 2011, p. 238, <https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/persona-y-derecho/article/viewFile/5122/4431>.

en cuenta la existencia de significados incorporados al uso lingüístico y construido en la comunidad del discurso. Por ello se dice que “interpretar es construir a partir de algo, esto es, significa reconstruir: la primera, porque utiliza como punto de partida los textos normativos, que ofrecen límites a la construcción de sentidos; la segunda, porque manipula el lenguaje, al que se incorporan núcleos de sentido, que se puede decir, se construyen por el uso y preexisten al proceso interpretativo individual”⁷⁸.

De manera informal, podríamos decir que el poder judicial y la ciencia del derecho construyen significados, pero enfrentan límites que si se ignoran, provocan un descompás entre la previsión constitucional y el derecho constitucional concreto. Dado que es el intérprete quien crea las normas a partir de las disposiciones, no podríamos concluir que una u otra disposición contenga una regla o principio. Esta calificación normativa necesitaría conexiones axiológicas que no están incorporadas al texto ni pertenecen al él, sino que, las construye el propio interprete. Esto no quiere decir que el intérprete sea libre para hacer las conexiones entre las normas y los fines a cuya realización sirven. El ordenamiento jurídico establece la realización de fines, la preservación de valores y el mantenimiento o búsqueda de determinados bienes jurídicos esenciales para realizar estos fines y preservar estos valores.

Calificar las normas como principios o como reglas depende de la colaboración constitutiva del intérprete.

Para Humberto Ávila, existen ciertos criterios que distinguen a los principios de las reglas, y son los siguientes:

- a) Criterio del “carácter hipotético-condicional”

Para algunos autores, las reglas poseen un supuesto y una consecuencia que predeterminan la decisión y se aplican de acuerdo con el esquema, *si, entonces*; los principios tan solo indican el fundamento que va a

⁷⁸ ÁVILA, Humberto, *Op. Cit.*, p.32.

utilizar el aplicador para encontrar, en el futuro, la regla imputable al caso concreto.

Esser menciona que “los principios generales del derecho se conciben como valoraciones normativas superiores, principios y pautas, en que se basa el ordenamiento jurídico y que se refieren al papel de las indicaciones para el proceso de cambio de la normación jurídica”⁷⁹ mientras que, las reglas determinan la propia decisión. Larenz⁸⁰ definió los principios como normas de gran relevancia para el ordenamiento jurídico, en la medida en que establecen fundamentos normativos para interpretar y aplicar el derecho, de los que derivan, directa o indirectamente, normas de comportamiento.

Este criterio permite verificar que las reglas poseen un elemento descriptivo, mientras que los principios solo establecen una directriz.

Si bien es cierto, los principios indican un primer paso orientador para la obtención de la regla, este criterio de distinción no otorga fundamentos que nos indiquen que se da *un primer paso*. Visto de esta manera, también podríamos pensar que es la regla la que nos proporciona *el último paso* en el descubrimiento del contenido normativo. Cabe mencionar que este contenido normativo depende de posibilidades normativas y fácticas que verifican en el momento mismo de la aplicación. En este sentido, el “último paso” no lo da la disposición, no el significado preliminar de la norma, sino la interpretación.

No podemos dejar de lado, que también un supuesto es cuestión de formulación lingüística, es decir algunos principios podrían ser formulados de modo hipotético. Este criterio parte del supuesto de que la especie de norma y sus atributos normativos derivan necesariamente del modo de formulación de la disposición objeto de interpretación, como si la forma de exteriorización de la disposición (objeto de la interpretación) predeterminase totalmente el modo en

⁷⁹ ESSER, Joseph, citado en SANTOS, José Antonio, “Sobre normas y principios en la doctrina alemana”, 2008, p. 272, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/ars-iuris/article/download/2642/2481>.

⁸⁰ LARENZ, Karl, citado en ÁVILA, Humberto, *Op. Cit.*, p. 34.

que la norma (resultado de la interpretación) va a regular la conducta humana o como deberá aplicarse.

Por otra parte, aunque una determinada disposición haya sido formulada de modo hipotético por el poder legislativo, esto no significa que el intérprete no pueda considerarla un principio. La relación entre las normas constitucionales los fines y valores para cuya realización sirven de instrumento no está concluida antes de la interpretación, ni incorporada al propio texto constitucional antes de la interpretación. Esta relación, debe ser construida por el propio intérprete. En este sentido, Humberto Ávila dice que “no es correcto afirmar que una disposición constitucional o es un principio o una regla, o que una determinada disposición, por estar formulada de una u otra manera, debe considerarse un principio o una regla. Como el intérprete tiene la función de medir y especificar la intensidad de la relación entre la disposición interpretada y los fines y valores que le son, potencial y axiológicamente, superiores, él puede realizar la interpretación jurídica de una disposición hipotéticamente formulada como regla o como principio”⁸¹.

Para poder calificar una norma como principio no es que ésta esté construida a partir de una disposición exteriorizada por un supuesto normativo determinado. Por una parte la norma puede reformularse como supuesto de hecho seguido de consecuencia. Por otra parte, en cualquier norma, aunque haya un supuesto seguido de una consecuencia, se hace referencia a fines. Calificar a algo de principio o de regla, dependerá del uso argumentativo, no de la estructura hipotética.

b) Criterio del modo final de aplicación

Para algunos autores, las reglas se aplican de modo absoluto todo o nada, mientras que los principios, de modo gradual, más o menos. Como vimos líneas arriba, Dworkin⁸² afirma que las reglas se aplican de modo todo o nada

⁸¹ ÁVILA, Humberto, *Op. Cit.*, p.39.

⁸² DWORKIN, Ronald, “*Los derechos...*” *Op. Cit.* p. 24.

en el sentido de que, si se cumple el supuesto de hecho de una regla, o la regla es válida, y se acepta la consecuencia normativa, o no se considera válida. Los principios por el contrario, no determinan absolutamente la decisión, sino solamente contienen fundamentos, que deben conjugarse con otros fundamentos provenientes de otros principios, según él, si se dan los hechos estipulados por una regla, entonces la regla es válida, en cuyo caso debe aceptarse la respuesta que ofrece, o debe encontrarse una excepción a esa regla.

Como también lo vimos en el apartado anterior, Alexy⁸³ define las reglas como normas cuyas premisas son o no directamente cumplidas y que no deben ni pueden ponderarse, las reglas establecen obligaciones definitivas ya que no se ven superadas por normas contrapuestas, mientras que los principios establecen obligaciones *prima facie*, en la medida en que estas pueden ser superadas o derogadas en función de otros principios opuestos.

Para Humberto Ávila, esto puede ser reformulado ya que, en primer lugar hay que demostrar que el modo de aplicación no está determinado por el texto objeto de interpretación, sino que es resultado de conexiones axiológicas que construye el intérprete, que puede invertir el modo de aplicación inicialmente considerado elemental. En efecto, muchas veces el carácter absoluto de la regla se modifica completamente después de haber considerado todas las circunstancias del caso⁸⁴.

El contenido preliminar de algunas normas establece límites objetivos, cuyo incumplimiento aparenta imponer, de modo absoluto, la realización de la consecuencia. Sin embargo, esta obligación llamada absoluta, no impide que otras razones contrarias se superpongan en determinados casos.

La consecuencia establecida *prima facie* por la norma, puede dejar de aplicarse ante razones sustanciales que el aplicador, mediante una adecuada

⁸³ ALEXY, Robert, "Teoría de los..." *cit.*, p. 216.

⁸⁴ ÁVILA, Humberto, *Op. Cit.*, p. 41

fundamentación, considere superiores a aquellas que justifican la propia regla. O se examina la razón que fundamenta la propia regla para comprender, restringiendo o ampliando, el contenido de sentido del supuesto normativo, o se recurre a otras razones, basadas en otras normas, para justificar el incumplimiento de aquella regla. Estas consideraciones bastan para demostrar que no es adecuado afirmar que las reglas poseen un modo absoluto todo o nada de aplicación. Tanto los principios como las reglas pueden implicar la consideración de aspectos específicos, que en abstracto no se tuvieron en consideración.

Por otro lado, hay reglas que tienen en su contenido expresiones cuyo ámbito de aplicación no está delimitado, con lo que quién interpreta queda a cargo de decidir si la norma incide o no en el caso concreto. Existen muchas consideraciones que comprueban que la afirmación de que las reglas se aplican según el modo todo o nada solo tiene sentido cuando ya se hayan superado todas las cuestiones relacionadas con la validez, el sentido y la subsunción final de los hechos. La característica específica de la norma solo puede surgir tras su interpretación. Únicamente en este momento podría comprenderse si se producirán consecuencias y cuáles serán estas, en caso de que se apliquen a un caso concreto. Y es sólo la aplicación ante el caso concreto corroborara los supuestos anteriormente tenidos como automáticos. En este sentido, tras la interpretación frente a circunstancias específicas (acto de aplicación) tanto las reglas como los principios, en vez de alejarse, se aproximan⁸⁵. La única diferencia que se puede constatar es el grado de abstracción anterior a la interpretación: en el caso de los principios el grado de abstracción es mayor con relación a la norma de comportamiento que deba ser determinada, ya que no se vinculan abstractamente a una situación específica (por ejemplo, principio democrático, Estado de Derecho); en el caso de las reglas las consecuencias son inmediatamente verificables, aunque deban corroborarse por medio del acto de aplicación. Ese criterio distintivo entre principios y reglas pierde parte de su importancia cuando se constata, por un lado, que la aplicación de las reglas

⁸⁵ *Idem.* p. 44.

también depende de la interpretación conjunta de los principios que a ellas se refieran (por ejemplo, reglas del procedimiento legislativo en correlación con el principio democrático) y, por otro lado, que los principios, para ser aplicados, normalmente requieren la complementación de las reglas.

Lo importante es que tanto los principios como las reglas permiten considerar aspectos concretos e individuales. Los principios establecen un estado de cosas que debe promoverse sin describir, directamente, el comportamiento debido. Se adopta un comportamiento porque sus efectos contribuyen a promover el fin. Los principios podrían enmarcarse en calidad de normas que generan, para la argumentación, razones sustanciales o razones finalistas.

En el caso de las reglas la consideración de aspectos concretos e individuales solo puede hacerse con una fundamentación capaz de superar la trinchera resultante de la concepción de que las reglas deben ser obedecidas. La propia regla funciona como razón para la adopción del comportamiento. Las reglas podrían enmarcarse como normas que generan, para la argumentación, razones de corrección o razones de autoridad.

c) Criterio del conflicto normativo

Para algunos autores reglas y principios podrían diferenciarse por la forma de funcionar en caso de conflicto normativo, pues, para ellos, la antinomia entre las reglas significa conflicto, el cual podría solucionarse con la declaración de invalidez de una de las reglas o bien con la definición de una excepción. Por otra parte, la relación entre los principios consiste en una superposición que se decide a través de una ponderación respecto al peso de cada uno de ellos.

Como lo señalábamos en el apartado correspondiente, Dworkin sostiene que “los principios, al contrario de las reglas, poseen una dimensión de peso que se exterioriza en caso de colisión, supuesto en el que el principio con

un mayor peso relativo, se superpone al otro, sin que éste pierda su validez”⁸⁶. Por su parte Alexy afirma que “los principios jurídicos solo son una especie de norma jurídica por medio de la cual se establecen deberes de optimización, aplicables a varios grados, según las posibilidades normativas y fácticas”⁸⁷. Cuando hay colisión de principios, la solución no se resuelve con la inmediata determinación de prevalencia de un principio sobre otro, sino que se establece en función de la ponderación entre principios en conflicto, según la cual, en determinadas circunstancias concretas, prevalece uno de ellos.

Para Humberto Ávila⁸⁸ no es apropiado afirmar que la ponderación es método privativo de aplicación de los principios, ni que los principios poseen una dimensión de peso. El mismo menciona que la ponderación no es un método privativo de aplicación de los principios ya que la ponderación o compensación como forma de sopesar las razones a favor y en contra que culmina con la decisión de interpretación, también puede estar presente en el caso de las reglas.

En primer lugar, la actividad de ponderación se produce en el supuesto de reglas que abstractamente conviven, pero que concretamente pueden entrar en conflicto. Es posible afirmar que en el caso de que dos reglas entren en conflicto, o se declara la invalidez de una de ellas o bien se establece una excepción para una de ellas para esquivar la incompatibilidad entre las mismas. Es por esto que podría sostenerse que las reglas entran en conflicto en el plano abstracto y la solución de este conflicto podría ser incluido en la problemática de la validez de las normas. Por otra parte, los principios entran en conflicto en el plano concreto y la solución del conflicto forma parte de la problemática de la aplicación.

⁸⁶ DWORKIN, Ronald, “Los derechos...”, p. 26.

⁸⁷ ALEXY, Robert, “Teoría de los...” *cit.*, p. 59.

⁸⁸ ÁVILA, Humberto, *Op. Cit.*, pp. 47 y 48.

A modo de ejemplo Humberto Ávila⁸⁹ nos dice que existe una regla que determina que el médico debe decir a su paciente toda la verdad sobre su enfermedad; otra establece que el médico debe utilizar todos los medios disponibles para curar a su paciente. Pero ¿Cómo decidir qué hacer, cuando decir la verdad al paciente sobre su enfermedad disminuya las oportunidades de su cura, en razón de la conmoción que provoque? ¿El médico debe decir o debe omitir la verdad?

Con independencia de la solución que se adopte se trata de un conflicto entre reglas, para lo cual, la solución al no estar en el ámbito de la validez y si en el plano de la aplicación, habrá de depender de la ponderación entre los fines que se persiguen.

En segundo lugar, el contenido de las reglas puede ser superado por razones contrarias, mediante un proceso de ponderación de razones. Esto es fácil observarlo en las relaciones entre las reglas y sus excepciones. La excepción puede estar determinada en el propio ordenamiento jurídico. Bajo este punto de vista, quién lo aplica deberá decidir si hay razones para aplicar el supuesto normativo de la regla o el de la excepción.

En tercer lugar la ponderación de las reglas se lleva a cabo en la delimitación de supuestos normativos semánticamente abiertos o de conceptos jurídico-políticos como Estado de Derecho, democracia etc. Para estos casos, quién interpreta debe examinar varias razones en contra y a favor de la incidencia de la regla o bien, investigar un conjunto de razones para determinar los elementos con los que se constituyen estos conceptos. Considerando que las disposiciones son resultado de generalizaciones hecha por el legislador, todas estas son potencialmente imprecisas en la medida en que pueden surgir situaciones que en un principio no estuvieran previstas. Cuando esto sucede, quién los aplica, debe revisar la finalidad de la regla, solamente a partir de la ponderación de todas las circunstancias del caso, podrá decidirse que elemento tiene prioridad para definir la finalidad de la norma.

⁸⁹ *Idem*, p. 48

La cuestión crucial no es la definición de los elementos descritos en el supuesto normativo, sino saber en cuales casos, el aplicador puede recurrir a la razón justificativa de la regla.

En cuarto lugar, la ponderación de reglas se lleva a cabo con la decisión de la aplicabilidad de un precedente judicial al caso que está siendo analizado. Alejarse de una nueva decisión de los precedentes ya consolidados depende de que se haga una ponderación de razones.

En quinto lugar, la ponderación de las reglas se verifica en la utilización de formas argumentativas como la analogía y el argumento a contrario. Estas consideraciones nos muestran que la actividad de ponderación de razones no es privativa de la aplicación de los principios, sino que es una característica de cualquier aplicación de normas. Esta ponderación se refiere a los principios, pero también a las reglas, esto en la medida en que cualquier norma posee un carácter provisional que puede superarse por razones consideradas más relevantes por quién, la aplica a un caso concreto.

Una cosa que es importante señalar, es que no solo los principios tienen razones o dimensiones de peso. La aplicación de reglas también exige que se sopesen razones cuya importancia será atribuida por el aplicador. “la dimensión axiológica no es privativa de los principios, sino un elemento integrante de cualquier norma jurídica”⁹⁰. Por otra parte, esta dimensión de peso no es algo que ya esté integrado a un tipo de norma. Las normas no están reguladas por su misma aplicación. No son, por lo tanto, los principios los que poseen una dimensión de peso; es a las razones y los fines a los que hacen referencia a los que se debe atribuir la dimensión de importancia. La estructura normativa no decide previamente la dimensión de peso de uno u otro elemento, sino que esta se la atribuye el aplicador en cada caso concreto.

En sexto lugar, el poder judicial poder ignorar los límites textuales o restringir el sentido usual de una disposición. Puede realizar disociaciones de

⁹⁰ *Idem*, p. 53.

significado hasta ese momento desconocidas. La conexión entre la norma y el valor que preliminarmente se le atribuye no depende de la norma como tal o de características directamente apreciables en la disposición a partir de la cual se construye, como estructura hipotética. Esta conexión depende tanto de las razones utilizadas por el aplicador en relación a la norma que aplica, como de las circunstancias valoradas en el proceso de aplicación. En este sentido, la dimensión de peso no guarda relación con la norma, sino con el aplicador y el caso. De tal forma que la atribución de peso depende del punto de vista elegido por el observador, de forma que en función de los hechos y de la perspectiva desde la que estos se analizan, una norma puede tener más o menos peso, o incluso ningún peso para la decisión.

Los principios estipulan los fines perseguidos, sin determinar los medios que han de elegirse. En el caso de encuentro entre dos principios, se pueden producir varias situaciones.

Por una parte nos referimos al hecho de que la realización del fin establecido en un principio, siempre lleve a la realización del fin estipulado por el otro. Lo cual ocurre con los llamados principios interdependientes. En este caso no hay limitación recíproca entre principios, sino refuerzo mutuo.

Otra situación es la que versa sobre la posibilidad de que la realización del fin establecido en un principio, excluya la realización del fin estipulado por el otro. Esto ocurre en el caso de principios cuyas finalidades son alternativamente excluyentes. Esto significa que, cuando la realización del fin establecido por un principio, se excluya a la realización del fin estipulado por el otro, no se observa la mencionada limitación y complementación recíproca de sentido. El sentido de ambos debe aplicarse integralmente. La colisión no obstante solo puede solucionarse si se rechaza a uno de ellos.

La tercera situación es la que concierne al hecho de que la realización del fin establecido por un principio lleve solo a realizar parte del fin estipulado por el otro. Esto sucede en el caso de principios parcialmente superpuestos. En

este caso se produce limitación y complementación recíprocas de sentido en la parte objeto de superposición.

La última situación es la que se refiere a la posibilidad de que la realización del fin establecido por un principio, no interfiera en la realización del fin establecido por el otro. Este supuesto se verifica en el caso de principios que determinan la promoción de fines indiferentes entre sí.

El punto final respecto a las ponderaciones es comprobar que la distinción entre principios y reglas no se encuentra en el hecho de que las reglas deban aplicarse en el todo y los principios solo en la medida máxima. “Ambos tipos de normas deben aplicarse de tal modo que su contenido de deber ser se realice totalmente. Tanto las reglas como los principios poseen el mismo contenido de deber ser”⁹¹ la única distinción es en cuanto a la determinación de la prescripción de conducta que resulta de su interpretación: los principios no determinan directamente la conducta que ha de seguirse, tan solo establecen fines normativamente relevantes, cuya concreción depende más intensamente de un acto institucional de aplicación que deberá encontrar el comportamiento necesario para promover el fin; las reglas dependen de modo menos intenso de un acto institucional de aplicación en los casos normales, pues el comportamiento ya está previsto frontalmente por la norma.

Es importante señalar que Ávila hace una propuesta de disociación entre principios y reglas, y que a continuación se señalan de forma resumida:

a) Disociación justificante

Los principios remiten al intérprete a valores. Es común afirmar que los valores dependen de una valoración subjetiva. Incorporan una cuestión de gusto. Mientras algunos aceptan un valor, otros lo rechazan. En este sentido,

⁹¹ *Idem*, p. 57.

para Humberto Ávila “los valores al depender de una apreciación subjetiva, serían ateóricos, sin valor de verdad, sin significación objetiva”⁹².

Algunos autores consideran que existen dos modos opuestos de investigación de los principios jurídicos. Por una parte, es posible analizar los principios de modo que exalten los valores que protegen, pero sin examinar cuales son los comportamientos indispensables para la realización de esos valores. Por otro lado, los principios se pueden investigar de manera que favorezca el examen de su estructura, especialmente para encontrar en ella un procedimiento racional de fundamentación que permita por una parte, especificar las conductas necesarias para la realización de los valores por ellos realizados, por otra, como justificar y controlar su aplicación mediante la reconstrucción racional de los enunciados doctrinales y de las decisiones judiciales. La cuestión crucial deja de ser la verificación de los valores en juego, para constituirse en la legitimación de criterios que permitan aplicar racionalmente esos valores.

b) Disociación abstracta

La distinción entre principios y reglas, tiene dos finalidades fundamentales. En primer lugar, busca anticipar características de las especies normativas de modo que el intérprete o el aplicador, al encontrarlas, vea allanado el proceso de interpretación y aplicación del derecho. Por otra parte “aliviar” mediante su estructuración, la carga de argumentación del aplicador del derecho, en la medida en que una calificación de las especies normativas permite aminorar, no eliminar la necesidad de fundamentación, al indicar por lo menos, lo que debe ser justificado.

Buscando detallar estas distinciones entre principios y reglas, encontramos que los criterios utilizados por la doctrina, muchas veces manipulan para la interpretación abstracta de las normas, elementos que solo pueden valorarse en el plano concreto de aplicación de las normas. Al hacerlo,

⁹² *Idem*, p. 58.

eligen criterios abstractos de distinción que, no obstante, pueden no ser conformados en la aplicación concreta. Con ello, la clasificación, en vez de ayudar con la carga de argumentación del aplicador del derecho, la elimina.

Es necesario, de igual forma, distinguir el plano preliminar de análisis abstracto de las normas, comúnmente llamado plano de *prima facie* de significación, del plano conclusivo de análisis concreto de las normas, comúnmente denominado nivel *all things considerer*. Esta distinción nos permite verificar, porque algunos criterios son importantes para el primer plano pero inadecuados para el segundo o viceversa.

El criterio del carácter hipotético-condicional es inconsistente en tanto en el plano preliminar como en el conclusivo. En el plano preliminar este criterio es inadecuado porque cualquier disposición, aunque el legislador no la haya formulado de manera hipotética, puede ser reformulada de manera que posea un supuesto y una consecuencia. En el plano conclusivo ese criterio es inadecuado, porque, frente a las circunstancias del caso concreto, el aplicador debe especificar todos los aspectos necesarios para la aplicación de una determinada norma, preparando elementos para formar una premisa mayor, una premisa menor y una consecuencia. Esto es, frente a las circunstancias del caso concreto, cualquier norma termina asumiendo una formulación hipotética. Toda norma sería una regla.

El criterio del modo de aplicación solo tiene sentido en el plano conclusivo y de significación. Si la distinción entre principios y reglas busca facilitar la aplicación de las normas por medio de la anticipación de cualidades normativas y de la descarga argumentativa, este criterio se revela inconsistente, pues solo puede verificarse después de la aplicación y no antes. Esto mostraría, de alguna manera, el círculo vicioso del criterio del modo de aplicación: pretende demostrar anticipadamente aquello que solo puede demostrarse finalmente.

En el plano del criterio del conflicto normativo se muestra inconsistente tanto en el plano preliminar como en el conclusivo. En el plano preliminar, es correcto afirmar que dos reglas, en cuanto normas con estructura hipotética, cuando entran en conflicto, se exige que haya una declaración de invalidez de una de las reglas. Los principios, en cuanto normas que establecen ideales a ser alcanzados, no entran en conflicto directo, en el plano abstracto, solo se entrelazan.

Así pues, debemos ser enfáticos al mencionar que no es posible afirmar de manera categórica que los principios solo entran en conflicto en el plano concreto y las reglas en el plano abstracto.

Dentro del criterio del fundamento axiológico es importante tanto en el plano preliminar como en el plano conclusivo, aunque sea inadecuado al momento de atribuir el valor primordial a la norma y no a las razones utilizadas por el aplicador, a partir de ella.

c) Disociación heurística

Como ya se ha mencionado a lo largo del documento, el intérprete es quién construye las normas, esto a partir de las disposiciones y de su significado usual. Esta manera de calificar a la norma depende de conexiones axiológicas que no están incorporadas al texto ni pertenecen a él, sino que las construye el propio intérprete. En este sentido, la distinción entre principios y reglas no permite anticipar por completo la significación normativa. En vez de esto, se transforma en una distinción que favorece el valor heurístico, en la medida en que funciona como modelo o hipótesis provisional de trabajo para una posterior reconstrucción de contenidos normativos, sin asegurar ningún procedimiento estrictamente deductivo de fundamentación o de decisión al respecto de estos contenidos.

d) Disociación en alternativas inclusivas

Esta propuesta admite la coexistencia de las especies normativas debido a una misma disposición. Esto es, que una o más disposiciones podrían funcionar como punto de referencia para la elaboración de reglas, principios y postulados. Propone la superación del modelo dual de distinción entre principios y reglas, basado en los criterios de existencia de supuestos y del modo de aplicación fundado en alternativas exclusivas, de esta misma manera propone un modelo tripartito de disociación de reglas/principios/postulados, que, “además de separar las reglas de los principios en cuanto al deber que establecen, a la justificación que exigen y a la forma de contribuir a solucionar conflictos, añade a estas categorías normativas, la figura de los postulados, definidos como instrumentos normativos metódicos, esto es, como categorías que imponen condiciones que deben ser observadas en la aplicación de las reglas y los principios, pero sin confundirse con ellos”⁹³.

Determinar si el debido proceso es un principio o una regla, nos permite conocer el lugar que ocupa en el terreno jurídico. Su relevancia y trascendencia estará determinada por el trato que le demos al estudiarla. Si la vemos como principio, sabemos que la misma tiene “peso”, que ofrece un estado ideal de cosas que hay que alcanzar. Si la observamos como regla, sabemos que ésta puede ser o no cumplida, y que su existencia depende del órgano creador de las mismas.

CAPITULO SEGUNDO:

Poder, derecho y procuración de justicia en la construcción del Estado de derecho.

1. La evolución del derecho en relación al control del poder.

1.1 Estado de derecho y Poder público

Estado y Derecho son ideas distintas que, sin embargo, en algún instante confluyen para convertirse en una sola: El Estado de Derecho., es

⁹³ *Idem*, p. 64

decir, “la sujeción de la actividad estatal a la Constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos que ella establezca, que garantiza el funcionamiento responsable y controlado de los órganos de poder; el ejercicio de la autoridad conforme a disposiciones conocidas y no retroactivas en términos perjudiciales, y la observancia de los derechos individuales, sociales, culturales y políticos”⁹⁴.

Desde la antigua Grecia, donde se ufanaban de ser gobernados por leyes y no por hombres, pasando por la Edad Media con Marsilio de Padua, quién anuncia el principio de la soberanía popular y que acuña la frase “Ubi non principant leges non est politia” (Donde no mandan las leyes no hay gobierno), continuando con autores como Grocio, Kant, Althusius, Locke, Montesquieu entre otros, quienes “abonan para mantener que la aparición del Estado de derecho va ligada a una determinada fase histórica de la evolución del Estado absoluto al Estado liberal. Algunos autores alemanes denominan a esto, más concretamente, paso del *Fürstensstaat* al *Rechtsstaat*”⁹⁵. Para otros autores, el origen se encuentra en el “Rule of law” (primacía de la ley) y el Welfare State (Estado social de derecho o Estado de Bienestar) de la Gran Bretaña y consolidándose con el triunfo del liberalismo francés, hasta llegar a la que, en un aparente acuerdo doctrinal unánime en el que fue Robert Von Mohl quién en 1832 utilizó por primera ocasión la expresión “Estado de derecho” en su obra *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates* cuando mencionó “a cada forma de entender la vida humana y sus fines corresponde un tipo de estado. El estado de derecho corresponde a la visión racional-sensible de la vida humana”⁹⁶

⁹⁴ VALADÉS, Diego, “La no aplicación de las normas y el estado de derecho”, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, Enero, 2002, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index/php/derecho-comparado/article/view>

⁹⁵ LUCAS Verdú, Pablo, *La lucha por el Estado de Derecho*, Publicaciones del real colegio de España, Bolonia, 1975, p. 16.

⁹⁶ ABELLAN, Joaquín, “Liberalismo alemán del siglo XIX: Robert VON Mohl”, en *Revista de estudios políticos*, (Nueva época) No. 33, Mayo-Junio 1983, p. 128, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/26740.pdf>.

Para Luis Legaz y Lacambra “El Estado de Derecho es, pues, una forma de estructuración del Estado histórico, es una forma histórica de Estado que se da con una cierta constancia en distintos períodos frente a otras formas que no revisten las características propias de aquél. El Estado de Derecho no debe reducirse, según eso, ni a un concepto puramente «formal», en el sentido de ese formalismo cuyo cabo más extremo es la posición kelseniana que afirma la identificación pura y simple del Estado y el ordenamiento jurídico y, por tanto, hace de todo Estado un Estado de Derecho, ni debe servir, de otro lado, para convertirse en un instrumento de las ideologías contrarias a las que han dado origen al Estado liberal de Derecho, como si el único Estado posible de Derecho fuese precisamente lo que no es un Estado liberal, manejándose la oposición entre derecho y ley para llamar Estado legalista o Estado de ley (*Gesetzesstat*) al Estado del siglo XIX, que fue un Estado liberal y Estado de derecho (*Rechtsstat*) como Estado de derecho objetivo al Estado antiliberal del siglo XX y, concretamente, al Estado nacional-socialista.”⁹⁷

En este sentido, no todo Estado es Estado de Derecho. Cuando el derecho dota de estructura y contenido a la comunidad política, entonces si podemos hablar de Estado de derecho. Para el Estado es fundamental el Derecho, pero no todo Estado ve en el Derecho la raíz de su esencia. Para que exista un funcionamiento eficiente y eficaz de cualquier sociedad, es necesario que tanto Estado como Derecho, cumplan su cometido. El Estado requiere que el derecho le brinde legitimidad y que establezca las reglas de actuación tanto del mismo Estado, como del gobernado, mientras que el Derecho resuelve las controversias que se presentan dentro de la misma sociedad y representa la fuerza coercitiva del Estado.

Desde su origen, el Derecho ha regido al Estado, sin embargo, no siempre el Estado ha regido su actuación dentro del marco jurídico o, más aún,

⁹⁷ LEGAZ y Lacambra, Luis, “El estado de Derecho”, *Revista de administración pública*, Madrid, No. 6, 1951, p. 15, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2111840>.

no ha sido regido por el Derecho. De acuerdo a Sergio Márquez Rábago, “el que una sociedad viva de acuerdo a sus leyes, a su Derecho positivo y vigente, no le garantiza el vivir en un Estado de Derecho, eso resultaría una visión muy estrecha, ya que lo anterior simplemente reconoce un Estado de legalidad.”⁹⁸

Para poder utilizar con precisión el término estado de derecho, es fundamental que se concreten las siguientes notas, de acuerdo a lo que establece Elías Díaz⁹⁹:

- a) Imperio de la ley: ley como expresión de la voluntad general.
- b) División de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial.
- c) Legalidad de la administración: actuación según ley y suficiente control judicial.
- d) Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico-formal y efectiva realización material.

Para Sergio Valls Hernández y Carlos Matute González¹⁰⁰, el concepto de Estado de derecho tiene dos sentidos: uno jurídico-formal y otro político-histórico o de contenido.

Los elementos jurídico-formales son:

- El principio de legalidad, que es el pivote de la idea de Estado de derecho y cuyo contenido se expresa en que ningún órgano del Estado puede tomar una decisión que no esté conforme a una disposición legal vigente con anterioridad.

⁹⁸ MÁRQUEZ Rábago, Sergio R., *Estado de Derecho en México*, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2990/13.pdf>

⁹⁹ DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, 3 a. ed., Madrid, Editorial Cuadernos para el diálogo S. A., 1969, pp. 27 y 28.

¹⁰⁰ VALLS, Sergio y Carlos MATUTE, *Nuevo derecho administrativo*, 2ª. Ed., México, Porrúa, 2004, pp. 38 y 39.

- La obligatoriedad del derecho con respecto al Estado. Cuando el Estado dicta una ley, ésta sujeta en primer lugar a la propia entidad política.

- Supremacía de la Constitución. En todo Estado de derecho debe existir una ley fundamental, respecto de la cual deben guardar consonancia el conjunto de normas que integran el orden jurídico.

- El principio de que el Estado es responsable de sus actos frente a sus ciudadanos; esto es, la aplicación del principio de responsabilidad del Estado por todos sus actos, inclusive los legislativos y los judiciales.

Como elementos político-históricos o de contenido tenemos:

- La necesidad de que el orden jurídico objetivo, al cual se subordina el Estado, sea dictado en un régimen de separación de poderes.

- El órgano legislador debe ser representativo en sentido democrático.

- Deben consignarse los derechos propios del individuo frente a los cuales se detenga la acción del Estado.

- Que las leyes a que el Estado se sujeta, sean leyes en sentido material, es decir, abstractas, impersonales y generales. Con estos elementos fundamentales y de contenido, el Estado de derecho puede cumplir con sus dos objetivos primordiales, que son encauzar la vida social sobre bases de seguridad jurídica y garantizar la naturaleza individual y personalista de la organización estatal.

Es así, que con estos elementos formales y de contenido, el Estado de derecho puede cumplir con sus dos objetivos primordiales, que son encauzar la vida social sobre bases de seguridad jurídica y garantizar la naturaleza individual y personalista de la organización estatal.

Considerando que “el gobierno del derecho significa que las autoridades públicas no deben tener poderes amplios”¹⁰¹ es necesario que día a día enfrentemos una lucha constante por el derecho y por el Estado de Derecho. En este sentido, vale la pena retomar a Ihering cuando dice: “la idea del derecho encierra una antítesis que nace de esta idea, de la que es completamente inseparable: la lucha y la paz; la paz es el término del derecho, la lucha es el medio para alcanzarlo...Se podrá objetar que la lucha y la discordia son precisamente lo que el derecho propone evitar, porque semejante estado de cosas implica un trastorno, una negación del orden legal, y no una condición necesaria de su existencia. La objeción podría ser justa si se tratase de la injusticia. Si en esta hipótesis el derecho no lucha, es decir, no hace una heroica resistencia contra aquella, se negara a si mismo...la lucha no es pues, un elemento extraño al derecho; antes bien, es una parte integrante de su naturaleza y una condición de su idea”¹⁰².

Por otra parte, la lucha por el Estado de Derecho que se viene arrastrando desde la antigüedad, ha sido notable, esto debido a que históricamente la autoridad ha ejercido su poder y en muchas de esas ocasiones, de manera desmedida. La arquitectura normativa e institucional del Estado que hemos recibido en nuestro sistema jurídico, con todas sus variantes, sigue presente. Cuando tenemos una organización normativa, incluido el ejercicio del poder político, donde los individuos estamos protegidos por normas e instituciones que garantizan nuestros derechos fundamentales y donde, además, la actividad del Estado se somete a este orden normativo y a las instituciones, entonces podemos decir que tenemos frente a nosotros una sociedad jurídicamente civilizada.

Ahora bien, para que una sociedad pueda funcionar desde su origen, es necesario el poder, mismo que es ejercido por miembros de la sociedad a la

¹⁰¹ LUCAS Verdú, Pablo, op. cit., p. 30.

¹⁰² IHERING, Rudolf Von, *La lucha por el derecho*, 6ª. Ed., México, Porrúa, 2010, p. 2.

cual manda. Por esta razón algunos afirman que, en primera instancia, “el poder es una necesidad social”¹⁰³. El poder por su propia naturaleza, segmenta a la sociedad en al menos cuatro grupos que se dividen de la siguiente manera: El que manda, el que obedece, los que buscan mandar y los que luchan contra los que mandan. Bajo esta perspectiva, el que manda, es quién tiene el ejercicio del poder y en su lucha por mantenerlo continuamente cae en excesos que son contrarios a la legalidad.

La Inglaterra de mediados del siglo XVI comenzaba con los indicios de guerras civiles principalmente enmarcadas por los eternos conflictos entre católicos y protestantes, uno de esos conflictos era la participación y el reconocimiento del individuo respecto a la “cosa pública”. Mientras los protestantes buscaban la participación del individuo dentro de la misma sin la participación del dominio eclesiástico, por otro lado se establecía un orden secular al servicio de la política, lo que habrá de establecer una nueva disposición de los hombres frente al poder, lo que repercutirá tanto en el plano de lo social como del marco jurídico. El objetivo era evitar la anarquía y existían esfuerzos por lograr una nueva expresión del poder político en la que se busca la legitimidad del sistema político para que se ejerza y reconozca con mayor claridad y precisión. Evidentemente haciendo a un lado a los sistemas en donde la legitimidad recaía sobre los órdenes religiosos.

Hobbes elaboró una teoría del Estado y del Poder Político que pone en su máxima expresión al soberano y solicita un pacto social ajeno a los fueros religiosos. Busca perfilar al Estado como garantía legal del pacto social, ya que éste tiene la obligación social pero también el deber moral de hacer respetar el contrato ante cualquier intento de anarquía. Del mismo modo, busca proteger a la sociedad civil con una estructura jurídica que permita el respeto a los derechos fundamentales pactados de inicio en el llamado contrato social, “sostiene que la guerra de todos contra todos torna necesario un pacto que

¹⁰³ PEÑA Neder, Juan Iván, *El proceso del poder*, 3ª. Ed., México, NOCTUA, 2016, p. 14.

mantenga unidos a los hombres en sujeción a las leyes naturales y por el temor al castigo”¹⁰⁴

Por su parte, Locke¹⁰⁵ busca el establecimiento de un Estado de derecho que introdujera la justicia, la igualdad política de los ciudadanos, protegiera la propiedad privada y garantizara la paz de la nación. Locke propone que el poder político esté legitimado por la sociedad y representado en el parlamento y que si, por algún motivo el monarca se convierte en despótico, pueda ser derrocado y se convoquen a nuevas elecciones. Para Locke, el estado tiene la obligación de entregar cuentas a los ciudadanos. Esto hace suponer, que el poder está en manos de los ciudadanos y no en las del Estado.

Cuando surge la teoría del contrato social de Locke y Hobbes que pone al plano civil como revolucionario del desarrollo de la ciencia política, “ambos afirman que el establecimiento del contrato social lo que busca esencialmente es estructurar las monarquías modernas a partir de la legitimidad pública”¹⁰⁶.

Ahora bien, el poder público es la capacidad que tiene el Estado para obligar a alguien a realizar un acto determinado. Por medio de las instituciones establecidas, el estado ejerce una función de control en el país. Un elemento clave del poder público, es la dominación, que es la capacidad material que tiene el Estado para hacer cumplir las decisiones de los gobernantes, aún sea por la fuerza. En nuestro país, el poder público tiene su base en la teoría de la división de poderes de Montesquieu, ante el probable exceso de uno de ellos,

¹⁰⁴ GABRIEL, Silvia, “Un panorama actual de la discusión en torno al *Leviatán* de Thomas Hobbes”, en *Lecciones y Ensayos*, No. 86, 2009, p. 88, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/lecciones-ensayos/article/view/13799/12313>

¹⁰⁵ FERNÁNDEZ Peychaux, Diego, “John Locke: Las posesiones o los derechos políticos como garantía de la libertad”, en *Revista Colección*, no. 20, 2009, <http://erevistas.uca.edu.ar/index.php/COLEC/article/view/826>.

¹⁰⁶ CARDONA Restrepo, Porfirio, “Poder político, contrato y sociedad civil: De Hobbes a Locke”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 38, No. 108, Medellín, Enero-Junio de 2008, p. 131, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2675190.pdf>

queremos mantener la idea que siempre habrá otro que lo regule, que sirva de contrapeso para evitar justamente la tiranía o la anarquía.

En base a lo anterior, vale la pena hacer algunas anotaciones. Montesquieu elabora su teoría de la separación de los poderes del Estado observando una cuestión primaria: la realización de la libertad como objetivo político. Dice Montesquieu: "En un Estado, es decir, en una sociedad en la que hay leyes, la libertad no puede consistir sino en poder hacer lo que se debe querer y en no ser obligado a hacer lo que no se debe querer"¹⁰⁷. En éste sentido, Isaiah Berlin "identifica la libertad de Montesquieu con la subordinación de los deseos y pasiones del hombre a los objetivos racionales de la naturaleza humana, haciendo de esta definición un ejemplo de los riesgos que implica el concepto de libertad positiva como dominio de sí"¹⁰⁸. De la misma manera afirma: "Montesquieu, olvidando sus momentos liberales, dice que la libertad política no es dar permiso para hacer lo que queramos, ni incluso para hacer lo que permite la ley, sino sólo -el poder de hacer lo que deberíamos querer, lo cual repite virtualmente Kant...La libertad no es libertad para hacer lo que es irracional, estúpido o erróneo"¹⁰⁹.

En este sentido, para interpretar correctamente el concepto de libertad de Montesquieu se debe partir de contraponer la idea que de libertad tienen los llamados demócratas y que es, la libertad como el poder de hacer lo que se quiera. En este contexto, la libertad como deber surge como la ausencia de todo límite. En este sentido, "el deber" establece la necesidad de que las decisiones y las acciones estén establecidas en un marco legal regulatorio que establece la distinción entre lo posible y lo permitido. Para Montesquieu pues, lo que se debe querer es lo que las leyes permiten, y lo que no se debe querer, es

¹⁰⁷ MONTESQUIEU, Charles, *El espíritu de las leyes*, trad. de Siro García del Mazo, Madrid, Librería General de Victoriano Suarez, 1906, p. 225, <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/espírituDeLasLeyesT1.pdf>.

¹⁰⁸ FUENTES, Claudia, *Montesquieu: "Teoría de la distribución social del poder"*, *Revista de ciencia política*, Santiago, vol. 31, no. 1, 2011, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-090X2011000100003.

¹⁰⁹ BERLÍN, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza editorial, 1993, p. 17, http://terras.edu.ar/biblioteca/10/10FP_Berlin_Unidad_3.pdf.

aquello que prohíben. Ahora bien, si la libertad consiste en poder hacer lo permitido por la ley y no ser obligado a hacer lo prohibido, entonces la existencia de la ley no es suficiente; sino que también es necesario que ningún hombre tenga el poder suficiente para regular la vida de los demás al margen o en contra de lo que ella establece. Finalizando esta idea, Montesquieu liga la libertad política a la percepción subjetiva de la propia seguridad, dice, "La libertad política, en los ciudadanos, es aquella tranquilidad de ánimo que nace de la opinión que cada uno tiene de su seguridad; y para que exista esta libertad, es menester que ningún ciudadano pueda temer a otro"¹¹⁰. A esta seguridad responden las limitaciones a la libertad individual y que se contienen en el marco legal que distingue las acciones permitidas y prohibidas por eso el rechazo de Montesquieu a la definición "demócrata", y la exigencia de que ningún poder pueda imponerse a la voluntad individual, al margen o en contra de lo que establece la ley. Pero cabe aclarar que "también es posible temer que sean las mismas leyes o su aplicación las que atenten contra la seguridad de los ciudadanos, situación que haría superflua la existencia misma de la ley como marco de la libertad"¹¹¹. Este escenario es el que imagina Montesquieu al destacar el vínculo entre la percepción de seguridad y la libertad, y es uno de los problemas que logrará resolver el gobierno inglés basado en la idea de separación del poder, al garantizar la representación de los intereses distintos de la sociedad en la creación de la ley.

1.2 Justicia y Derecho

Históricamente ha existido una asociación entre las palabras justicia y derecho, acostumbramos tener instituciones denominadas "procuraduría de justicia", se asume que el juez "imparte justicia" etc. La reiteración irreflexiva de tales afirmaciones provoca que entendamos que ésta es una verdad definitiva y

¹¹⁰ MONTESQUIEU, Charles, *Op. Cit.*, p. 227.

¹¹¹ FUENTES, Claudia, "Montesquieu: Teoría de la distribución social del poder", en *Revista de ciencia política*, Vol. 31, No. 1, 2011, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-090X2011000100003

que el derecho se ordena a la justicia, que la idea del derecho sale de la justicia. La justicia era entendida “como una forma de equilibrar las cargas...en el mercado estaba representada Temis como la diosa de la justicia, cuya razón de ser era en un principio equilibrar el peso en los brazos de la balanza. Cuando el peso se equilibraba, es decir, se hallaba en medio, había justicia: cuando no, no había”¹¹²

Para los griegos, la justicia era primordial dentro del desarrollo de su pensamiento. Solo por poner un ejemplo la República de Platón lleva por subtítulo “de lo justo”. Por su parte Aristóteles, quien se interesó por todo y que incluso tuvo la visión de tomar el derecho y analizarlo, tiene en su Retórica, la Política y la Ética a Nicómaco, obras que dan muestra de su interés por el mundo judicial, las leyes, el derecho. Aún y cuando esto no era su objetivo, es a través de la moral como llega al derecho.

Aristóteles en su análisis del todo, se plantea la necesidad de clasificar los fines de las distintas actividades a las cuales llama virtudes. De este modo determina lo que va a ser el fin de la actividad jurídica. Por otra parte, establece la importancia del uso del lenguaje ya que para él, la palabra justicia “no nos remite a una utopía, a un estado ideal; sino a algo real, una virtud, una actividad, una o varias clases de comportamientos”¹¹³.

Son dos las acepciones que podemos tomar del concepto justicia, uno general y otro particular.

Justicia Universal o General: este sentido amplio e impreciso, frecuente en textos griegos, nos hace hablar de “hombres justos” haciendo referencia específicamente de la superioridad moral de la persona en cuestión. Aristóteles nos dice que justicia es “aquel hábito y costumbre que hace prontos a los hombres en el hacer de las cosas justas, por la cual los hombres obran

¹¹² CADAVID Guerrero, Iván Andrés, “La justicia en el marco del Estado Griego”, en *Revista Ratio Juris*, Vol. 7, No. 15, Julio-Diciembre 2012, p. 26, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4277881.pdf>

¹¹³ VILLEY, Michel, *Compendio de filosofía del derecho*, Ediciones Universidad de Navarra S. A., Pamplona, 1979, p. 73.

justamente y aman las cosas justas”¹¹⁴ En este sentido, un hombre justo es ser piadoso, valiente, honesto, etc. “Se refiere a todo aquello que tiene obligación de hacer cualquiera bueno”¹¹⁵.

Sin embargo, esta idea de justicia va a estar determinada por una idea de orden, de una buena relación con los demás en la ciudad, donde cada uno hace lo que le corresponde. Bajo esta perspectiva, el “hombre justo” lo es, no por sus características individuales señaladas líneas arriba, sino por las ventajas que los demás obtienen de ello.

Justicia Particular: el “hombre justo” tiene la costumbre de pagar sus deudas, de devolver el dinero prestado, no tomar lo que no es suyo, etc. ¿Cuál es el objetivo de esta justicia? ¿A que tiende el hombre justo? A no quedarse ni con más, ni con menos de lo que le corresponde, a que cada quien tenga lo suyo, dice Aristóteles “se refiere a alguna honra, interés o a evitar algún peligro o si con algún nombre podemos comprender todas estas cosas y también al placer que de la ganancia recibimos”¹¹⁶.

Dicho esto, la búsqueda de este fin no puede ser asunto de particulares. Este, parece ser asunto de jueces, de juristas. Santo Tomas de Aquino dirá que “la justicia inclina al hombre a dar a Dios cuanto puede, sometiéndole su vida completamente”¹¹⁷.

De acuerdo con la idea clásica de justicia, establecida por Ulpiano *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuend*¹¹⁸, el fin del derecho es dar a cada quien lo suyo. Ante esto, tenemos de igual manera la misión del juez, quien una vez que ha tomado su decisión, asigna a cada uno sus derechos y solo hay derechos en el entorno social, motivo por el cual, el

¹¹⁴ ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, trad. De Alberto Rodríguez López, México, Editores Mexicanos Unidos, 2014, p. 105.

¹¹⁵ *Idem*, pp. 108 y 109.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ DE AQUINO, Tomás, *Tratado de la ley. Tratado de la Justicia. Gobierno de los príncipes*, 6ª. ed. trad. De Carlos Ignacio González, México, Porrúa, 1998, p. 118.

¹¹⁸ DÍAZ López de Falcó, Rosa María, *El ombudsman de la salud en México*, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, Serie: Estudios jurídicos No. 247, México, 2014, p. 49.

derecho forma parte del ser, pero, en mayor medida, forma parte del mundo de haber, en una isla desierta, con un solo habitante, no hay nada que repartir, no hay conflicto, no es necesario el derecho.

Para Michel Villey¹¹⁹ la aportación más original de la doctrina del derecho de Aristóteles es precisamente el análisis de un término usado en el lenguaje griego y que es distinto a la justicia: *to dikaion* cuya mejor traducción es la francesa *le droit* (lo derecho). En el libro quinto de la Ética, se habla más frecuentemente de Derecho (*to dikaion*) que de justicia (*dikaionuné*).

Otro término utilizado por Aristóteles atribuido al derecho es la del justo medio. Esta es la fórmula característica de la moral de Aristóteles, para él, todas las virtudes y todos los valores constituyen justos medios. En este sentido, justo es quién no cae en ninguno de los extremos (no tomo más allá de lo que me corresponde, pero tampoco dejo de exigir mi derecho), esto es algo subjetivo, sin embargo el derecho es objetivo (los impuestos que debo pagar al estado y establecidos por el derecho, no deben ser excesivos ni insuficientes). Así pues para Aristóteles, el justo medio es “la recta razón que decide el hombre prudente. Este término medio es una posición intermedia entre el exceso y el defecto, y apunta al equilibrio entre las pasiones y las acciones; se debe elegir el término medio y no el exceso ni el defecto”¹²⁰.

Es importante mencionar, que el derecho no pretende que el hombre sea justo, no le importa que sea honesto y que tenga buenas intenciones respecto al pago de mis impuestos. Únicamente le importa que lo pague, pero sobre todo le importa establecer que, como y cuanto debo pagar.

El *to dikaion* es una proporción entre lo que se reparte a las personas. Bajo esta perspectiva podríamos decir que el derecho es una igualdad. Aristóteles diría pues que la justicia general es observancia de la ley moral,

¹¹⁹ VILLEY, Michel, op. cit., p. 83.

¹²⁰ GARCÉS Luis y Conrado ZULUAGA, La Justicia Aristotélica: Virtud moral para el discernimiento de lo justo, *Indivisa, Boletín de Estudios e Investigación*, Madrid, 2014, No. 14, p. 46.
<file:///C:/Users/Profesores/Downloads/Dialnet-LaJusticiaAristotelica-4785290.pdf>.

mientras que la particular es la búsqueda de la igualdad, no una igualdad simple o aritmética, sino una proporcionalidad entre los bienes y las personas. Cuando no existe esta proporcionalidad o bien es quebrantada, la misión de la justicia es reestablecer el equilibrio, “Aristóteles asume, al igual que Platón, la existencia de un orden natural que tiene como propiedad central la justicia”¹²¹

Ya hemos comentado que el derecho interviene dentro de un esquema social ya que el derecho solo puede ejercerse en una sociedad organizada. “No puede haber derecho sin juez y sin constitución política”¹²². Pero también hay “zonas” en las que éste está excluido para Aristóteles, estos escenarios son 1) cuando existen verdaderos amigos. Ya que aquí no existe reparto o división de bienes. 2) dentro del núcleo familiar. Ya que la familia nace del amor, mas no de la justicia. 3) el ámbito internacional. Ya que la comunidad entre países es vaga, no existe organización, en estas relaciones no tiene entrada la justicia.

Hasta aquí se ha hablado de una idea de justicia basada en la filosofía aristotélica, que ha sido base para las distintas escuelas del pensamiento jurídico que han desarrollado posicionamientos en torno al derecho y la justicia. Sin embargo, también es importante señalar que la idea de justicia esta muy apegada a la religión, esta especie de “resurrección” de lo religioso, de la mano con el crecimiento de la migración, ha originado cambios en las sociedades occidentales, algo que Habermas¹²³ retoma en su obra *Entre naturalismo y religión*, donde, ante la falta de certezas en lo filosófico, pero también en lo científico, debe provocarse la autocritica y la desconfianza de las imágenes del mundo. Para Habermas es importante ir en contra de la razón definida solo científicamente y que excluye a las doctrinas religiosas de la genealogía de la razón, lo que tampoco es un sinónimo de confusión entre la fe y el conocimiento. En un Estado democrático, la Constitución, las leyes y los debates debe llevarse a cabo en un lenguaje público, racional y neutral desde el

¹²¹ SERRANO, Enrique, “La teoría aristotélica de la justicia”, en *Isonomía*, No. 22, México, 2005, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182005000100006

¹²² VILLEY, Michel, op. cit., p. 99.

¹²³ HABERMAS, Jürgen, *Entre naturalismo y religión*, Barcelona, Paidós, 2007, pp. 134 a 137.

punto de vista de la religión, pero también para él, es importante el llamado debate informal, el que se lleva a cabo en los medios de comunicación, en los congresos etc., el espacio donde se genera la opinión y voluntad pública, aquí es donde recobra importancia el lenguaje religioso, el lenguaje de la gente que no sabe o no puede expresarse en el llamado lenguaje público y se expresa en el lenguaje privado de su religión, Habermas cree que no debe prohibirse ese lenguaje y los ciudadanos laicos deben respetarlos. Considera que en las religiones hay contenidos interesantes que no forman parte de la vida de las sociedades laicas y que al Estado también debería importarle escuchar estas voces. Las religiones proporcionan conciencia de lo que falta y lo fallido, así como para aspectos más complicados de la vida y convivencia humana, manejan un ideal y nos hacen pensar que lo que tenemos no es perfecto e impulsa al cambio. Por ejemplo, mientras las constituciones de los países democráticos hablan de justicia, la religión habla de la caridad y el perdón para remediar ciertas situaciones humanas. Así, ante la llamada modernidad política democrática que no ha podido encontrar una respuesta adecuada a la concepción igualitarista de justicia, la sociedad laica debe estar abierta a este y otros contenidos de índole religioso, de no estarlo, es imposible el diálogo entre laicos y religiosos.

Esto cobra relevancia en la actualidad, si consideramos, como bien lo señala Carla Faralli¹²⁴, que en los últimos treinta años se han producido transformaciones profundas en la filosofía del derecho que cambian radicalmente el panorama de los estudios, debido principalmente a la progresiva disolución de las escuelas del derecho tradicionalmente consolidadas, como lo son el iusnaturalismo, el positivismo y el realismo jurídicos. Los cuales, aun sin desaparecer, requieren de investigaciones nuevas que ofrezcan respuestas a los múltiples problemas jurídicos que mantenemos, desde la problemática tradicional, que va de la teoría de la justicia, a la ciencia jurídica, o de la teoría de la norma a la teoría del ordenamiento.

¹²⁴ FARALLI, Carla, *La filosofía jurídica actual. De los años setenta a fines del siglo XX*, <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/viewFile/ANDH0202110133A/20958>.

2. Los fines del derecho para la construcción de la vida en sociedad.

2.1 Los fines del derecho en la construcción del debido proceso.

El derecho es una expresión de voluntad soberana, ya sea dado por el pueblo o por la autoridad. Para el positivismo, el derecho lo es por su origen y no por su fin social. Para Delos “La legalidad es establecida esencialmente en interés de los individuos y se inclina ante sus derechos públicos subjetivos”¹²⁵. Y estos derechos públicos subjetivos que el derecho positivo tiene que proteger son primordialmente libertades. Esto genera un conflicto según Delos porque “es preciso admitir que el derecho positivo se halla subordinado a ciertos fines-políticos, morales u otros y que estos fines están determinados de tal manera que le dan al derecho positivo su orientación y le imponen su contenido”¹²⁶. Esta idea conflictúa al positivismo porque para esta doctrina, el derecho sólo tiene el contenido que le da la voluntad del Estado o del pueblo. Y que ésta voluntad sea sometida a reglas de carácter moral es inviable. Sin embargo, es necesario establecer que el derecho comienza precisamente con las manifestaciones de voluntad que lo crean y los valores morales se encuentran necesariamente implícitos. Y va a ser este tipo de conflictos los que dificultan establecer una teoría de los fines del derecho que sea universalmente aceptada.

El derecho positivo por una parte es una regla de carácter eminentemente social y por otra, una obra de razón. Esto nos indica que por un lado, el derecho positivo no puede hacer de lado las reglas que le son fijadas por su vida en sociedad y que, por otro lado, lo menos que puede hacer, es darle un carácter racional a estas reglas.

¹²⁵ LE FUR *et al.*, *Los fines del derecho. Bien Común, Justicia, Seguridad*, México, Editorial Jus, 1958, p. 46.

¹²⁶ *Ibidem*.

Por otra parte, la sociedad tiene su propia individualidad y en su operación, crea el derecho. Bajo esta premisa, el legislador es solamente un eco de la misma sociedad que convierte al derecho positivo en un conjunto de reglas que la sociedad elabora para servir a sus propios fines. Para León Duguit necesariamente, el Derecho, será “el que atiende y se ocupa de la problemática generada por los hechos sociales; el Derecho, en consecuencia, no puede mirarse más bajo la óptica del individualismo jurídico, productos de la metafísica acientífica, sino bajo el sentido de lo colectivo, pasando en esta dinámica a constituirse en un Derecho en esencia social, objetivo y positivo”¹²⁷. Bajo esta perspectiva, el fin del derecho no es otro que la utilidad colectiva.

2.2 Las teorías clásicas de justicia, bien común y seguridad jurídica.

Las leyes son creadas por el legislador quien no obra sin un razonamiento previo, sin un ideal. La ley no puede ser otra cosa que un medio para llegar a un fin. Este fin o fines son exteriores y además trascendentes: la justicia, el bien común y la seguridad jurídica. La forma más elevada de la organización humana es el Estado, como tal, tiene una función que es la de “dar” el derecho y es por éste que el Estado asegura el bienestar de la sociedad a cual está destinado a regir, es decir, el bien común.

El fin del derecho es crear las condiciones necesarias y suficientes para que los miembros de la sociedad realicen su bien, el bien de todos, el bien común. Y esto solo es realizable mediante la justicia, el orden y la seguridad. Sin embargo, tales afirmaciones sólo constituyen un punto de partida para los distintos paradigmas jurídicos. Mientras que los positivistas rechazan (hablando de derecho) la idea de la moral, afirmando que fuera de un acto emanado de los

¹²⁷ SANTOFIMIO Gamboa, Jaime Orlando, *León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del derecho en las bases del concepto del servicio público*, Revista digital de derecho administrativo, No. 5, primer semestre 2011, p. 61.
file:///C:/Users/Jes%C3%BAs/Downloads/DialnetLeonDuguitYSuDoctrinaRealistaObjetivaYPositivaDeLD - 5137201.pdf

poderes públicos, ese bien común solo puede ser apreciado de manera subjetiva; el derecho no puede, por tanto aparecer como un ciencia “verdadera” a menos que esta sea sujeta de comprobación. Sin embargo, esta es una idea que debe tomarse con reserva ya que es necesario entender que para el ser humano no hay una sola idea que no pudiera ser considerada subjetiva, esto puede atribuirse a cualquier teoría o pensamiento, tal vez, incluso, a toda ciencia, así pues, considerar que el bien común como fin del derecho no es viable por la subjetividad, es algo que no debe caer en la exageración.

La ley es reflejo de un momento de la sociedad. Esta misma sociedad la crea, la mantiene vigente y la aplica. Siempre bajo la mirada de lo que quiere para sí misma y durante el tiempo que así lo quiera. Así pues, la norma al tener su origen en la voluntad de la sociedad que la desea, ésta seguirá existiendo durante el tiempo que exista ese deseo. Así pues, es fundamental voltear a la sociedad antes de considerar al acto denominado ley.

Por otra parte, todo fin social va a responder siempre a una necesidad de la sociedad y de los individuos que la componen. En esta búsqueda de soluciones, siempre se atenderá a la persecución de un bien moral o el que sea considerado como tal por los interesados. Éste va a ser considerado como tal, cuando su valor y utilidad sean apreciados por el ser humano.

Para satisfacer sus necesidades y la de sus semejantes, el hombre necesita de la vida social, que lo lleva a tomar parte y constituir diferentes sociedades que proveen los bienes que necesita para vivir bien. La vida en sociedad esta al servicio del hombre, de cada uno de los integrantes. En este sentido, para Rodolfo Luis Vigo “el concepto de bien es analógico, por lo que encontramos una amplia variedad de bienes, aunque todos ellos coinciden en esa capacidad de atraer y perfeccionar, así, podemos reconocer: a) lo que es bueno simplemente de lo que es bueno desde algún punto de vista; b) el bien puede ser apetecible por sí mismo (bien honesto), por razón del deleite que

podemos encontrar en él (bien deleitable) o por razón de utilidad (bien útil); c) bienes externos, bienes corporales y bienes espirituales; d) bienes individuales y bienes comunes; e) bien común trascendente y bien común inmanente, etc.”¹²⁸

Todo sistema jurídico se basa en una idea de bien común, y es así, porque la misma sociedad ha considerado que el mismo es bueno para ella. Sin embargo, esta idea de bueno o malo, también depende de la tradición de vida que esta misma sociedad maneja. El bien común debe apreciarse en función del hombre visto como persona humana, espiritual y libre. Bajo esta perspectiva “el bien común no es otra cosa que el conjunto de condiciones de la vida social que permiten al hombre personal realizar su destino, cumplir su naturaleza, perfeccionar su ser, es decir, alcanzar su bien”¹²⁹. En éste orden de ideas, el primer bien común del hombre, es la sociedad. Por su parte, Gustav Radbruch¹³⁰ divide la noción de bien común en dos sentidos: el social y el orgánico. Nos dice que el social es el bien de todos o, por lo menos, del mayor número de individuos posible. Mientras que el orgánico es el bien de una totalidad que está representada por un Estado o por una raza, y que es más que el conjunto de individuos. A esta noción le atribuye el carácter de una institución.

La seguridad y la justicia forman parte del bien común. Y en este sentido, la primera interrogante que se nos plantea es saber ¿qué es la seguridad? De manera general, Delos nos dice que “la seguridad es un estado subjetivo; es la convicción que tengo de que la situación de que gozo no será modificada por la violencia, por una acción contraria a las reglas y a los principios que rigen la vida social”.¹³¹ Para cualquier persona, esta subjetividad se funda en una objetividad, materializada con la existencia de un Estado que la

¹²⁸ LUIS Vigo, Rodolfo. “Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias”, en *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado Constitucional*, México, tomo IV, volumen 2, UNAM, 2015, p. 882.

¹²⁹ GONZÁLEZ Luna, Efraín, *Humanismo Político*, 2ª. ed., México, Ediciones PAN, 1982, p. 145.

¹³⁰ LE FUR *et al.*, op. cit. p. 94.

¹³¹ *Idem.* p. 70.

protege, ya sea a través de instituciones de procuración de justicia, un cuerpo policial, etc. Esto nos muestra una relación entre el estado subjetivo y los medios sociales objetivos. Por otra parte, Radbruch nos dice “la seguridad jurídica consiste en la seguridad del Derecho mismo entendida a partir de cuatro condiciones, consideradas como necesarias para el autor, y que plantean las siguientes exigencias: a) que el Derecho sea positivo, b) que el Derecho estatuido se base en hechos y no se remita a los juicios de valor del juez en torno al caso concreto mediante criterios generales como el de buena fe o el de las buenas costumbres, c) que estos hechos puedan establecerse con el menor margen posible de error y que sean practicables pese a la dureza en su aplicación y d) tal Derecho no debe hallarse expuesto a cambios frecuentes, ni a merced de una legislación incidental que facilite producir leyes para situaciones singulares.”¹³²

El bien común, seguridad y justicia, como fines e instituciones jurídicas, conviven con el derecho y no podemos decir que exista una que aventaje a la otra, no existe norma que lo establezca y ni siquiera es necesario, ya que cada una de ellas, con sus características propias, tienen el mismo destino: el estado de derecho.

Por otra parte, es necesario recordar la distinción entre justicia conmutativa (vista como la justicia distributiva aplicada a hombres considerados iguales), justicia distributiva (establecida por Aristóteles que significa igualdad, no a todos los hombres y a todos los hechos, sino aplicación de una medida igual. El tratamiento mismo será diferente en la medida en que difieren los hombres y los hechos, lo que deriva no en una igualdad de tratamiento absoluto, sino proporcional. “Es aquella que se basa en lo que él llama igualdad aritmética, la cual consiste en que cada uno de los participantes recibe la misma

¹³² RODRÍGUEZ Gómez, Edgardo, “La idea del derecho en la filosofía jurídica de Gustav Radbruch”, *Universitas. Revista de filosofía, derecho y política*, No. 6, Julio 2007, pp. 45 y 46. <http://universitas.idhbc.es/n06/06-03.pdf>.

cantidad de los bienes que deben distribuirse”¹³³.) Y la justicia común o social (“en los miembros de la sociedad, la voluntad de dar a la sociedad lo que le es debido”).

En este aspecto, entre seguridad y justicia la diferencia es el objeto: Mientras que para la justicia lo es el derecho, para la seguridad es la posesión de un bien, sea cual sea éste. Y en éste sentido toda exigencia de seguridad es, al mismo tiempo, una exigencia de justicia. Mientras que justicia, es lo que exigimos al derecho, de no hacerlo, la injusticia lastima el orden social, poniendo en riesgo al bien común. Solamente poniendo un ejemplo en materia penal: la justicia exige un castigo mayor para el que es “más culpable” y menor para el que lo es “menos”. Sin embargo la justicia misma no dice que un homicida sea “más culpable” que un ladrón. Esto está determinado por una especie de medida que está condicionada por el grado de “peligro” de la acción hacia el bien común. Del mismo modo, las condenas dependerán de la utilidad hacia este mismo bien común. El mismo Radbruch llega a la conclusión de que “la idea del Derecho no puede ser otra que la justicia...y según su naturaleza, solución de conflictos”¹³⁴.

La justicia como fin del derecho es distinta al bien común debido a las diferencias que hemos comentado con anterioridad. La justicia da por sentado la existencia de pugna. La idea de bien común la rechaza. Ante esto, se evidencia que la justicia tiene un carácter individualista. Sin embargo, esta idea de justicia actúa sobre la de derecho y se equipara a la de bien común. Justicia, derecho y bien común son ideas fundamentales que se influyen de manera directa. El bien común está sometido a la justicia, es la justicia quién pretende el bien común de todos y no el de unos cuantos.

¹³³ SERRANO, Enrique, “La teoría Aristotélica de la justicia”, *Isonomía*, México, No. 22, 2005, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182005000100006.

¹³⁴ RODRÍGUEZ Gómez, Edgardo, “La idea del derecho en la filosofía jurídica de Gustav Radbruch”, *Universitas. Revista de filosofía, derecho y política*, No. 6, Julio 2007, pp. 41 y 43. <http://universitas.idhbc.es/n06/06-03.pdf>.

Para Julius Moor¹³⁵ bien común, justicia y seguridad jurídica se encuentran sobre planos diferentes y no pueden ser definidos conjuntamente como fines del derecho. El fin del derecho es trascendente y no inmanente. Y sólo el bien común y la justicia trascienden el derecho, ya que la seguridad jurídica le es inmanente y no puede, en consecuencia, ser considerada como fin del derecho. Desde esta perspectiva, desde el derecho positivo no es posible llegar al bien común y la justicia, debido a la misma trascendencia. Mientras que, la seguridad jurídica es inmanente al derecho porque no expresa más que la validez del derecho. Desde esta visión, la seguridad jurídica no puede ser vista como un fin del derecho.

El derecho surge de los hechos, pero también domina al hecho. Pero como los hechos pueden ser variables, también pueden surgir ciertas oposiciones, por poner un ejemplo, entre los derechos nuevos y los ya existentes, lo cual vuelve necesario adaptar ciertos derechos a las realidades sociales nuevas.

El derecho es una ciencia normativa que supone juicios de valor y por lo tanto la jerarquía de actos a normar. Jerarquía que sin embargo, no puede ni debe ser una cuestión de mayorías. Tendrá que ser la razón, con la experiencia de por medio, la que nos permitirá esclarecer este dilema.

Es importante señalar que la razón de ser del Estado, es el hombre, como denominador común de todas las instituciones jurídicas. El Estado tiene como objeto favorecer el desarrollo de las personas humanas. En este sentido, el Estado debe aparecer como un agente capaz de organizar o al menos facilitarle al hombre relaciones de subordinación, dominación, coordinación, cooperación, colaboración etc., pero también conciliar la libertad, la autoridad, los derechos del individuo y de la sociedad.

¹³⁵ LE FUR *et al.*, op. cit. 1958, p.79.

2.3 Otras Teorías

Hasta aquí, se han analizado las ideas clásicas de los fines del derecho: justicia, bien común, seguridad jurídica, sin embargo, también existen otras que merecen ser tomadas en cuenta y que a continuación se mencionan: La buena conducta, El servicio de los hombres y El servicio de la sociedad.

a) La buena conducta (Noción Judeo-Cristiana de la justicia)

La Torah comprende los cinco libros del pentateuco y comprende un conjunto de reglas morales/normas de conducta. El camino de un judío no es otro en esta vida que la marcha hacia la tierra prometida y la ley es su guía.

Las leyes morales van acompañadas comúnmente de sanciones las cuales pueden ser muy flexibles (maldiciones o bendiciones) y otras mucho más severas (lapidar a la mujer adúltera). Esta ley no contempla delitos sino pecados, es decir, ofensas a Dios y como Dios es el legislador, la visión que tiene es más amplia, no se limita a cuestiones materiales sino a conductas. En este sentido, la justicia de Dios tiene que ver con misericordia, más que con darle a cada quién lo que le corresponde. Bajo este argumento, los elegidos son los pobres, los pecadores.

Para Santo Tomás de Aquino, "Virtud humana es aquella que hace buenos al acto humano, y al mismo hombre; y esto es propio de la justicia. Pues la acción humana se hace buena al seguir la regla de la razón, según la cual son rectos los actos humanos. Por tanto, ya que la justicia hace rectas las operaciones humanas, es evidente que hace buena la acción humana"¹³⁶. Sin embargo vale la pena aclarar que la justicia temporal no es del interés de la religión cristiana.

¹³⁶DE AQUINO, Tomás, *Tratado de la ley. Tratado de la Justicia. Gobierno de los príncipes*, 6ª. ed. trad. De Carlos Ignacio González, México, Porrúa, 1998, p. 125.

b) El servicio de los hombres

Si algo no podemos afirmar, es que nuestra sociedad intente vivir en santidad, por el contrario, la exigencia es que el derecho solucione necesidades sociales. Ser abogado, ser jurista, no es un intento por servir a la justicia, sino servir al bienestar de los otros. Esto ha venido a ser llamado individualismo.

Va a ser en el renacimiento cuando el humanismo va a salir a la luz. Tiene como centro el hombre y lo exalta principalmente a través de la literatura. El hombre es considerado individuo. Descartes, por ejemplo, va a construir su idea sobre una figura subjetiva e individual. Pienso (yo), luego existo (yo).

En este aspecto, cobra importancia el rechazo a filosofías anteriores como la de Aristóteles. Vamos a encontrar planteamientos como el de ¿Por qué intentar definir la finalidad del derecho o la justicia si éstos no corresponden a la realidad? Considerando que para ciertos juristas modernos tales palabras no son más que construcciones lingüísticas que se pueden cambiar libremente como lo establezcan los tiempos. Lo único real va a ser el individuo, por tanto, el derecho es para los individuos.

Hobbes va a definir el derecho subjetivo del estado de naturaleza como “la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder como quiera, para la conservación de su propia naturaleza, es decir, de su propia vida; y por consiguiente, para hacer todo aquello que su propio juicio y razón considere como los medios más aptos para lograr ese fin”¹³⁷. En este sentido, la ley no es otra cosa más que un solo instrumento cuya misión solo es la de servir a los intereses de los que en ella confluyen.

La declaración de los derechos del hombre proclamados con motivo de la revolución francesa, son derechos subjetivos naturales que comprenden la propiedad (para los individuos) y que el mismo texto considera sagrado e inviolable.

¹³⁷ HOBBS, Thomas, *Leviatán*, 11ª reimp., México, FCE, 2001, p. 106.

En el mismo sentido, Bentham, creador de la idea utilitarista, parte de unas verdades que él considera “objetivas, universales y autoevidentes. Primera, el individuo es la medida de la organización social. En otras palabras, la sociedad no es más que un cuerpo ficticio compuesto por individuos. Segunda, el individuo está gobernado por las percepciones de placer y pena. Un placer, puro e intenso desprovisto de pena, define la felicidad. Tercera, la búsqueda de la mayor felicidad es el objetivo individual y social último”¹³⁸

Una contradicción básica establecida con motivo de los derechos proclamados por la Revolución francesa, consistió en que al mismo tiempo que la constituyente proclamaba tan liberalmente el derecho del hombre a no ser condenado sino después de un “debido proceso”, los franceses se paseaban en las calles con las cabezas de los representantes del antiguo régimen. Los derechos del hombre nunca van a ser para todos. Bajo la idea de conceder a todos satisfacciones, el sistema actúa únicamente para beneficio de unos cuantos. No es posible otorgar derechos subjetivos a uno si no lo es en perjuicio de otro.

c) El servicio de la sociedad

Los partidarios de esta ideología miran hacia su interior y partiendo del yo e inmediatamente enseguida van al encuentro del otro ya sea a través de una relación agresiva (guerra, dominio etc.) o bien pasiva (cristianismo, marxismo).

Para Gerardo Ávalos¹³⁹, Hegel integra en una unidad la multiplicidad existencial de individuos libres que se dedican a diversas actividades productivas pero que son capaces de sacrificar sus intereses particulares en aras de la totalidad. Bajo esta perspectiva, es aconsejable tener cautela en el

¹³⁸ RIVERA Sotelo, Aída Sofía, *El utilitarismo de Jeremy Bentham ¿fundamento de la teoría de León Walras?*, Cuadernos de Economía, Volumen 30, No. 55.

<https://revistas.unal.edu.co/index.php/ceconomia/article/view/28223/31725>.

¹³⁹ ÁVALOS Tenorio, Gerardo, *Actualidad del concepto de Estado de Hegel*, Revista Argumentos, Vol. 23, No. 64, México, sep.-dic. 2010. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-57952010000300001#notas.

significado de este sacrificio por la totalidad, pues es inevitable en nuestra época percibir resonancias totalitarias. Hegel quiere preservar la libertad individual pero se percata de que la propia dinámica del interés privado tiene un efecto disolvente de las propias condiciones que permiten expresarse y actuar al individuo libre y termina afirmando la primacía del Estado sobre el individuo.

En la primer parte de su obra *Principios de la filosofía del derecho*, Hegel¹⁴⁰ la dedica al derecho abstracto, y comienza con la deducción del concepto de persona a partir de la libertad individual de un sujeto. La persona es el sujeto de los derechos comenzando por la propiedad privada. Bajo esta premisa, el fin del derecho es el servicio al individuo. En la segunda parte, la idea del derecho se invierte ya que ahora podríamos conceptualizarlo como una reivindicación de la moralidad subjetiva. Aquí, la conciencia del individuo se revela contra su propia limitación, no concibe observarse relegada al servicio de su propio interés. Aquí privilegia a “los otros” y se ocupa de sus deberes hacia los demás. El derecho toma forma de norma de conducta, de ley moral. Bajo esta perspectiva, la virtud sería el fin del derecho ya que el individuo va más allá de sí mismo para reunirse con el otro. En la tercera parte de la obra podemos observar una idea más clara del derecho ya que toma la forma de instituciones colectivas: familia-sociedad-Estado. El individuo se sacrifica a sí mismo y se compenetra con la sociedad. Ante este panorama, el fin del derecho es el servicio a la comunidad.

Por su parte Marx al hacer un análisis del derecho, ve en él, un instrumento al servicio colectivo de una clase (burguesía). Para este autor, el derecho “ha sido creado por la clase dominante como medio legitimador de su propio poder económico y como elemento instrumental para la culminación de un propósito esencial: la perpetuación de su dominio no solo económico, sino político, ideológico y social, manteniendo, de éste modo, el sometimiento de la

¹⁴⁰ DE ZAN, Julio, *Para leer la filosofía del derecho de Hegel*, Revista Tópicos, No. 18, Santa Fe, jul-dic. 2009. http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1666-485X2009000200003.

clase asalariada”¹⁴¹. Cabe aclarar que del mismo modo prevé la sustitución de esta clase dominante por la otra (proletariado) sin embargo, esto no cambia la naturaleza del derecho, sigue siendo un instrumento en manos de la clase dominante en el momento. El derecho se somete a la política.

En su obra “Crítica del programa de Gotha” Marx desarrolla una idea sobre el derecho donde establece “cuando haya desaparecido la subordinación esclavizadora de los individuos a la división del trabajo, y con ella, el contraste entre el trabajo intelectual y el trabajo manual; cuando el trabajo no sea solamente un medio de vida, sino la primera necesidad vital; cuando, con el desarrollo de los individuos en todos sus aspectos, crezcan también las fuerzas productivas y corran a chorro lleno los manantiales de la riqueza colectiva, sólo entonces podrá rebasarse totalmente el estrecho horizonte del derecho burgués y la sociedad podrá escribir en sus banderas: ¡De cada cual, según sus capacidades; a cada cual según sus necesidades!”¹⁴². El derecho sirve al progreso de la humanidad. Sin embargo, una vez realizada la revolución ya no habrá necesidad del derecho en el sentido habitual de la palabra.

Para Augusto Comte la literatura de los juristas era metafísica y tenía aversión a la palabra derecho. Para él, el individuo no puede reivindicar ningún derecho, no tiene más que deberes. Deberes para con la humanidad, considerando a ésta como la primera realidad viva. La humanidad que trasciende el tiempo de la vida del individuo y que es a la que se trata de servir. En esta línea, Durkheim funda la escuela de la sociología jurídica y ve en el derecho la expresión de una voluntad colectiva que debe sujetar las voluntades individuales y estar al servicio de todo. Hace hincapié en la prevalencia del interés general sobre el particular y bajo esta perspectiva, el socialismo aparece como lo contrario del individualismo.

¹⁴¹ CERÓN Grajales, Russell y Leal Sáenz, Juan Enrique, *Poder político y derecho en la teoría marxista. Un enfoque Crítico-estructuralista*, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2264/7.pdf>.

¹⁴² MARX, Karl, *Crítica del programa de Gotha*, <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1870s/gotha/gothai.htm>

Para Luis Recasens Siches¹⁴³ la finalidad en el derecho se dividirá de la siguiente manera: a) La finalidad en la vida humana, donde el hombre participa en la naturaleza, pero a la vez está sobre ella. Su actuar tiene sentido o significación, está inspirada en finalidades y se orienta por estimaciones, es decir, por juicios de valor. Dentro de la conducta humana hay una inmensa parte de esta que tiene una estructura finalista, que consiste en proponerse algo y poner en acción aquellas actividades que conducen a la obtención de la meta o del resultado propuesto. La estructura del hacer consiste en que se quiere hacer lo que se hace, por algo y para algo. Así pues, la vida humana, es decir, lo que el hombre hace, se califica por tener un porque (motivo) y un para que (finalidad). El proceso finalista comienza con un motivo, con la conciencia de una necesidad insatisfecha. Luego la imaginación se lanza a pensar en algo con lo cual se pudiese satisfacer esa necesidad, pensamiento en el cual va implícita una valoración. Cuando se decide por algo imaginado que aún no existe o que si existe no esté ahí a su mano, entonces el hombre, con esto, se propone un fin, concibe un propósito. b) La finalidad en lo jurídico: el derecho positivo es un conjunto de instrumentos fabricados por los hombres para producir determinados efectos en la realidad social, los efectos se reputan justos y útiles para el bien común de una determinada situación social. Las normas de derecho positivo son las respuestas que el legislador, la sociedad o el juez dan para satisfacer determinadas necesidades sociales, para resolver ciertos problemas o conflictos de la convivencia y cooperación humanas, tal y como estos se presentan en un lugar y en un tiempo determinado inspirándose para ello en las valoraciones que estiman correctas. Con estas normas positivas, sus autores se proponen la realización de un fin o un resultado, cuyo cumplimiento representa el todo que se entendió como el más valioso de una circunstancia, para satisfacer aquellas necesidades o para resolver aquellos conflictos. Además las normas jurídico-positivas contienen los medios que se estiman adecuados y eficaces para la realización de aquellos fines. El hombre

¹⁴³ RECASENS Siches, Luis, La finalidad en el derecho, Humanitas, Anuario del centro de estudios humanísticos, Universidad de Nuevo León, año II, N. 2.

experimenta el dolor de la inseguridad frente a los demás hombres; siente la urgencia de saber a qué atenerse en relación con los demás: de saber cómo se comportaran ellos con él y que es lo que él debe y puede hacer frente a ellos; y precisa no solo saber a qué atenerse sobre lo que debe ocurrir, sino también saber que esto ocurrirá necesariamente; esto es, precisa de certeza sobre las relaciones sociales, pero además de la seguridad de que la regla se cumplirá, de que estará garantizada. El derecho surge precisamente como instancia determinadora de aquello a lo cual el hombre tiene que atenerse en sus relaciones con los demás. Lo jurídico no es un fin, sino un especial medio puesto al servicio de la realización de varios fines. c) La finalidad en la esencia de lo jurídico y en la teoría fundamental del derecho: entre las notas formales y esenciales del derecho figuran varias dimensiones de finalidad funcional: la referencia intencional a valores, la mención intencional de la justicia; la función de seguridad y de certeza; la función de resolver los conflictos de intereses; la función de organizar el poder político; la función de legitimar el poder político; la función de limitar el poder político. d) La finalidad en la estimativa jurídica: para que determinado resultado sea establecido como finalidad, debe cumplir dos requisitos: primero que eso aparezca como valioso, es decir, todo fin debe justificarse, y segundo, que derivado de la realidad humana en la cual se trata de cumplir aquel valor, el fin propuesto resulte adecuado a dicha realidad a la luz de una correcta estimativa. Vale la pena mencionar que la tarea del orden jurídico, consistente en reconocer, delimitar, proteger eficazmente los intereses reconocidos en la medida que lo estén, no pueden considerarse nunca como definitivamente terminada. Los intereses no reconocidos siguen ejerciendo constantemente una presión para obtener mañana el reconocimiento que ayer no consiguieron. Los intereses que fueron reconocidos solo parcialmente se esfuerzan por ampliar el ámbito de su protección. Se trata pues, del conflicto que ya había estudiado Ihering: el conflicto entre los que luchan por la perpetuación del derecho que fue, y los que luchan por la implantación de un nuevo orden jurídico que estiman debe ser; entre los que luchan por el derecho de ayer y los que luchan por el derecho de mañana. e) La finalidad en la ciencia

dogmático-técnica del derecho y en la práctica jurídica: El motivo de la existencia de la institución y de su forma se halla en el fin que se propone lograr, relacionado con las necesidades de una época determinada. Así pues, en las características de una cierta situación social concreta y en las necesidades que broten de las mismas, todo lo cual cambia en el transcurso del tiempo, se halla la razón por la que una cierta institución ha sido menester y la razón por la cual otra institución se ha convertido e superflua o contraproducente. Bajo esta perspectiva, el derecho no puede hacer siempre y en todos los lugares la misma regulación, sino que, por el contrario, debe adaptarse a la situación concreta del pueblo cuya vida trate de normar, tomar en cuenta su grado de civilización y sobre todo atender a las necesidades de la época. La labor del jurista teórico, la del legislador y la del juez no deben limitarse a un proceso meramente lógico, sino que debe contener, además e indispensablemente, un conocimiento sociológico de las realidades actuales, que sirva como base para la formulación de normas generales e individuales inspiradas en los criterios de justicia. La jurisprudencia sociológica establece que el objetivo del derecho es la justicia y el bienestar social. Por lo tanto, ninguna norma que en su resultado práctico se aparte de esa finalidad puede justificar su existencia.

2.4 El fin de los fines

De acuerdo con lo que hemos visto anteriormente, si algo podemos observar, es que existe una superabundancia de fines, desgraciadamente contradictorios entre ellos. Una de las características del movimiento científico de la actualidad fue la supresión de las causas finales. Para Francis Bacon la ciencia se debe a su utilidad y las causas finales son “vírgenes estériles, conocerlas no sirve para nada”¹⁴⁴. Los fines escapan al dominio de las ciencias y son dejados en manos de los filósofos. La búsqueda de estos fines ya no es

¹⁴⁴ VILLEY, Michel, op. cit., p. 199.

exterior, objetiva, sino subjetivos. Los fines objetivos son reemplazados por ideales.

En su obra “El fin del derecho” Ihering haciendo referencia al derecho, dice “Con el Derecho vigente se enlazan a lo largo del tiempo los intereses de miles de individuos y de estamentos enteros, de tal manera, que no se puede cambiar aquél sin herir éstos de la manera más sensible. Por esto, cualquier intento en ese sentido provoca de manera natural la actuación del instinto de conservación y la más dura resistencia de los intereses amenazados; y, por tanto, una lucha, en la que, como en toda lucha, no es el peso de las razones o fundamentos, sino la relación entre las fuerzas enfrentadas lo que determina el resultado”¹⁴⁵.

Para Kelsen el jurista se preocupa más por establecer un andamiaje jurídico que parta de normas positivas que de hecho existen. Para él, el jurista es neutro y estudioso de las normas. La última de sus preocupaciones es lo justo. En este sentido, debemos observar que nunca se llevó tan a fondo una marcada indiferencia hacia los fines del derecho. Según Michel Villey “el Kelsenismo mutila el derecho por ablación de su causa final. Se propone hacer de nuestros profesores sabios neutros, cerebros sin alma, seres irresponsables, que dedican sus afanes a lo que sea, a cualquier cosa”¹⁴⁶.

La historia evoluciona de la misma manera que lo hace el derecho. Pensar en estas fechas que el derecho es “lo que es justo” es sin duda una visión ciega de las cosas ya que esta filosofía ya ha sido superada. A este respecto, el sistema jurídico romano está en vías de desaparición. Los jueces ya delegan sus casos a secretarios de acuerdos, proyectistas etc. Seguramente en muy poco tiempo, varios asuntos de cualquier orden (penal, civil, mercantil, laboral, etc.) serán resueltos por una computadora que será programada para resolver de acuerdo al interés de la sociedad y no de la justicia. Si bien es

¹⁴⁵ RODRÍGUEZ Paniagua, José M., *Rudolf Von Ihering*, file:///C:/Users/Profesores/Downloads/Dialnet-RudolfVonIhering-142123.pdf.

¹⁴⁶ VILLEY, Michel, op. cit. p. 204.

cierto, el término justicia puede ser ambiguo y cambiante, el derecho tiene una razón de ser permanente.

A todo esto, podemos decir que el pensamiento jurídico moderno no ha sido capaz de crear una filosofía universalmente aceptada sobre la finalidad del derecho.

3. El estado de derecho en el marco de los derechos humanos.

3.1 Origen y evolución de los derechos humanos.

Uno de los problemas de la teoría jurídico-política es la conciliación de los derechos de los particulares y la soberanía del Estado, la doctrina de los derechos fundamentales del Estado de derecho se ha presentado como un modelo que articula las exigencias de libertad y de ley en cuanto necesidad de la sociedad. Es imposible negar la dependencia que ha existido históricamente del Estado de derecho de las declaraciones de los derechos humanos, “si bien los derechos fundamentales encarnan, a su vez, los principios inspiradores de toda política estatal. Por lo que cumplen una misión de fundamento y límite de todas las normas que organizan el funcionamiento de los poderes públicos, y, en suma, de todas las experiencias concretas de juridicidad surgidas en el seno del ordenamiento en que se formulan”¹⁴⁷

El propósito de los derechos humanos es defender los derechos de los seres humanos en contra de cualquier situación abusiva cometida por el Estado y al mismo tiempo promover que existan condiciones de vida y el desarrollo en todas sus dimensiones de la personalidad del ser humano.

Bajo esta perspectiva, la categoría jurídico-política emblemática de nuestro tiempo, es sin duda, la de estado de derecho. Con ella “se pretende describir una trayectoria histórica y al mismo tiempo un ideal. En cuanto elemento histórico, se habla de estado de derecho como una de las etapas más

¹⁴⁷ PÉREZ Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, 11ª ed., Tecnos, 2017, pp. 218 y 219.

recientes de la trayectoria de las ideas y la práctica política que tienen como eje la racionalización y la modernización de la vida social.”¹⁴⁸ De forma ideal, el estado de derecho viene a representar el modelo adecuado para ejercer el poder y que además contiene como característica, el control legal del mismo, a esto se le conoce como imperio de la ley. “un estado es de derecho cuando su poder y actividad están regulados y controlados por la ley, que a su vez, es el reflejo de la voluntad general. El estado de derecho es lo contrario a los estados absolutos y totalitarios, donde el poder es ilimitado, es decir, no controlado jurídicamente a través de la ley.”¹⁴⁹

Ante esta situación, si existe una cuestión no resuelta en materia de derechos humanos, dice Bobbio, “no es la de fundamentarlos o justificarlos, en último término de comprenderlos, sino de protegerlos”¹⁵⁰ al contrario de lo que sucede con Ferrajoli cuando nos dice que “el problema del fundamento de los derechos fundamentales, quizá más que cualquier otro problema teórico, ofrece la posibilidad de establecer una clara distinción entre los diversos tipos de discurso en los que se puede articular la reflexión sobre el derecho. En realidad, se pueden distinguir cuatro significados distintos de la palabra ‘fundamento’, referida a los derechos fundamentales y, de modo más general, al derecho”¹⁵¹ bajo este argumento, son, o al menos deberían, ser estériles las discusiones especulativas respecto al tema de la fundamentación de los mismos y deberían profesionalizarse los medios para defenderlos.

Hablar de derechos humanos, necesariamente nos lleva a encontrarnos con cualquiera de las dos posturas históricas. La que los estudia desde el punto de vista del derecho natural y la que los analiza desde el punto de vista del derecho positivo.

¹⁴⁸ BOBBIO, Norberto y Michelangelo BOBERO, *Origen y fundamento del poder político*, México, Grijalbo, 1985, p. 59.

¹⁴⁹ DÍAZ, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1998, p. 29.

¹⁵⁰ BOBBIO, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 128.

¹⁵¹ FERRAJOLI, Luigi, *Epistemología jurídica y garantismo*, 2ª. Reimp., México, Fontamara, 2008, p. 283.

Desde el punto de vista de la escuela naturalista, “la larga historia del pensamiento que defiende la existencia de unos derechos naturales coincide con la historia de la búsqueda de unos principios jurídicos cuya función básica sería superar los riesgos asociados a la arbitrariedad y el gobierno de las preferencias individuales.”¹⁵² Es sostenible que “el reconocimiento de los derechos naturales implica al mismo tiempo el reconocimiento de una serie de bienes inherentes a la persona, lo cual se logra mediante el uso de la razón, entendida ésta como un instrumento útil para conocer esta realidad valiosa y derivar de ahí una serie de razones para la acción: obligaciones y deberes.”¹⁵³ En la misma línea, para Bobbio “lo que hoy renace bajo el nombre de iusnaturalismo es la perenne exigencia, particularmente intensa en periodos de guerras externas e internas, de que la vida, algunos bienes y algunas libertades del individuo sean protegidos jurídicamente contra la fuerza organizada de quienes detentan el poder.”¹⁵⁴

En este sentido, es posible encontrar un primer origen de los derechos humanos en la tragedia clásica de Sófocles: Antígona, cuando al reproche de Creonte le responde: “Tampoco suponía que esas, tus proclamas, tuvieran tal fuerza que tú, un simple mortal, pudieras rebasar con ellas las leyes de los dioses anteriores a todo escrito e inmutables. Pues esas leyes divinas no están vigentes, ni por lo más remoto, sólo desde hoy ni desde ayer, sino permanentemente y en toda ocasión, y no hay quien sepa en qué fecha aparecieron”¹⁵⁵. En este sentido, se establece la existencia previa de leyes consideradas no escritas e inmutables.

Para el derecho romano también existía una ley natural, así pues, Ulpiano menciona que el derecho natural es “el que la naturaleza ha enseñado

¹⁵² STRAUSS, Leo, *Natural right and history*, Chicago, University of Chicago Press, 1992, p. 4.

¹⁵³ FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.

¹⁵⁴ BOBBIO, Norberto, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Madrid, Trotta, 2015, p. 180.

¹⁵⁵ SÓFOCLES, *Antígona*, 422 a.c., <https://dramaticas.una.edu.ar/assets/files/file/artes-dramaticas/2014/2014-ad-una-cpu-2015-texto-antigona-sofocles.pdf>.

a todos los animales”¹⁵⁶ (Quod natura omnia animalia docuit). Por otra parte, llama la atención la existencia de una figura en la época de la República, denominada, del defensor de la plebe, el defensor de la ciudad o el defensor de los ciudadanos. Conforme se va afianzando la autocracia del emperador, surge esta figura que busca proteger a los necesitados, a los pobres que comúnmente eran despojados de sus tierras. Esto dio lugar “al establecimiento del *defensor civitatis* instituido el 27 de abril de 364, para la provincia de Illiria, con una constitución de los emperadores Valentiniano y Valente”¹⁵⁷ la cual habrá de extenderse rápidamente por todo el imperio.

Los derechos humanos no pueden entenderse sin el concepto derecho subjetivo, que se inicia en la edad media. Una vez que se consideró que el hombre (por el simple hecho de serlo) tiene una serie de derechos subjetivos o naturales que deben ser reconocidos, respetados y protegidos por el Estado, es que comenzó a hablarse de derechos humanos.

Es fundamental la obra de Guillermo de Ockham quien distingue la propiedad civil (que está asentada en el derecho) de lo que él denomina dominio primero o primera potestad, la cual, dice Ockham fue dada originalmente a Adán y Eva por Dios para dominar el mundo, según el relato del Génesis. De tal forma que a un costado del dominio jurídico hay una forma primaria de propiedad que permite el uso de todas las cosas de forma voluntaria. Es decir, una libertad original inherente a todo hombre. Junto al dominio civil hay un dominio primario legítimo que aun cuando está fuera del Derecho otorga la posibilidad de tener una propiedad particular de las cosas. Este dominio no tiene que ver con las leyes humanas sino que pertenece al derecho divino.

¹⁵⁶ UGARTE, José Joaquín, “La ley natural”, *Revista chilena de derecho*, Vol. 6, No. 5-6, 1979, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649312>

¹⁵⁷ LEDESMA Uribe, José de Jesús, “La defensa de los derechos humanos en Roma. El defensor de la ciudad en derecho romano”, en *Revista de la facultad de derecho de México*, Tomo LXII, No. 258, Julio-Diciembre 2012, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/29124/26275>

En esta etapa, si algo se desarrolló, fueron las ideas del Estado y específicamente las de soberanía. Ideas como los derechos humanos, no tendrían cabida y mucho menos su observancia. Y va a ser justamente la idea de soberanía la que años más tarde habrá de obstaculizar la protección de los derechos humanos, al menos en el ámbito internacional.

Sin embargo, si existió una voz que se alzara para hablar de ley natural y fue Santo Tomás de Aquino quien nos dice “la ley natural sigue las inclinaciones naturales del hombre. Consiste en la participación (o en la captación) humana de la ley eterna”¹⁵⁸ Con esto, Tomás de Aquino, quiere decirnos que el hombre, por su inteligencia, tiene la capacidad capaz de conocer la presencia de estas tendencias; mientras que el resto de los seres de la creación se limita a seguirlas de manera necesaria y mecánica.

Un punto fundamental en la creación y desarrollo de la idea conceptual de los derechos humanos, lo va a ser las relaciones de producción o más específicamente las relaciones de propiedad establecidas de manera concreta en el feudalismo. El individuo lo que va a necesitar es el reconocimiento a su derecho a la propiedad tanto en adquisición como en disfrute, en condiciones de igualdad. Y si bien es cierto, Tomás de Aquino ya había puesto a la propiedad como un derecho natural. Grocio dirá que este derecho es “introducido por voluntad humana”¹⁵⁹ situación de la cuál surgen dos ideas: libertad (de la libre propiedad) e igualdad (respecto al derecho para adquirir propiedades).

Para Alonso Rodríguez es importante no perder de vista que “la creencia en una serie de derechos que se desprenden de la contemplación de las naturalezas —la humana la primera— es la que sostiene todo el edificio

¹⁵⁸ RODRÍGUEZ Puerto, Manuel Jesús, <http://www.teoriadelderecho.es/2012/03/santo-tomas-de-aquino.html>.

¹⁵⁹ POLO, Luis Felipe, *Fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, 3ª ed., Grandes Ediciones, Lima, 2013.

racionalista de los derechos humanos¹⁶⁰. Y es precisamente por ello que es de suma importancia el análisis de la doctrina de la llamada Segunda Escolástica Española a la hora de hablar sobre el origen de los derechos humanos. Y es Francisco de Vitoria en sus Relecciones Teológicas uno de los principales ideólogos y de quién a modo de resumen, a continuación se plantean sus ideas: “1. La comunidad estatal no tiene por base la fe sino el derecho natural, por lo que todo poder estatal depende de los hombres; 2. Los Estados se encuentran ligados por el derecho natural, pues la naturaleza hizo parientes a todos los hombres; 3. No sólo en el interior de cada Estado sino también en la comunidad de ellos existe un orden jurídico, cuyas raíces se hunden en el derecho natural; dicho orden se configura mediante la práctica y los tratados. En consecuencia, el derecho internacional no consiste únicamente en los tratados, sino que más bien tiene la fuerza de la ley; 4. Ni el Papa ni el Emperador tienen autoridad legítima para dominar el mundo, pues ni Dios ni los pueblos le han concedido tal derecho; 5. La comunidad de los Estados es una comunidad natural para las comunicaciones y el comercio entre los pueblos. En consecuencia, es contrario al derecho natural excluir a los extranjeros del comercio o impedirles, sin una justa causa, el ingreso a un Estado; 6. Ciertos bienes, como el mar, los puertos y los ríos, son bienes comunes a todos los pueblos por derecho natural; 7. La guerra sólo es justa por derecho natural si es para defenderse de un ataque o para exigir la reparación por la injusticia cometida por el enemigo, y siempre que los medios pacíficos se hayan agotado; 8. Los Estados están legitimados, en razón de la solidaridad que crea entre los hombres el derecho natural, para intervenir en el Estado que viole los derechos del hombre”¹⁶¹.

Como miembro de la misma escuela, Francisco Suárez¹⁶² citado por José Luis Soberanes, establece qué si el hombre puede actuar libremente, se debe a que Dios lo ha facultado moralmente para ello. Siendo esto así, ningún

¹⁶⁰ RODRÍGUEZ Moreno, Alonso, *Origen, Evolución y Positivización de los Derechos Humanos*, México, CNDH, 2011. P. 24.

¹⁶¹ *Ibidem*. p. 25 a 28.

¹⁶² SOBERANES Fernández, José Luis, *Sobre el origen de las declaraciones de derechos humanos*, México, UNAM, 2009, p. 58 y 59.

individuo puede mandar sobre otro individuo ya que se necesita el consentimiento para someterse a la jurisdicción política de otro, o, lo que es lo mismo, el poder político tiene su fundamento en el asentimiento voluntario. Podemos decir pues, que en esta idea, se ven los primeros pasos de lo que conoceremos como derecho a la libertad e igualdad de todos los hombres. Francisco Suárez sostendrá que la potestad política no se encuentra en un individuo en particular, sino en toda la comunidad, y para justificar la igualdad de todos los hombres dirá que Dios ha creado a todos los hombres a su imagen y semejanza, por tanto, todos son igualmente libres y dignos.

En el mismo sentido, Fernando Vázquez de Menchaca menciona que existen dos formas de considerar la libertad: como potencia y como potestad. Como potencia se refiere a la libertad moral y tiene como característica ser una facultad originaria ilimitada que pertenece a todo hombre y que es fundamento del Derecho. Mientras que la potestad es el poder limitado y temporal que los gobernados transfieren a un príncipe para que gobierne, su única finalidad es la administración de justicia y la promoción y protección del bien común. Resulta interesante de esta postura la visión del poder como mera jurisdicción, es decir, la autoridad o potestad gubernativa no es concedida directamente por Dios al príncipe para que haga lo que él considere pertinente sino que el pueblo es la sede de este poder y, cuando por motivo de la necesidad decide constituirse en una sociedad política, transfiere dicho poder con un fin muy particular: la protección de las libertades individuales. Para Vázquez existió una época en que los hombres se regían espontáneamente por el derecho natural. No obstante, esa época caducó, dando paso a rivalidades y odios que hacían peligrar la vida de los individuos. Ante tal circunstancia fue necesaria la constitución de una sociedad política en la que existiera un poder central que tuviera la suficiente capacidad de armonizar las pretensiones de cada individuo sin hacer peligrar las de los demás. De tal forma que la sociedad política no tiene su fundamento en el derecho natural sino que lo tiene en el consentimiento de los ciudadanos.

Otro autor fundamental en el análisis del origen de los derechos humanos, sin dudas es Johannes Althusius, quien habrá de concebir una idea del Estado limitando el poder de los gobernantes. Esta limitación no la funda en la ley, sino en lo que él llama “la misma esencia de la comunidad simbiótica universal”¹⁶³ y habrá de mencionar que la autoridad tiene la obligación de respetar el bien común que es el fin último de esa autoridad. Es importante decir que su postura es en contra del Estado absoluto y de un equilibrio del poder de la autoridad por medio de la confederación y autonomía de los estados y afirmando que el auténtico soberano, será el pueblo.

El derecho subjetivo tiene su momento de madurez con Hugo Grocio y a partir de ahí se convirtió en un concepto de suma importancia para los distintos sistemas de pensamiento jurídico. Un primer antecedente que sobre la noción de derecho subjetivo encontramos, es la distinción entre *fas* y *ius* que hizo San Isidoro de Sevilla. “*Fas* es lo lícito, lo autorizado por Dios al hombre, mientras que *ius* es lo legal, esto es, aquello que está en las leyes”¹⁶⁴. *Fas* es una facultad previa al derecho que posee todo ser humano al ser libre y racional; es decir, lo lícito es una facultad exclusiva de las personas. Por el contrario, *ius* serán los preceptos que los hombres se han otorgado. La existencia de esta facultad superior al derecho, inherente al ser humano por el hecho de ser libre y racional, será este antecedente de derecho subjetivo del que hablamos. Otro antecedente del derecho subjetivo se encontraría en el código de derecho canónico, el que definitivamente no es un acuerdo entre partes, tiene carácter divino, la autoridad no reside en el hombre, pero su potestad si es de algunos individuos. Para Grocio el derecho natural “es un dictado de la recta razón, que indica que alguna acción, por su conformidad o disconformidad con la misma naturaleza racional, tiene fealdad o necesidad

¹⁶³ *Idem.* p. 95.

¹⁶⁴ Rodríguez Moreno, Alonso, *op. cit.* p. 13.

moral, y de consiguiente está prohibida o mandada por Dios, autor de la naturaleza”¹⁶⁵.

Para Samuel Pufendorf la sociedad es un conjunto de individuos que “pactan por conveniencia la vida en común, con vistas a no ser limitado o violado su espacio de libertad”¹⁶⁶, en este sentido, para él las normas jurídicas son mandatos de un superior (Estado) a un inferior (ciudadano común), el Estado como monopolizador del derecho.

Existe la perspectiva de los derechos humanos en relación con la naturaleza del hombre. John Locke en su “Carta sobre la tolerancia”¹⁶⁷ hablará del derecho a profesar cualquier religión y del mismo modo nos hablará (aunque no de manera explícita) de la inalienabilidad de derechos (la no admisión de la esclavitud voluntaria y la prohibición de disponer de la propia vida). Así pues, diríamos que existe un elenco de derechos que son fundamentales en tanto son inalienables: la vida, la libertad, la propiedad, la igualdad. Este carácter dado por Locke implica que es irracional cederlos a otro voluntariamente ya que existe un deber originario y natural de la auto preservación. En este sentido, Locke justificará los límites del poder estatal diciendo “la sociedad política no puede tener un poder absoluto sobre las vidas, libertades y propiedades de sus súbditos por cuanto cada uno de ellos no tiene ese poder sobre sí mismo”¹⁶⁸ Estas ideas, en el desarrollo en los siglos XV y XVI habrán de ser la base para la exigencia de la libertad y posteriormente la igualdad ante la ley.

Continuando en esta línea, para Christian Wolff todas las cosas tienden a su propio fin de manera natural y a través de éste se llega a la perfección y para el hombre su perfección es el bien. Dice José Luis Soberanes que “La

¹⁶⁵ GÓMEZ Robledo, Antonio, *Fundadores del derecho internacional*, México, UNAM, 2016, p. 146.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/383/7.pdf>.

¹⁶⁶ Soberanes Fernández, José Luis, *op. cit.* p. 118.

¹⁶⁷ MONTES, Leónidas, “De la tolerancia, su concepto y una posible relación con el nombre general de propiedad en John Locke”, *Revista de Ciencia Política*, Vol. XXIV, No. 2, 2004.
https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-090X2004000200008.

¹⁶⁸ SOBERANES Fernández, José Luis, *op. cit.* p. 134.

ética de Wolff versa esencialmente sobre las acciones libres. Estas producen cambios tanto en la parte física del hombre como la espiritual. Si tales cambios son armónicos con la naturaleza de las cosas y su relación entre ellas, dichos cambios están perfeccionando al agente que las realiza; en cambio sí se oponen o rompen el equilibrio de la esencia de las cosas pueden ser calificadas como malas¹⁶⁹ de esta manera, el principio es válido aunque Dios no existiera ya que es la razón la que nos indica los deberes que debemos realizar para lograr esta perfección. De la misma forma, todo hombre es sujeto de obligaciones y derechos, teniendo preeminencia los primeros sobre los segundos, bajo este principio, Soberanes nos hace referencia a las principales obligaciones que tiene el hombre de acuerdo a Wolff “a) consigo mismo. Se refieren principalmente a mejorar la inteligencia y la voluntad. B) con los demás. Se refieren al amor al prójimo o caridad. Su máxima es no hagas a los demás lo que no quieras que te hagan a ti y viceversa. C) con Dios. Estas obligaciones consisten en el amor, el temor, la confianza y la gratitud que todos los hombres deben tener hacia su creador.”¹⁷⁰ Considera que los hombres poseen derechos que son innatos entre los que incluye la igualdad, la libertad, la vida y la legítima defensa. Del mismo modo, establece que los gobernantes tienen una autoridad limitada por la misma ley natural, por lo que no podrán actuar a su arbitrio. Aboga por la paz entre los Estados incluyendo el respeto y la solidaridad entre ellos.

Son varios los instrumentos que han servido para positivizar los derechos humanos a lo largo de la historia, de esta forma, tenemos para iniciar la Carta Magna¹⁷¹ (1215), que fue otorgada por el rey Juan sin tierra de Inglaterra a los nobles rebeldes el 15 de junio de 1215 en el que se comprometía a respetar los fueros e inmunidades de la nobleza y a no disponer la muerte ni la prisión de los nobles ni la confiscación de sus bienes, mientras aquellos no fuesen juzgados por sus iguales. Es un documento de gran

¹⁶⁹ *Idem.* p. 141.

¹⁷⁰ *Idem.* p. 142.

¹⁷¹ *Idem.* p. 165.

trascendencia en el mundo jurídico que además establece el primer antecedente del debido proceso y el derecho al acceso a la justicia.

La *Petition of Right*¹⁷² (1628) fue una petición enviada por el Parlamento inglés al rey Carlos I quejándose de una serie de infracciones de la ley. Esta petición buscaba el reconocimiento de cuatro principios: a) No más impuestos sin el consentimiento del Parlamento; b) Prohibición de encarcelamiento sin causa; c) No al acuartelamiento de los soldados en contra de la voluntad de los propietarios; d) No a la ley marcial en tiempo de paz. También establecerá que nadie puede ser juzgado anticipadamente contra su integridad o vida; ni condenado a muerte sino según las leyes del Reino y que ningún culpable estará excluido de los procedimientos y de las penas establecidas en las leyes y estatutos del Reino.

El *Habeas Corpus Amendment Act*¹⁷³ (1679) se refiere al derecho a la no detención arbitraria de los súbditos ingleses. El ámbito de competencia eran los casos penales. Constaba de tres puntos fundamentales: a) plazos concretos para la entrega del detenido ante el Juez; b) la regulación de unas condiciones óptimas de lugar y tiempo para el ejercicio del habeas corpus (el cuál podía ser interpuesto en cualquier momento y lugar por cualquier persona en defensa del detenido); c) la exigencia de responsabilidades a los funcionarios que hubieran violado el derecho a la libertad.

Del mismo modo *The Bill of Rights* (1689) va a poner en el Príncipe de Orange su confianza para que “preserve them from the violation of their rights which they have here asserted, and from all other attempts upon their religion, rights and liberties”¹⁷⁴ (los guarde en sus derechos de cualquier intento de violación de éstos, sobre su religión, derechos y libertades) y que de la misma manera consideran fue elegido por Dios para hacer el glorioso instrumento de la

¹⁷² *Petition of Right* (1628), <https://www.britannica.com/topic/Petition-of-Right-British-history>.

¹⁷³ *Habeas Corpus Amendment Act* (1679), <https://lecturasddhh.files.wordpress.com/2016/09/habeas-corporis-amendment-act-1679.pdf>.

¹⁷⁴ *Bill of Rights* (1689),

https://www.law.gmu.edu/assets/files/academics/founders/English_BillofRights.pdf.

liberación de este papismo y del poder arbitrario “*whom it hath pleased almighty God to make the glorious instrument of delivering this kingdom from popery and arbitrary power.*”¹⁷⁵

La declaración de derechos del buen pueblo de Virginia habrá de servir como modelo para la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano y otras declaraciones posteriores. Esta declaración¹⁷⁶ comienza estableciendo que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos inherentes y de los cuales no pueden ser privados o postergados (vida, libertad y posesión de propiedades); establece que el poder deriva del pueblo y que este es instituido para el bien común, la protección y seguridad del pueblo; que los poderes legislativo y ejecutivo deben ser separados y distintos del judicial; que todo poder de suspender leyes o la ejecutoria de las mismas por cualquier autoridad, sin consentimiento de los representantes del pueblo, es injurioso para sus derechos y no se debe ejercer; también contempla los derechos del sufragio, del debido proceso, la libertad de prensa y libertad religiosa.

Por otra parte, tenemos la *Declaración de independencia de las trece colonias* tiene tres principios básicos: “la representación parlamentaria, la ley natural y el pacto”.¹⁷⁷ Se asienta como punto fundamental el contrato social, advirtiendo que llegado el caso de violación a los derechos naturales de los ciudadanos, éste pueda ser deshecho. Se establece que los colonos han sido voluntariamente ciudadanos ingleses, pero, que debido a las circunstancias del momento, han decidido extinguir este lazo. Los principales derechos naturales son la igualdad, la vida, la libertad y la felicidad como prerrogativas imprescindibles para comprender al hombre y que derivan de la dignidad que le otorga Dios.

¹⁷⁵ Bill of Rights (1689),

https://www.law.gmu.edu/assets/files/academics/founders/English_BillofRights.pdf.

¹⁷⁶ [https://www.unav.edu/departamento/constitucional/files/file/Derecho%20constitucional/Declaracion%20de%20derechos%20de%20Virginia%20\(1776\).pdf](https://www.unav.edu/departamento/constitucional/files/file/Derecho%20constitucional/Declaracion%20de%20derechos%20de%20Virginia%20(1776).pdf)

¹⁷⁷ Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América (1776), <http://hmc.uchbud.es/Materiales/DeclaraUSA.pdf>.

Por su parte, *La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789 estuvo inspirada en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América de 1776 y del pensamiento filosófico del siglo XVIII. Esta declaración marca el inicio de una nueva era a la caída del antiguo régimen y se ha constituido en un texto de referencia en materia de derechos humanos y es debido a la importancia y trascendencia que esta declaración tiene para los orígenes de lo que hoy denominamos derechos humanos, que vale la pena comentar que al inicio del siglo XX, se dio un debate importante entre la escuela alemana con Georg Jellinek a la cabeza y algunos franceses encabezados por Emile Boutmy quienes discutieron sobre los orígenes de la misma, ¿podría afirmarse que es de una originalidad absoluta derivada de la propia revolución? ¿O es que es el resultado de antiguas corrientes filosóficas y políticas principalmente alemanas y anglosajonas? Derivado de este debate, podríamos decir que existe un punto conciliatorio sobre el mismo sin lugar a dudas la declaración tiene un lugar fundamental, el impacto generado gracias a las circunstancias propias de su concepción así lo avalan. Sin embargo, es imposible no darnos cuenta que los propios miembros de la Asamblea Constituyente leían a Locke y a Voltaire y que del mismo modo, conocían los acontecimientos que se sucedían en América. Debido a esto, como dice Fauré *<<si c'est un effet du mythe "droits de l'homme" de considérer la Déclaration de 1789 comme inengendrée, sortie déjà armée du cerveau du dieu, on ne saurait oublier que son élaboration, d'ailleurs précédée en France par une trentaine de projets, ne peut être coupée des nombreux textes étrangers qui constituent indéniablement ses racines. En 1789, l'exemple anglais et américain était dans toutes les têtes. C'est donc aussi sur cette base, quoique sur un mode complexe qui ne relève évidemment pas de la simple imitation, qui sera élaborée la Déclaration du 27 août 1789>>*¹⁷⁸ (Si un efecto del mito de los llamados "derechos humanos", creer que la declaración "no fue engendada",

¹⁷⁸ CH. FAURÉ citado por Frédéric ROUVILLOIS, *Les déclarations des droits de l'homme*, Paris, Le Monde Flammarion, 2009, p. 26.

sino que ésta salió “del cerebro de Dios”, no podemos olvidar que su elaboración está precedida de una treintena de proyectos y no se puede eliminar de la misma, los números textos extranjeros que innegablemente constituyen sus raíces, en 1789, el ejemplo inglés y americano, estaba en la mente de todos. Por tanto, sobre esta base y no a modo de imitación es que se elabora la Declaración del 27 de agosto de 1789). El texto, considerado antecedente de los derechos humanos “*Elle définit des droits naturels et imprescriptibles comme la liberté, la propriété, la sûreté, la résistance à l’oppression. La déclaration reconnaît également l’égalité, notamment devant la loi et la justice. Elle affirme enfin le principe de la séparation des pouvoirs.*”¹⁷⁹ (Define derechos naturales e imprescriptibles tales como la libertad, propiedad, seguridad, resistencia a la opresión. La declaración también reconoce la igualdad ante la ley y la justicia. Finalmente establece el principio de separación de poderes).

Luego de las desastrosas consecuencias derivadas de la segunda guerra mundial, la comunidad internacional decidió elaborar una carta de derechos que confirmara los valores defendidos en la lucha contra el nazismo y el fascismo, desacreditando la tiranía y la discriminación en contra de los seres humanos marcados a lo largo de la historia de la humanidad. Es por ello que en 1948 fue proclamada y aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*, la cuál “promete a todas las personas unos derechos económicos, sociales, políticos, culturales y cívicos que sustenten una vida sin miseria y sin temor. No son una recompensa por un buen comportamiento. No son específicos de un país concreto, ni exclusivos de una determinada era o grupo social. Son los derechos inalienables de todas las personas, en todo momento y en todo lugar: de personas de todos los colores, de todas las razas y etnias, discapacitados o no, ciudadanos o migrantes, sin importar su sexo, clase, casta, creencia religiosa,

¹⁷⁹ La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen, <http://www.elysee.fr/la-presidence/la-declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen/>.

edad u orientación sexual.”¹⁸⁰ Pretende garantizar la libertad ante la tortura, evitar el encarcelamiento injustificado, la ejecución sumaria, la desaparición forzada, la persecución, la discriminación entre otros.

El desarrollo teórico de los derechos humanos a lo largo de la historia ha sido basto y cambiante, desde los primeros documentos aquí señalados y hasta llegar a la actualidad donde se ha establecido un ¿debate? sobre las llamadas generaciones de derechos humanos, que, si bien es cierto, no es tema de esta investigación, si quiero mencionar que al menos desde un punto de vista pedagógico, es importante el señalamiento del desarrollo histórico que los mismos van teniendo al paso del tiempo. De esta manera, como bien lo señala el Dr. Gozaíni, “el desarrollo de la vida en sociedad genero su aparición primero como una necesidad para la organización comunitaria (derechos políticos), luego para dar un orden y disciplina a la convivencia (derechos civiles), después para lograr cierta igualdad y evitar los tratamientos discriminatorios (derechos económicos, sociales y culturales) y así, sucesivamente, fueron apareciendo nuevas preocupaciones dando lugar a los que después se llamaron derechos de la tercera generación, derechos de la solidaridad, para culminar en los que demuestran, claramente el sentir mundial cuya tutela se persigue. Estos son los derechos a la paz, al desarrollo, a la libre determinación de los pueblos, a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado y a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad”.¹⁸¹

3.2 Los derechos humanos en el contexto del Estado moderno

Los derechos humanos son de una temporalidad más bien reciente y han sido derivados en convenios entre el estado y el pueblo donde se especifica que los hombres poseen ciertos derechos y que el Estado está

¹⁸⁰ AL HUSSEIN, Zeid Ra’ad, http://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf.

¹⁸¹ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos*, México, UNAM, 1995, p. 16.

impedido para intervenir en el goce de los mismos. Su fortaleza esta cimentada en la voluntad del Estado para hacerlos cumplir.

La declaración francesa de 1789 hace una distinción entre los derechos del hombre y los del ciudadano. A los del hombre se les considera inalienables y naturales, los del ciudadano son positivos y están sujetos a la autoridad del Estado. En este sentido, una constitución pertenece a la categoría de los derechos del ciudadano, mientras que los derechos del hombre son cubiertos por el derecho internacional. De esta manera, uno de los problemas de los derechos humanos queda reducido a la relación que existe entre dos ramas del derecho, donde el constitucional parece estar subordinado al internacional. La Segunda Guerra Mundial va a mostrarle al ser humano, que éste, solo, no es capaz de solucionar ciertos problemas, sobre todo cuando se habla de agresiones a la sociedad en conjunto. Por tal motivo, tiene que acudir al Estado y solicitarle un accionar que lo ayude a solventar tal situación. A tal efecto, sobreviene la solidaridad entre naciones y la ayuda mutua a través de tratados, convenciones etc. Lo que a su vez originan derechos sociales, económicos y culturales.

Las declaraciones de derechos humanos a las que ya hemos hecho referencia, comparten un elemento en común, la oposición al peligro que representa el poder ilimitado. El ideal político tiene como fin último la paz y por tanto la estabilidad social. En este sentido, la teoría política se esfuerza en controlar la actividad estatal.

En la actualidad los derechos humanos tienen nuevos retos y exigen el replanteamiento de nuevas formas de regulación que aseguren un mínimo de efectividad así como separarlos de la amenaza que representa el poder público que constantemente los asedian. Los derechos son limitados por los ordenamientos internos de los Estados y en definitiva entran en conflicto con los conceptos de soberanía y ciudadanía; estas ideas están unidas al Estado el cual sin duda se encuentra en una profunda crisis lo que ha generado un alto

grado de deslegitimación y deterioro en su objetivo de ser integrador de la sociedad.

A nuestros días, los derechos han vivido un par de procesos: la positivización (la incorporación de los derechos al derecho positivo interno de cada uno de los Estados a través de sus constituciones) y la internacionalización (se da cuando los derechos superan el ámbito interno de los Estados y se instalan en tratados, pactos etc.) El desarrollo de estos procesos nos permite distinguir un derecho positivo nacional y uno internacional de los derechos humanos.

Actualmente nos encontramos con sociedades altamente complejas que han puesto en crisis al Estado tal y como lo conocemos en la actualidad, esto principalmente porque las mismas ya no solo están compuestas por individuos que comparten la misma historia, lengua, cultura, etc., sino que estas mismas sociedades ya están compuestas también por individuos que han migrado desde distintos lugares y que no necesariamente comparten los mismos ideales de quienes ahí habitan. Esta crisis sin duda afecta en lo interno, pero también en lo externo desarrollando procesos de transformación incontrolables. Es por ello, que como diría Javier Espinoza de los Monteros Sánchez “en vez de hablar del Estado Nación, acudimos a los tiempos de los Estados multinacionales.”¹⁸²

Acompañando a lo anterior, otro par de ideas que se encuentran en crisis son la soberanía y la ciudadanía. La soberanía vista como esa potestad de poder absoluto e ilimitado de los Estados, tanto desde la perspectiva interna, como la externa, se encuentra en el dilema que le presenta el derecho ya que, mediante la declaración de 1789, la división de poderes, la declaración universal de 1948 etc. Es decir, mediante la positivización de los derechos, el

¹⁸² ESPINOZA DE LOS MONTEROS Sánchez, Javier, “Derechos humanos problemas actuales: Un constitucionalismo mundial”, *Opinión jurídica*, Medellín, Vol. 5, No. 9, enero-junio 2006, p. 88.

poder del Estado, de una o de otra forma, se ha visto limitado, sometido a un control. Del mismo modo y como lo mencionaba con anterioridad, el término ciudadanía se encuentra en un momento decisivo, los procesos de migración han dejado observar un sinnúmero de injusticias y desigualdades hacia sectores minoritarios de la población, derivados de esta negación a sus derechos al no ser parte de determinado Estado. Esta categorización de ciudadanos-extranjeros determina en mucho la posibilidad de ejercer derechos fundamentales en sectores importantes de la sociedad. Este par de ideas (soberanía y ciudadanía) terminan convirtiéndose en transgresores de la universalidad de los derechos humanos.

El nuevo paradigma es avanzar hacia lo que algunos llaman, Constitucionalismo Mundial, para Gerardo Pisarello “La configuración del constitucionalismo mundial exige acuerdos supranacionales, cuyas bases radiquen en la satisfacción de necesidades básicas; el planteamiento del diálogo intercultural, la protección del medio ambiente y el aseguramiento de una democracia cosmopolita que sería el símil del constitucionalismo mundial en el ámbito político”¹⁸³. La realización de una empresa similar, parece, al menos en la teoría algo utópico debido a las situaciones políticas, sociales, jurídicas y económicas en el mundo. Sin embargo, los pasos dados gracias a los pactos y declaraciones en materia de derechos humanos hacen posible creer que existe una posibilidad en el futuro. La crisis en la que se encuentra sumergido el Estado, hace ver que no puede tener el monopolio de la protección a los derechos humanos, esto exige una participación activa de la sociedad civil.

En la sociedad mexicana, no van a ser muchos los años desde los que la aspiración por la protección y reconocimiento de los derechos humanos, se ha hecho patente. Los derechos humanos son un instrumento de legitimación

¹⁸³ PISARELLO, Gerardo, “Globalización, Constitucionalismo y Derechos” En Carbonell, Miguel, *Estado Constitucional y Globalización*, 2ª. ed, México, Porrúa, 2003, p. 258.

de los ordenamientos jurídicos, ya que, “para muchas personas, constituyen una garantía para su dignidad y un cauce —el cauce principal— para su libertad y su igualdad.”¹⁸⁴ Aunque ha habido avances en las políticas públicas orientadas a la protección y defensa de los derechos humanos de los mexicanos, en muchos aspectos no han logrado satisfacer por completo las necesidades que en la actualidad se plantean, solo por poner algunos ejemplos, tenemos la seguridad pública, el respeto al Estado de derecho, la eliminación de cualquier abuso de poder, etc.

Sin duda alguna, uno de los más grandes problemas de nuestro país, es el de la seguridad pública. En definitiva, cualquier Estado, solo puede aspirar a su prosperidad si logran ordenar su convivencia bajo un efectivo Estado de derecho. Una de las tareas fundamentales de un gobernante, es garantizar los derechos y el cumplimiento de las obligaciones de los ciudadanos. Si bien es cierto, el Estado de derecho no se perfecciona únicamente preservando la seguridad pública, si es factor determinante para el desarrollo de los seres humanos, al momento de que una persona, una familia no puede salir libremente a la calle, le está siendo violentado un derecho establecido tanto en el ordenamiento interno como en el externo, esto sin considerar el desarrollo económico y la propia calidad de vida de los mismos. No podemos negar que el fenómeno delictivo en México ha tenido cambios importantes en los últimos años, la violencia asociada al crimen organizado paso a afectar directamente a la población y ya no solo es una amenaza para la seguridad pública, sino que, ha encontrado el modo de apoderarse de cuerpos policiacos, ministerios públicos, incluso gobiernos, por lo que es considerado una seria amenaza para la seguridad nacional. Es por ello, que la seguridad pública solo puede lograrse evitando la impunidad, fortaleciendo el sistema judicial (incluyendo cuerpos policiacos) y reconstruyendo el tejido social. Garantizar la seguridad de las personas, posibilita el ejercicio de otros derechos.

¹⁸⁴ SOBERANES, José Luis, “Retos y perspectivas actuales en materia de derechos humanos”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, número conmemorativo, sexagésimo aniversario, p. 1194. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4081/5251>.

Un paso importante, ha sido la reforma constitucional de 2008 que sustituyó al llamado sistema inquisitorial por el adversarial o acusatorio. En teoría busca mayor transparencia en la impartición de justicia, impulsa la investigación científica y documentada de los hechos delictivos y una protección efectiva de los derechos de los acusados y de las víctimas. Punto importante es la presunción de inocencia, los avances, si bien insuficientes, considero que han sido considerables. Cuestión que no podríamos decir de manera efectiva, con los derechos de las víctimas del delito “La falta de políticas públicas en colaboración institucional, uniforme y coordinada entre los diversos ámbitos de gobierno, ha relegado los derechos humanos de las víctimas, por lo que resulta necesario reorientar los esquemas bajo los cuales opera la justicia penal en nuestro país, para colocar a las víctimas de los delitos como actores principales en los procesos penales mediante acciones integrales que posibiliten hacer valer sus derechos fundamentales.”¹⁸⁵

Sin duda alguna, los retos que enfrentamos actualmente en nuestro país en materia de derechos humanos son muchos, párrafos arriba he mencionado algunos solamente por así convenir al tema de investigación, sin embargo, no podemos hacer a un lado la violencia de género, la tortura, la trata de personas, la discriminación a indígenas y migrantes etc.

4. Justicia y derecho, posicionamiento epistemológico y discurso normativo.

4.1 La justicia como objeto de conocimiento y su proyección en el ordenamiento jurídico.

El estudio sobre la justicia no es nuevo en lo absoluto. Ya desde hace cientos de años la pregunta ¿Qué es la justicia? ha sido planteada y difícilmente

¹⁸⁵ *Idem.* p. 1202.

respondida de una manera absoluta, como lo dice Kelsen “sería más que presunción hacer creer a mis lectores que puedo alcanzar aquello que los grandes pensadores no lograron”¹⁸⁶, sin embargo, han sido varias las ideas y teorías que alrededor de éste concepto han surgido. En lo sucesivo trataré de mencionar algunas de las más relevantes para nuestro estudio.

La palabra justicia sin duda tiene un papel central en todas las teorías políticas, jurídicas, filosóficas, etc. Aunque la atención dada en lo últimos tiempos a los derechos humanos la han opacado. Y si bien es cierto que son varias las disciplinas que la abordan, el debate generalizado hará referencia hacia lo justo o injusto. En este sentido como tice Tom Campbell “el concepto de justicia puede ser analizado como un conjunto de principios para valorar las instituciones sociales y políticas, mientras que las concepciones de justicia representan diferentes visiones sobre el adecuado contenido de estos principios”¹⁸⁷

La justicia tiene que ver en términos generales con situaciones en las que está presente la persona ya sea porque ésta es capaz de sentir dolor y placer o bien por la capacidad racional que tienen respecto a la toma de sus decisiones. Es necesario decir que la justicia es un elemento posible del orden social y una virtud del hombre ya que se le considera justo cuando su actuación es acorde al orden que ha sido señalado como justo. Lo que sin duda nos lleva a otra pregunta más ¿Qué es un orden justo? En palabras de Kelsen existe un orden justo “cuando regula la conducta de los hombres de una manera tal que a todos satisface y a todos permite alcanzar la felicidad”¹⁸⁸, en este mismo orden de ideas, es interesante la reflexión hecha por Tomas de Aquino cuando señala que “la justicia tiene como característico, entre otras virtudes, el ordenar al hombre en todo aquello que se refiere a los demás. Lo cual supone cierta

¹⁸⁶ KELSEN, Hans, *¿Qué es la justicia?*, 16 reimp., México, Fontamara, 2004, p. 83.

¹⁸⁷ CAMPBELL, Tom, *La Justicia*, España, Gedisa, 202, p. 22.

¹⁸⁸ KELSEN, Hans, *Op. Cit.* p. 9.

igualdad, como el mismo nombre lo demuestra. Pues suele decirse ajustar al adecuar dos cosas; y es que la igualdad siempre se refiere a los demás.”¹⁸⁹

En la actualidad, los “tipos de justicia” más comunes son la justicia distributiva, la procesal, la retributiva y la restaurativa.

La justicia distributiva también llamada justicia económica se ocupa de otorgarle a los miembros de una determinada sociedad aquello que es considerado justo, en sentido práctico, vela porque los individuos tengan acceso a los recursos que necesita para tener una vida digna. Bajo esta óptica, diríamos que es aquella que se encarga de distribuir la riqueza de forma equitativa. Cabe hacer mención, que esta visión a pesar de tener varios adeptos, también considera a algunos detractores ya que no existen los suficientes acuerdos sobre la materia. Partimos de la pregunta ¿cómo determinar cuánto se debe entregar a cada individuo para que sea justo? Algunas posibilidades de solución se exploran a través del análisis de conceptos como equidad (lo entregado es equivalente al trabajo realizado para conseguirlo), igualdad (todas las personas deben obtener la misma cantidad) y necesidad (reciben más, aquellos que más lo necesiten, reciben menos, los que menos necesiten). “Una teoría de la justicia es aquella parte de la filosofía del derecho que tiene por finalidad estudiar la problemática concerniente a la distribución justa de bienes, derechos, deberes o cargas entre los miembros de una comunidad”¹⁹⁰

Para la justicia procesal las normas deben ser obedecidas por todos los individuos, en caso del quebrantamiento de alguna de ellas, las personas encargadas de impartir justicia deben ser imparciales y los procesados gozaran de ciertos derechos. Al menos en teoría, si las personas consideran que el

¹⁸⁹ DE AQUINO, Tomás, *op. cit.* p. 117.

¹⁹⁰ RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, 9ª. reimp., México, Fondo de cultura económica, 2012, p. 62.

proceso es llevado de forma justa, existen mayores probabilidades de que el resultado sea aceptado aun y cuando no se esté de acuerdo con él.

La justicia retributiva considera que las personas deben ser tratadas de la misma manera en que son tratados los demás. Justifica la pena o el castigo como una respuesta a actos ilícitos que previamente han sido realizados. El punto central es que el infractor saca una ventaja ilícita o injusta mediante sus actos por lo tanto se le debe aplicar una pena a efecto de balancear la situación. “La justicia retributiva es la existe en la justicia penal, y la que seguirá existiendo y se fundamenta en dar un mal por otro mal, es retribuir al delincuente con un castigo, es decir, con la pena, en especial la de privación de la libertad por el mal causado a la víctima con el delito. Es el legislador quien mide el castigo que el criminal debe compensar, sobre toda a la sociedad, por lo el infractor hizo a un miembro de la comunidad”¹⁹¹ Vale la pena mencionar, que del mismo modo, esta idea de justicia pretende disuadir a las personas de cometer actos ilícitos.

La justicia restaurativa tiene como objeto de su aplicación a la víctima ya que se encarga en devolver el bienestar y la tranquilidad a un individuo más no a la sociedad a través de la reparación del daño. “Es un sistema a través del cual las partes que se han visto involucradas (o poseen un interés particular) en un delito, deciden de forma colectiva como lidiar con las consecuencias de éste y sus repercusiones para el futuro”¹⁹² Las víctimas son parte fundamental en este proceso ya que indican cuáles deben ser las responsabilidades y obligaciones de aquellos que cometieron el ilícito. Del mismo modo, a los responsables del acto se les insta a entender el daño que han causado en sus

¹⁹¹ MÁRQUEZ Cárdenas, Álvaro E, “La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria”, *Prolegómenos- derechos y valores*, Colombia, Vol. X, núm. 20, julio-diciembre, 2007, P. 204. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87602012>.

¹⁹² Díaz Madrigal, Ivonne Nohemí, *Mediación en el sistema de justicia penal: Justicia restaurativa en México y España*, México, UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, Instituto de formación profesional de la procuraduría general de justicia del distrito federal, 2013, p. 25.

víctimas y las razones por las cuales deben llevar a cabo la reparación de mismo.

Para Ronald Dworkin, la justicia es una idea presente en varias de sus obras, así, por ejemplo, la aborda tanto en *El imperio de la justicia*, *Justicia para erizos*, *Justicia con toga* y por supuesto su obra más influyente: *Los derechos en serio*. Para Dworkin el compromiso con los derechos fundamentales cancela cualquier otra consideración, en este sentido nada puede cruzarse por su camino. La historia del derecho es definida como la muestra que da forma a los principios básicos de la justicia. No podemos decir que Dworkin sea un teórico de la justicia pero si lo es del derecho y es justamente esto lo que permite que realice un análisis del derecho que parte del presupuesto de que la justicia pretende determinar qué derechos tienen las personas y garantizar que éstas sean tratadas acorde a los mismos. Bajo este aspecto Dworkin considera que justicia y derecho van de la mano.

Para este efecto es necesario mencionar que nos habla Dworkin cuando habla de derecho. Dice el autor que el Derecho presenta cotidianamente particulares contingencias conceptuales que regularmente no serán resueltas por la técnica ordinaria de la práctica jurídica, estos conflictos se intentan superar por lo que denominamos jurisprudencia. La cuál cuando es llevada a la práctica esta se ve influenciada “por las modas intelectuales y los acontecimientos públicos”¹⁹³ Ésta práctica por parte de los abogados, pone de manifiesto la ignorancia que tienen respecto al contenido moral de los términos que son empleados en los tribunales. Para el caso de los jueces, la cuestión no es del todo diferente. El juez puede ser analizado ya sea como un individuo más o bien como una institución. En el primero de los casos, él es un miembro más de la sociedad, tiene gustos e ideas determinadas. El segundo de los casos lo señala como integrante de un sistema judicial que orienta sus decisiones bajo la pauta de principios, que, al menos en teoría, se supone están estandarizados.

¹⁹³ DWORKIN, Ronald, “Los derechos...”, p. 44.

La pregunta es entonces ¿existen tales principios? o sencillamente estas decisiones judiciales están orientadas por la forma en como los jueces las valoran. Esta idea de Dworkin, parte del supuesto de que “los problemas de la jurisprudencia son, en lo más profundo, problemas de principios morales, no de hechos legales, ni de estrategias”¹⁹⁴, de esta forma es que podemos concluir en esta parte, que esta es justamente la idea central de la tesis de los derechos. El análisis profundo y crítico del Derecho debe considerar los principios morales que lo condicionan.

Esta tesis de los derechos pone énfasis en señalar el hecho de que toda sociedad está gobernada por personas que han sido electas democráticamente y los jueces al no ser elegidos, son responsables ante un electorado, carecen de legitimidad democrática y por tanto no deberían legislar.

En su obra John Rawls establece una idea de la justicia proyectada con el objeto de servir a los ciudadanos para resolver sus conflictos bajo un concepto de justicia que él llama “estructura básica de la sociedad”. Esta conceptualización tiene como objetivo inicial, enaltecer la idea de una sociedad como un sistema de cooperación equitativa, integrado por personas libres e iguales, donde ésta cooperación esté otorgada por un acuerdo de los que integran esta sociedad. Para Javier Ferreira¹⁹⁵ La teoría de la justicia parte de los siguientes presupuestos para su formulación: a. Que una sociedad es una asociación autosuficiente de personas. b. Que estas personas mantienen un reconocimiento mutuo de conductas obligatorias y que actúan de acuerdo a ellas. c. Por el tipo de relaciones que se establecen en esta sociedad se genera un tipo de cooperación social, para promover el bien de sus asociados. d. De estas relaciones cooperativas se desprende una identidad de intereses y unos conflictos.

¹⁹⁴ *Idem*, p. 51.

¹⁹⁵ FERREIRA Ospino, Javier, “Caracterización del modelo de justicia de Rawls-Dworkin: Elementos para una comprensión del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho”, en *Revista jurídicas CUC*, núm. 6, Colombia, 2010, p. 23.

Es evidente que las sociedades raras veces se encuentran ordenadas, frecuentemente está a debate lo que es justo y lo que no lo es. Las personas están en desacuerdo respecto a los principios básicos que deben mantener en su sociedad. Sin embargo “entienden a necesidad de disponer de un conjunto característico de principios que asignen derechos y deberes básicos y de determinar lo que consideran la distribución correcta de cargas y beneficios de la cooperación social”¹⁹⁶

Bajo estas premisas, para que exista justicia al interior de una sociedad, es necesario que existan derechos y deberes mínimos establecidos dentro de la misma. La idea de justicia de Rawls tiene como base el modelo del contrato social de Locke y Rousseau, pero además lo perfecciona. La justicia como imparcialidad de Rawls¹⁹⁷ insinúa una sociedad integrada por personas racionales que alinean su idea circunstancias individuales del medio en que se desenvuelven. En ella todos tienen garantizada la libertad para poder llevar a cabo el plan de vida que deseen, los hombres participan de los bienes primarios según el principio de que algunos pueden tener más si adquieren estos bienes de modo que mejore la situación de aquellos que tienen menos. Una vez que todo el sistema está establecido y funcionando, no se harán preguntas acerca de los totales de satisfacción o de perfección.

El trabajo de Richard Posner está alineado principalmente con la escuela utilitarista y presenta al derecho como “eficiencia”. El autor pretende encontrar la respuesta a la búsqueda de la utilidad total, el bienestar general o dicho de otro modo, la felicidad al mayor número de personas, entendiendo esto como aquello que permite que las personas son capaces de satisfacer sus preferencias, cualesquiera que estas sean, hasta la máxima extensión posible. El interés con respecto a la idea de justicia tiene que ver de manera primaria con la de la rentabilidad del derecho. En su obra *The economics of justice* presenta una concepción económica de la justicia “que la equipara con la

¹⁹⁶ RAWLS, John, *op. cit.* p. 19

¹⁹⁷ *Idem*, p. 98, 99.

eficiencia económica, aunque sin caer en el extremo de reducir esta idea de justicia a los beneficios de la maximización de la riqueza”¹⁹⁸ Posner define la eficiencia como “la satisfacción total de aquellas preferencias que están respaldadas con dinero”¹⁹⁹ dicho de otra manera la sociedad eficiente es aquella en donde los bienes están en manos de quienes pueden y quieren pagar por ellos.

Para Posner “el criterio para juzgar si ciertos actos o instituciones son justos o buenos está en saber si maximizan la riqueza de la sociedad”²⁰⁰

El principio de la maximización de la riqueza que Posner hace, contiene 5 puntos a favor para ser considerado como una teoría moral: “1. Una distribución inicial de los derechos individuales (a la vida, a la libertad, al trabajo) en cabeza de sus dueños naturales; 2. Libres mercados para permitir que dichos derechos sean reasignados de tiempo en tiempo a otros usos; 3. Reglas legales que simulan las operaciones del mercado cuando los costos de transacción son prohibitivos; 4. Un sistema de remedios legales para disuadir y reparar las invasiones a los derechos; 5. Un sistema de moralidad personal que sirve para reducir los costos de transacción del mercado”²⁰¹

John Finnis por su parte, no conceptualiza de manera expresa la justicia, sin embargo establece que la necesidad de justicia “es un conjunto de exigencias de la razonabilidad práctica que existen porque la persona humana debe buscar realizar y respetar los bienes humanos, no simplemente en sí misma y en su propio beneficio sino también en común, en comunidad”²⁰²

¹⁹⁸ FALCÓN y Tella, María José, *La justicia como mérito*, Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 39.

¹⁹⁹ *Idem.*

²⁰⁰ CAMPBELL, Tom, *op. cit.*, p. 145.

²⁰¹ MARTÍNEZ Cinca, Carlos Diego, *La escuela de Chicago Richard Posner y el enfoque economicista de la justicia*

https://www.academia.edu/30206940/LA_ESCUELA_DE_CHICAGO_Segunda_Parte_Richard_Posner_y_el_enfoque_economicista_de_la_justicia.

²⁰² FINNIS, Jhon, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Buenos Aires, 8ª Ed., Abeledo-Perrot, 2000, p. 188.

Para Finnis²⁰³ el concepto de justicia no es unívoco y prefiere abordarlo en un sentido amplio, nos enuncia tres elementos primordiales los cuales según su postura deben ser aplicados en la concepción del término justicia.

El primer elemento llamado “orientación hacia otro”. Donde la justicia tiene que ver con las relaciones y tratos de cada uno con otras personas (la Justicia es inter-subjetiva o interpersonal). El segundo elemento es el deber, lo que es adecuado o debido (*debitum*) a otro, y, como consecuencia, el de aquello a lo que esa otra persona tiene derecho (*viz*, más o menos, lo que es “propio” suyo o al menos “debido” en justicia). El tercer elemento es la igualdad, la cual esta deberá entenderse en sentido analógico.

Para Gustavo Zagrebelsky²⁰⁴, es posible que, una serie de profundas razones histórico-culturales haya hecho difícil darse cuenta de la distancia que media entre la problemática de los derechos y la problemática de la justicia. El imperialismo del lenguaje de los derechos ha ocultado lo que en las exigencias de justicia hay de irreductible a aquellos. La aspiración constitucional al orden justo hace que la dimensión del deber, de ser simple reflejo o la otra cara de los derechos, pase a convertirse en un elemento autónomo propiamente constitucional. De esta manera, la vida colectiva, desde el punto de vista del derecho constitucional actual, no es sólo el conjunto de los derechos individuales y de los actos que constituyen su ejercicio, sino que es también un orden objetivo que corresponde a las ideas objetivas de justicia que imponen deberes. El hecho de que los elementos que forman la definición jurídica de justicia estén hoy constitucionalizados, sienta las condiciones, para que el positivismo jurídico haga una gran “reducción”: la reducción de la justicia a la ley.

4.2 La justicia como fin y estándar de actuación.

²⁰³ *Idem.*, pp. 192, 193.

²⁰⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, 11ª. Ed., Madrid, Trotta, 2016, pp. 94 a 96.

En el México de nuestros días, las autoridades han encontrado en las reformas constitucionales de 2008 la punta de lanza que permita poner a las personas en un sitio preponderante. Ya sea desde el punto de vista del proceso mediante el esclarecimiento de los hechos, la protección del inocente, que no exista impunidad y que los daños producto del delito sean reparados. O bien, desde el punto de vista que el nuevo sistema de justicia penal busque la justicia (al menos en teoría) sin que exista la necesidad de que el proceso llegue a la etapa de juicio oral.

Esta reforma mencionada, ha pretendido elevar los estándares de los derechos a las personas que han sido señaladas como responsables de la comisión de un delito, pero también de las víctimas de este. El sistema observa medidas para la obtención de lo que se denomina justicia rápida y eficaz donde se ofrece una serie de alternativas al proceso con la finalidad de lograr el acceso de la víctima a la justicia, estas medidas son los criterios de oportunidad, los mecanismos alternativos de solución de controversias y las formas anticipadas de finalización del proceso.

Uno de los ajustes hechos a la constitución, quedó establecido en un nuevo párrafo séptimo del artículo 21, que habrá de señalar la figura de los “criterios de oportunidad” en los siguientes términos: El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley.

De tal suerte que éste artículo constitucional confiere rango supremo a la facultad de dicho órgano acusador para prescindir, en ciertos casos, de esa función de persecución penal que tiene encomendada. Con los criterios de oportunidad se concede al Ministerio Público la potestad de suspender o interrumpir, con carácter excepcional, el ejercicio de la acción penal. “Ahora el acusador público podrá optar por no poner en marcha la maquinaria procesal penal respecto de los autores de ciertos delitos considerados de “menor relevancia”, pero también en casos que permitan al Estado extraer de un imputado “información esencial” que lleve a la captura o investigación de otros

imputados²⁰⁵. Estos criterios de oportunidad se suman a aquella otra muestra que concede la oportunidad en función de los principios de proporcionalidad y humanidad de las penas, ya que también se podrá dejar de perseguir el delito si la persona imputada ha sufrido un daño físico o psicoemocional grave con motivo del hecho delictivo o, si ha contraído una enfermedad terminal que haga innecesaria o desproporcionada la aplicación de la pena. Cabe hacer mención que dichas alternativas quedan supeditadas a que se cumplan con los requisitos previstos en la legislación procedimental penal.

Los medios alternativos de solución de conflictos son procedimientos que tienen como objeto resolver conflictos entre las partes ya sea a través de la mediación, la conciliación y el arbitraje. Esta figura se vincula con la llamada justicia restaurativa ya que le permite a la víctima acceder a la justicia sin necesidad de llegar a una sanción de índole penal para el inculpado. Como menciona Vado Grajales “Se debe tener claro. No se trata de una renuncia a la justicia o de una privatización de la misma, sino de la existencia de diversos mecanismos para conseguirla”²⁰⁶

Las formas anticipadas de finalización del proceso se refieren por un lado a la suspensión del proceso a prueba, como al llamado procedimiento abreviado: el primero visto como la imposición de condiciones determinadas en un plazo que por lo general no será mayor a tres años, que suspenden el cumplimiento del proceso y que en caso de no incumplir con dichas condiciones se reanuda. En esta forma, se incluye también la reparación del daño y habrá de necesitar que el acusado admita la comisión del hecho atribuido. Por su parte, el procedimiento abreviado hace referencia a un juicio especial donde se dicta una sentencia condenatoria sin llegar a la etapa de juicio oral. De tal suerte que “en las figuras procesales más relevantes de terminación anticipada de la investigación inicial y del proceso, la reparación del daño es requisito

²⁰⁵ MERINO Herrera Joaquín y Roberto A. OCHOA, *Fundamento y sentido de los criterios de oportunidad*, INACIPE, México, 2015, p.p. XXI, XXII.

²⁰⁶ VADO Grajales, Luis Octavio, “Medios alternativos de resolución de conflictos”, en Cienfuegos Salgado, David *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano, Estudios de derecho público y política*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2016, p. 377.

procedimental para aplicar una forma de terminación anticipada, es decir, es un requisito de procedibilidad. Por tanto, la configuración legal de las prescripciones constitucionales en materia de justicia alternativa cobran una importancia inusitada: su regulación adecuada abrirá el camino para su operatividad real y, por ende, la claridad, la precisión de la redacción normativa cobra gran importancia”²⁰⁷

Es necesario mencionar que las partes intervinientes en este nuevo sistema de justicia penal, complementan sus facultades establecidas en la ley, con diversos instrumentos internacionales, que están relacionados de manera directa tanto con los derechos de los imputados como de las víctimas del delito.

Esta situación ha significado un avance importante en el sistema de protección y garantía de los derechos humanos. Lo que ha sido llamado el bloque de constitucionalidad incorpora a los distintos tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte, así como otros instrumentos como lo son la jurisprudencia tanto nacional como interamericana y los informes temáticos, recomendaciones y observaciones de distintos organismos internacionales.

En este sentido, es necesario recordar que nuestro artículo primero constitucional refiere la necesidad de aplicar el llamado principio *pro persona* que implica la interpretación de las normas de derechos humanos en favor de las personas (interpretación extensiva), pero también en casos en donde exista una restricción o limitación de derechos (interpretación restrictiva). Esta idea parte del derecho de los derechos humanos que si bien es cierto en un principio estuvo reservado a los ordenamientos constitucionales, “a partir del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, en particular con el surgimiento de los tratados internacionales cuyo objeto y fin es la protección de los derechos humanos, tiene dos fuentes, una interna y una internacional. En

²⁰⁷ GUTIÉRREZ Parada, Óscar, Formas de terminación anticipada en el procedimiento penal acusatorio, Secretaría técnica del consejo de coordinación para la implementación del sistema de justicia penal, SEGOB, Gobierno Federal, p. 7. <https://www.ijf.cjf.gob.mx/Penal/biblioteca/4alternatividad/Formas-de-terminaci%C3%B3n-anticipada-en-el-procedimiento-penal-acusatorio.pdf>.

este orden de ideas resulta de primordial importancia dirigir la mirada al titular de estos derechos: el ser humano²⁰⁸ Esto está relacionado con lo que conocemos como interpretación conforme, la cual sin duda alguna es una de las formas más efectivas para lograr la armonización del derecho nacional junto al derecho internacional siendo ésta “la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales para logra su mayor eficacia y protección”²⁰⁹ es decir, donde por lado se establece un estándar de integración normativa aplicable, en el cuál se debe optar por la interpretación que otorgue mayor protección o menor restricción; mientras que por la otra parte, se selecciona la norma que resulte ser más protectora o menos restrictiva.

No puede ser ajeno que la autoridad asuma de lo anterior que existen una serie de obligaciones para la implementación del sistema de derechos humanos. Por una parte entender que el Estado debe abstenerse de interferir, obstaculizar o poner en riesgo estos derechos; la protección que deberán desplegar para evitar afectaciones a los mismos; así como garantizar el goce y disfrute de ellos, sin dejar de lado la restitución y promoción de ellos.

El artículo primero constitucional, también hace referencia una serie de principios que a continuación de manera muy general mencionamos. Por una parte el principio de universalidad que refiere el hecho de que todas las personas tienen derechos humanos por el simple hecho de serlo; tenemos el principio de interdependencia que menciona que la realización de un derecho humano requiere necesariamente la realización de otros; el principio de indivisibilidad que refiere la unidad de éstos derechos sin jerarquización de

²⁰⁸ CASTAÑEDA Mireya, *El principio pro persona. Experiencias y expectativas*. 2ª. ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2015, p. 16.

²⁰⁹ FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. Nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell, Miguel (comp), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, 2011, P. 358.

ellos; el principio de progresividad que nos menciona que los derechos humanos tienen a la ampliación y mejora de los mismos.

La justicia no puede ser entendida sin la incorporación de los derechos humanos y estos mismos deben ser incluidos tanto en las políticas públicas como en el actuar mismo de la autoridad. No es posible entender la justicia y los derechos humanos, sin la presencia del debido proceso. El abuso del poder por parte de la autoridad en contra de los ciudadanos, viola de manera flagrante todo sentido de justicia y es justamente ahí, donde el debido proceso debe actuar y no permitir, en ninguna medida, abusos que violenten el estado de derecho.

En términos generales, el derecho ha sido creado para dar orden a la sociedad, para resolver sus conflictos y satisfacer sus necesidades. Sin embargo, dependiendo las circunstancias de cada una de las sociedades, es que podemos encontrar distintas formas de ver los objetivos y alcances del mismo. Los debates en torno a si el derecho debe privilegiar al individuo o bien atender al bien común son bastos, el escenario debería ser simple, uno no excluye al otro, ambos son fundamentales en la construcción y obtención de la justicia. No obstante, lo señalado líneas arriba, nos muestra que, el trato dado al debido proceso parece privilegiar al individuo antes que a la sociedad.

CAPITULO TERCERO:

El debido proceso, proyecciones en el Estado contemporáneo.

1. Contenido del debido proceso.

1.1 Construcción en instrumentos internacionales.

1.1.1 Le droit à un procès équitable Français.

En su traducción literal, diríamos que para los franceses el debido proceso es “el derecho a un juicio equitativo o justo”, este derecho menciona que toda persona tiene derecho a ser juzgada por un juez independiente e

imparcial en un juicio justo. El juez tomará su decisión de acuerdo con la ley, después de haber escuchado a cada una de las personas involucradas, de acuerdo con las reglas de procedimiento. A este principio fundamental se adjuntan los principios de "confrontación" y el respeto de los derechos de la defensa, como principios de igualdad y lealtad entre los adversarios en el contexto de un juicio. Esta figura la basan en el Convenio Europeo de Derechos Humanos que en su artículo 6, denominado Derecho a un proceso equitativo, menciona "1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan; d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los

testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia”²¹⁰

En el contexto de una demanda civil, el juez resuelve una disputa solo después de una discusión libre de las reclamaciones y los argumentos de cada uno de los oponentes, por lo tanto, cada "parte" tiene la oportunidad de establecer su punto de vista, conocer y discutir los argumentos y las pruebas de su oponente, intercambiar con él los elementos y partes de su archivo, a lo largo del procedimiento, el juez garantiza el cumplimiento de este principio y garantiza que las partes se comuniquen entre sí los documentos en su archivo. También debe someter a la discusión los argumentos planteados durante los debates, de acuerdo con éste principio, las decisiones judiciales se dictan de manera contradictoria, es decir, en presencia de las partes y/o personas autorizadas para representarlos. Cualquier persona interesada en la defensa debe estar presente o representada válidamente en el juicio (por ejemplo, un abogado). La ausencia de una persona, parte en un juicio, debidamente convocada o su representante, abre la posibilidad de apelar contra la decisión dictada en su ausencia o la de su representante. Toda persona tiene el derecho de conocer las demandas o reproches de su adversario y de tener los retrasos y los medios intelectuales para comprenderlos y preparar su defensa. “*Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée*” (Ninguna parte puede ser juzgada sin haber sido escuchada o convocada)²¹¹ Artículo 14 del código de procedimiento civil.

En el contexto de un juicio penal, la justicia se basa en el principio constitucional de que la ley determina la gravedad de los delitos cometidos y las penas aplicables a sus autores. Este principio significa que nadie puede ser procesado o condenado por actos que no están planificados y castigados con una sanción determinada por la ley. En el procedimiento penal, el

²¹⁰ European Court of Human Rights, Convenio Europeo de Derechos Humanos, pp. 9-10, https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.

²¹¹ Institute Français d'Information Juridique, Code de procédure civile, p. 9, http://codes.droit.org/CodV3/procedure_civile.pdf.

término "derecho a la defensa" se refiere a todos los derechos otorgados a las personas procesadas o sospechosas de un delito, en todas las etapas del proceso judicial: durante la investigación policial, la instrucción, el juicio, y después del juicio dentro del marco de la ejecución de las sentencias. Estos derechos incluyen el derecho al respeto de la presunción de inocencia, el derecho a un abogado desde el inicio de los procedimientos, el derecho a un juicio justo en el contexto de los procedimientos contenciosos, el derecho a apelar, etc. Por lo tanto, una decisión de convicción solo puede basarse en la evidencia buscada y producida de acuerdo con la ley y discutida de manera contradictoria. Todo testimonio debe dar lugar a un informe de audiencia para ser confrontado y discutido. La autoridad judicial garantiza que estos derechos sean respetados y garantizados. Para tal efecto vale la pena mencionar el artículo 66 de la Constitución francesa que establece *“Nul ne peut être arbitrairement détenu. L’autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi”* (Nadie puede ser detenido arbitrariamente. La autoridad judicial, guardiana de la libertad personal, garantiza el respeto de este principio en las condiciones previstas por la ley)²¹²

1.1.2 El *faïres Verfahren* Alemán

Para efectos del siguiente análisis, resulta fundamental analizar un par de artículos contenidos en la Ley Fundamental Alemana. En primer lugar el Art. 1 que menciona: *“(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt; (2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt; (3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar*

²¹² Assemblée Nationale, Constitution de la République Française, http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp#titre_8.

*geltendes Recht*²¹³ [(1) La dignidad del hombre es inviolable. Respetarlos y protegerlos es un deber de toda autoridad estatal. (2) Por lo tanto, el pueblo alemán se compromete con los derechos humanos inviolables e inalienables como la base de toda comunidad humana, paz y justicia en el mundo. (3) Los siguientes derechos básicos obligan a la legislación, el poder ejecutivo y la jurisdicción según la ley directamente aplicable] en este sentido, el pueblo alemán manifiesta un enorme compromiso con el respeto del ser humano de tal suerte que es el primer elemento a considerar dentro de su ley fundamental.

Por otra parte, la misma ley establece las garantías jurídicas mínimas en caso de privación de la libertad y se rescata solamente el primer párrafo del mismo Art. 104 (1) *“Die Freiheit der Person kann nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen beschränkt werden. Festgehaltene Personen dürfen weder seelisch noch körperlich mißhandelt werden”*²¹⁴ [La libertad de la persona solo puede estar limitada por una ley formal y solo observando las formas prescritas en ella. Las personas detenidas no pueden ser maltratadas mental o físicamente] de acuerdo a lo que se observa, esta es la base del debido proceso alemán, que, además, es necesario mencionar, también fundamenta su actuación en los códigos de procedimientos y en los tratados internacionales.

Para Evelyn Haas, “ampliando las exigencias que ya se desprenden del artículo 103 párrafo 1, de la ley fundamental, la Corte Constitucional Federal ha deducido del principio del Estado de derecho, conjuntamente con el derecho general de libertad, consagrado en el artículo 2 párrafo 1, de la ley fundamental, un derecho del acusado a un proceso penal equitativo con arreglo a los principios del Estado de derecho para compensar así restricciones que no son abarcadas por garantías más específicas...el derecho a un proceso equitativo

²¹³ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, http://www.gesetze-im-internet.de/gg/art_1.html.

²¹⁴ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, http://www.gesetze-im-internet.de/gg/art_104.html.

no se agota en la autolimitación de los medios del estado frente a las limitadas posibilidades del individuo, sino que establece al mismo tiempo la obligación para los órganos estatales de llevar a cabo el procedimiento en forma correcta y equitativa”²¹⁵

Para el derecho Alemán, el debido proceso o procedimiento justo como ellos lo llaman, es el elemento central del estado de derecho, el cual implica la existencia de leyes públicamente proclamadas y no discriminatorias. Sin embargo, su propia existencia es ineficaz sin una aplicación efectiva. El estado debe crear instituciones tales como tribunales, fiscales y policías, que garanticen la protección del sistema legal. Estas instituciones están comprometidas con los derechos humanos y las libertades fundamentales, por ejemplo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, etc.

Para el derecho Alemán, éste derecho al debido proceso se refiere al curso justo de los procedimientos ante los tribunales civiles y penales e incluye una serie de derechos individuales que garantizan la imparcialidad desde el momento de la sospecha hasta la ejecución de la sentencia.

Normas mínimas de los derechos del acusado:

1. Todas las personas deben tener los mismos derechos en los tribunales, y todas tienen el derecho a los mismos estándares mínimos en un juicio justo.
2. Toda persona tiene derecho al libre acceso a un recurso efectivo y justo.
3. El tribunal debe ser competente, independiente e imparcial y debe estar basado en la ley.

²¹⁵ HAAS, Evelyn, “Las garantías constitucionales en el procedimiento penal alemán” en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2006, Pp. 1018, 1019.

4. Toda persona tiene derecho a un procedimiento justo y público (aunque existen excepciones a este último punto).

5. Toda persona acusada de un delito penal se presume inocente hasta que se pruebe su culpabilidad por ley.

6. Toda persona tiene derecho a que su juicio sea resuelto en un plazo razonable.

7. Cada persona tiene derecho a defenderse a sí misma o hacer que la defienda un abogado de su elección o, si carecen de los medios de pago, obtener la asistencia de un defensor de forma gratuita si es necesario.

8. El acusado tiene derecho de no declarar contra sí mismo o de confesar su culpabilidad.

9. El acusado tiene derecho a la asistencia gratuita de un intérprete si no entiende o no habla el idioma.

10. Nadie puede ser condenado por un acto u omisión que no fuera punible en el momento de su comisión en virtud del derecho nacional o internacional ("*nulla poena sine lege*"). No se puede imponer un castigo más severo que el consignado en el momento del delito.²¹⁶

Las normas de éste llamado juicio justo (debido proceso) incluyen una serie de elementos que abarcan el curso justo del procedimiento. Estos elementos describen, en cierta medida, las características de las instituciones judiciales e incluyen todos los parámetros mediante los cuales se puede evaluar la imparcialidad del curso. Cada persona debe tener permitido escuchar su caso. Las sentencias civiles y penales deben ser disputables. Esto significa que los organismos deben establecerse a nivel nacional para garantizar la revisión de las decisiones por parte de los órganos de primera instancia y, por lo tanto, evitar la arbitrariedad. Otro elemento básico de un sistema constitucional en funcionamiento son los tribunales independientes e imparciales. Basado en el

²¹⁶ Rechtsstaatlichkeit und faires verfahren: Das konzept der rechtsstaatlichkeit in demokratischen gesellschaften das faire verfahren – kernelement der rechtsstaatlichkeit die elemente eines fairen verfahrens, pp. 202, 203, http://www.etc-graz.at/typo3/fileadmin/user_upload/ETC-Hauptseite/manual/versionen/deutsch-2.aufgabe/MRe_verstehen_Rechtsstaatlichkeit.pdf.

principio de separación de poderes, el poder judicial debe estar completamente separado del poder legislativo y ejecutivo. Esta independencia del poder judicial es una de las piedras angulares del debido proceso Alemán. Si los jueces pueden ser destituidos en cualquier momento por el gobierno y sus autoridades, no se puede garantizar su independencia institucional. Si bien los tribunales o los jueces están bajo el control o la influencia de personas no judiciales, no se puede garantizar un juicio justo. Este control se puede ejercer sobre las condiciones para el pago de los jueces, sobre los derechos de instrucción del Ministerio de Justicia o sobre las amenazas a los jueces de transferencia que no cumplan con las expectativas o instrucciones de otros puestos. Las decisiones judiciales no pueden ser modificadas por autoridades no judiciales, a excepción de las amnistías garantizadas por la Constitución, que normalmente son llevadas a cabo por el Presidente Federal. Las normas del juicio justo no requieren un orden específico de composición judicial. El nombramiento del tribunal de jueces solo con jueces ordinarios, la combinación con jueces ordinarios y laicos u otras combinaciones no son obligatorios. Sin embargo, existen estándares internacionalmente reconocidos de independencia judicial, que también incluyen normas sobre el nombramiento de jueces.

Para promover la confianza en un proceso justo y para garantizar la protección de una audiencia justa entre las partes, el procedimiento debe ser público. Esto se basa en el principio de que la justicia no solo debe ser ejercitada, sino que el ejercicio de la justicia también debe ser visible. Una audiencia pública presupone un procedimiento oral sobre los hechos del caso en el que pueden participar el público y la prensa. Para hacerlo, los tribunales deben divulgar información sobre las etapas en los procedimientos orales. El principio de publicidad en el procedimiento debe respetarse plenamente, a menos que exista una razón legítima para excluir al público. Las razones de las restricciones al público se enumeran exhaustivamente en instrumentos internacionales. Estas incluyen restricciones en la moral pública (audiencias de delitos sexuales), orden público y seguridad nacional en una sociedad

democrática. Existen otros motivos para limitar al público si es necesario para la protección de la privacidad de una parte y en casos especiales donde el público podría amenazar las reglas de un juicio justo y equitativo. Si se excluye al público del juicio, el veredicto debe publicarse a menos que haya excepciones bien reguladas, como las restricciones a los intereses de los jóvenes o la protección de la familia.

El derecho a la presunción de inocencia significa que cualquier persona acusada de un delito penal tiene derecho a ser considerado inocente y ser tratado así hasta que se pruebe su culpabilidad. Este principio se aplica desde el momento de la sospecha y termina con la confirmación de la sentencia en última instancia. En consecuencia, el procesamiento en casos penales debe probar la culpabilidad de la persona acusada. Si existe una duda razonable, el acusado no puede ser declarado culpable. El derecho a la presunción de inocencia también presupone que los jueces y jurados deben tener cuidado de no perjudicar estos casos. Esto también se aplica a todos los demás funcionarios involucrados en los procedimientos. El derecho a guardar silencio y a no declarar contra uno mismo también cae bajo el derecho de presunción de inocencia. El derecho al silencio también significa que el silencio no puede interpretarse como una declaración de culpabilidad o inocencia. El derecho a guardar silencio y el derecho a no declarar contra uno mismo también incluyen la prohibición dirigida al tribunal para ejercer presión sobre los acusados.

El derecho a un razonable tiempo de duración del procedimiento forma parte también del debido proceso en Alemania, el período de tiempo que la ley considera un tiempo razonable no solo incluye el período hasta el inicio del proceso, sino también la duración del mismo, incluida una posible apelación ante el tribunal superior, ante el Tribunal Supremo u otra autoridad judicial definitiva. Lo que constituye un período "razonable" y lo que se considera un retraso inadecuado depende de las circunstancias del caso. Incluyen, por ejemplo, la complejidad del caso, el comportamiento de las partes, el alcance

de lo que está en juego para el demandante (motivo) y el manejo del caso por parte de las autoridades. También debe tenerse en cuenta que en el derecho penal el derecho a una duración razonable de los procedimientos también es un derecho de la víctima. El principio básico de este derecho también está muy bien representado por la frase "nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía"²¹⁷ atribuida a Séneca.

Toda persona acusada de un delito tiene el derecho de defenderse a sí mismo o ser defendido por un defensor de su elección. El derecho a un abogado antes del inicio del procedimiento penal está estrechamente relacionado con el derecho a un abogado en el procedimiento principal. Las disposiciones generalmente estipulan que, al resolver los cargos, el acusado tiene el derecho de estar presente en el juicio y defenderse o hacer que lo defienda un defensor de su elección; si no tiene un abogado, que el Estado se lo proporcione.

Comprende también al debido proceso Alemán, el derecho a anunciar y entrevistar a los testigos. Estas disposiciones garantizan que los acusados tengan la misma capacidad legal que el fiscal. Esto incluye el derecho a imponer la presencia de testigos y hacer que se escuchen. La defensa debe ser capaz de interrogar a los testigos y comentar sobre las pruebas incriminatorias en el sentido del principio de igualdad. Sin embargo, hay ciertas limitaciones al interrogar a los testigos. Dependen sobre todo del comportamiento del acusado hacia los testigos, cuando los testigos tienen que temer las represalias y la disponibilidad de los testigos.

También es aplicable la fórmula latina *nulla poena sine lege* que significa no hay pena sin ley. Pero que también implica que nadie puede ser condenado por lo que no era punible por ley en el momento de su comisión,

²¹⁷ PÉREZ Boga, Julio Ransés, "Séneca y la justicia tributaria tardía", en *El País*, 22-Dic-2012, https://elpais.com/sociedad/2012/12/22/actualidad/1356205021_396688.html.

Nullum crimen sine lege, incluso si la situación legal ahora ha cambiado. Además, no se puede imponer un castigo más severo que en el momento de la comisión. Esta prohibición de retroactividad garantiza que una persona no esté repentinamente en peligro de ser castigada por actos que originalmente cumplen con la ley. Por este motivo, la prohibición de la retroactividad es indispensable para la seguridad jurídica.

Para Iñaki Esparza Leibar existe un principio fundamental al momento de hablar de debido proceso Alemán y este es el de “igualdad de armas” (*Waffengleichheit*) este principio establece que “cada parte procesal dispondrá de iguales y suficientes oportunidades para manifestar su pretensión y significa también que ninguna de las partes será discriminada frente a las demás”²¹⁸

Para el derecho Alemán, la protección de los derechos humanos comienza a nivel nacional. En consecuencia, la implementación del estado de derecho depende de la voluntad del Estado para establecer un sistema que garantice éste estado de derecho. Los Estados deben establecer y mantener las estructuras institucionales necesarias para un juicio justo, así como dar a conocer y garantizar la implementación de leyes y regulaciones que garanticen un proceso justo y equitativo. El concepto del estado de derecho está estrechamente vinculado a la idea de democracia y es esencial para el desarrollo de las economías de libre mercado. Varios estudios de caso de países en proceso de democratización muestran que el establecimiento del estado de derecho falla cuando el liderazgo político de un país no está dispuesto a aceptar los principios democráticos básicos. Esto facilita la corrupción y el surgimiento de estructuras organizativas criminales. El fortalecimiento del estado de derecho parece ser la única forma de combatir la corrupción, evitar que un nuevo liderazgo político electo se convierta en autoritario y promover el respeto por los derechos humanos a través de un

²¹⁸ ESPARZA Leibar, Iñaki, *El principio del proceso debido*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1995, pp. 175, 176.

sistema funcional de control mutuo. ¿Pero cómo se puede convertir esto en realidad? Básicamente, son necesarios tres pasos: Primero, las leyes existentes deben modificarse de acuerdo con el estado de derecho. En segundo lugar, es necesario fortalecer las instituciones que garantizan un proceso justo, por ejemplo, a través de la formación de jueces. Y por último, la actuación de Estado que permita el cumplimiento de la ley.

1.1.3 Debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva en España

El fundamento del debido proceso en España, con independencia de las leyes procedimentales y el convenio europeo de derechos humanos, se encuentra contenido en la Constitución Española de 1978 que a la letra dice “Artículo 24.- 1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.”²¹⁹

Es importante mencionar que para algunos autores, el derecho a un debido proceso se encuentra ligado al de una tutela jurisdiccional efectiva (como lo podemos observar en el artículo de la Constitución Española señalado previamente). Es probable que esto sea debido a que en su configuración legal, la tutela jurisdiccional efectiva contiene elementos que integran el debido proceso. Esto podría resultar erróneo no solo porque de origen, ambas figuras provienen de distintos sistemas, sino, porque como lo menciona Reynaldo

²¹⁹ Constitución Española, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>.

Bustamante “extienden su fuerza normativa a ámbitos de aplicación también diferentes. Así, mientras la tutela jurisdiccional efectiva está circunscrita a los procesos jurisdiccionales, el proceso justo o debido proceso, rige, además, los procedimientos administrativos, arbitrales, militares, políticos y particulares”²²⁰.

Por su parte, existen ordenamientos jurídicos influenciados en esta materia por el estadounidense, “el proceso justo aparece como un derecho fundamental que comprende, además, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, diferenciándose de esta última en que no sólo se aplica a los escenarios jurisdiccionales (es decir, en el marco de un proceso) sino también en los ámbitos no jurisdiccionales (como ocurre en cualquier tipo de procedimiento, administrativo, arbitral, militar, político o particular)”²²¹. En resumidas cuentas, si atendemos solamente al modelo norteamericano, el reconocimiento del debido proceso hace inútil un intento por hacer lo mismo con la tutela jurisdiccional efectiva simple y sencillamente porque ésta ya la contiene.

Para Iñaki Esparza²²² es en la jurisprudencia de los tribunales constitucional y supremo donde se encuentran una notable cantidad de referencias al debido proceso, al proceso debido según la ley o al proceso justo. Sin embargo, es de reconocer que no es posible detectar en esta jurisprudencia una posición clara respecto a la figura del debido proceso lo que nos lleva a no tener una posición de institución autónoma con contenido propio y/o diferenciable a otras figuras que pudieran ser afines, por lo general éstas referencias son a otros derechos fundamentales, garantías o principios procesales.

²²⁰ BUSTAMANTE Alarcón, Reynaldo, *El derecho fundamental a un proceso justo*, Instituto solidaridad y derechos humanos, http://www.isdeh.org/pdf/El_derecho_fundamental.pdf.

²²¹ *Ídem*.

²²² ESPARZA Leibar, Iñaki, *op. cit.*, pp. 214 y 215.

Para Enrique Álvarez Conde²²³ el debido proceso español estaría comprendido por los siguientes derechos:

- a) Derecho al Juez ordinario.
- b) Derecho a la asistencia de letrado.
- c) Derecho a ser informado de la acusación formulada.
- d) Derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías.
- e) Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa.
- f) Derecho a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables.
- g) Derecho a la presunción de inocencia.

Dentro de la jurisprudencia española, señala Iñaki Esparza²²⁴, la segunda sala del tribunal constitucional por primera ocasión señala al proceso debido dentro de los fundamentos jurídicos 3 y 4 cuando señala: “**3.** Sin entrar en el análisis de la significación autónoma o dependiente que respecto del proceso anterior, tiene lo que nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil (en el título XXII del Libro II), y también el art. 189 de la Ley Procesal Laboral, llama recurso de revisión y lo que esto comporta en la difícil colisión entre seguridad y justicia, que está en la base de esta institución, sí que puede afirmarse que la revisión es instrumento que sirve al ejercicio del derecho a obtener la invalidación de la Sentencia que ha ganado firmeza, en los casos que el legislador, en esa colisión comprometida entre seguridad y justicia, abre vías para rescindir un proceso anterior. Instituida la revisión, alcanza a ella las garantías fundamentales contenidas en el art. 24.1 de la Constitución Española y, por tanto, las de acceso a la revisión y al conocimiento de la pretensión revisora en el proceso debido, asegurando el contenido esencial de este derecho instrumental. Como los demandantes acusan la vulneración de este art. 24.1

²²³ ÁLVAREZ Conde, Enrique, *El régimen político español*, 4ª. ed. Ed. Tecnos, Madrid, 1990, pp. 179 y 180.

²²⁴ ESPARZA Leibar, Iñaki, *Op. Cit.*, p. 239.

aduciendo dos órdenes de consideraciones, del que el primero en un orden lógico, hace relación a una prueba no practicada que consideran capital, de lo que infieren que se ha producido indefensión, y el segundo se contrae al juicio que ha hecho la Sentencia por razón de la cual se formula el amparo, respecto al sentido y alcance del art. 1.796, causa 1.ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y desde esta interpretación, a cómo debe tratarse el motivo de revisión alegado por los recurrentes, a estos dos puntos, únicos invocados bajo el alegato del derecho a la tutela jurisdiccional, en los términos que dice aquel precepto constitucional, dedicamos las consideraciones siguientes.

4. Podrá justificarse un alegato de indefensión, si intentado en tiempo y forma unas pruebas que siendo pertinentes, son también influyentes para la decisión del litigio, el Juez del proceso las rechaza, no remediando mediante otras actividades probatorias la indefensión. Con pertenecer esto, en principio, al área de las funciones del Juez, y su remedio, a las instancias siguientes, y, en su caso, a la casación por vicios relativos a la prueba, podrá darse supuestos en que agotados todos los medios disponibles en sede judicial, la denegación pueda tener acceso al amparo constitucional, como generadora de una indefensión patente, acceso, por lo demás, que deberá sentarse en una sólida justificación por cuanto el Tribunal Constitucional no está establecido para velar, y, en su caso, corregir, todos los vicios in procedendo. Son aquellos que incidan en lo que es esencial del derecho a la jurisdicción y al proceso debido, y, que por esto, el constituyente, ha incorporado a los derechos fundamentales, dotándolos de la protección reforzada que significa el art. 53.2 de la Constitución, los que pueden recabar mediante el amparo que regulan los arts. 41 y siguientes de la LOTC una decisión reparadora de este Tribunal, en los términos que define el art. 55.1, también de la LOTC. Mas, en cualquier caso, presupuesto de tal invocación de indefensión, es que la prueba haya sido denegada, lo que, ciertamente, no ha ocurrido en el caso de que estamos conociendo, pues regulada aquí la materia, según lo dispuesto en los arts. 750 y los que siguen de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a los que se remite el art. 1.802, el solo recibimiento a prueba no constituye al Tribunal en impulsor de la

que pueda resultar influyente para la decisión, pues la proposición de prueba habrán de realizarla las partes y acordarla el Tribunal, valorando su pertinencia y utilidad. Sólo puede entenderse quebrantadas las garantías de un proceso cuando, propuesta la prueba, ha sido denegada, y tal prueba es congruente e influyente para la decisión. Si esto es así con un carácter de generalidad, es claro que falta el presupuesto necesario para que pueda enjuiciarse si se ha producido una indefensión quebrantadora del derecho al proceso debido, que tiene en el art. 24 su reconocimiento constitucional.”²²⁵

1.1.4 Due Process of Law Norteamericano

El debido proceso norteamericano, denominado por ellos como due process of law, tiene su base en la Decimocuarta enmienda de la Constitución política de los EUA que a la letra dice “Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos.”²²⁶

En este sentido, el debido proceso manifestado en la Decimocuarta Enmienda los juristas norteamericanos lo dividen dos: debido proceso procesal y debido proceso sustantivo. De tal suerte que, el debido proceso procesal, basado en los principios de "imparcialidad fundamental", aborda los procedimientos legales que deben seguirse en los procedimientos estatales. Los temas relevantes, como se analiza en detalle a continuación, incluyen notificación, oportunidad de audiencia, confrontación e interrogatorio,

²²⁵ Tribunal Constitucional de España, Sentencia 50/1982, <http://hj.tribunalconstitucional.es/pt/Resolucion/Show/92>.

²²⁶ La Constitución de los Estados Unidos de América 1787, National archives, <https://www.archives.gov/espanol/constitucion>.

descubrimiento (procedimientos previos al juicio que prevén el intercambio de información entre las partes involucradas. Éste puede hacerse a través de interrogatorios o de declaraciones por las cuales un testigo es juramentado y, en presencia de ambas partes, está sujeto a preguntas)²²⁷, regla de decisión (regla, estatuto, cuerpo de leyes o decisión anterior que proporciona la base para decidir o adjudicar un caso)²²⁸ y derecho a asesoría. Por su parte el debido proceso sustantivo, aunque también se basa en los principios de "imparcialidad fundamental", se utiliza para evaluar si los estados pueden aplicar una ley, independientemente del procedimiento seguido. El debido proceso sustantivo generalmente ha tratado temas específicos, como la libertad de contrato o la privacidad, y con el tiempo ha enfatizado alternativamente la importancia de los asuntos económicos y no económicos. *In reality, substantive due process has had greater political import, as significant portions of a state legislature's substantive jurisdiction can be restricted by its application*²²⁹ (En teoría, las cuestiones del debido proceso procesal y sustantivo están estrechamente relacionadas. En realidad, el debido proceso sustantivo ha tenido mayor importancia política, ya que porciones significativas de la jurisdicción sustantiva de una legislatura estatal pueden ser restringidas por su aplicación)

Si bien el alcance de los derechos protegidos por el debido proceso sustantivo puede ser controvertido, su base teórica está firmemente establecida y constituye la base de gran parte de la jurisprudencia constitucional moderna. La aprobación de las Enmiendas llamadas de Reconstrucción (13, 14 y 15) le dio a los tribunales federales la autoridad para intervenir cuando un estado amenazaba los derechos fundamentales de sus ciudadanos. A los estados a través de la cláusula de debido proceso, derechos como la libertad de expresión, la libertad de religión y la protección contra búsquedas y confiscaciones no razonables, se aplican contra los estados como lo son contra el gobierno federal.

²²⁷ Enciclopedia británica, <https://www.britannica.com/topic/discovery-law>.

²²⁸ Uslegal, <https://definitions.uslegal.com/r/rule-of-decision/>

²²⁹ Justia US law, <https://law.justia.com/constitution/us/amendment-14/04-due-process-of-law.html#fn-66>.

Tiempo antes de la aprobación de la decimocuarta enmienda, la cláusula de debido proceso de la quinta enmienda (Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización)²³⁰ fue reconocida como una restricción del gobierno federal, pero solo en el sentido estricto de que una legislatura necesitaba proporcionar un “proceso debido” procesal para el cumplimiento de la ley. Aunque los jueces individuales sugirieron desde el principio que la legislación en particular podría estar tan en conflicto con los preceptos de la ley natural como para hacerla completamente inconstitucional, el potencial de la cláusula de debido proceso de la 14a Enmienda como una restricción sustantiva en la acción estatal parece haber sido muy subestimado en los años inmediatamente posteriores a su adopción.

En éste sentido, las invocaciones tempranas del debido proceso “sustantivo” no tuvieron éxito. En *Slaughter-House Cases*²³¹ un grupo de carniceros impugnó un estatuto de Luisiana que confiere el privilegio exclusivo de matar ganado en Nueva Orleans a una sola corporación. Al revisar la validez de este monopolio, el tribunal observó que la prohibición contra la privación de bienes sin el debido proceso “ha estado en la Constitución desde la adopción de la quinta enmienda, como una restricción al poder federal, también se encuentra en algunas formas de expresión en las constituciones de casi todos los Estados, como una restricción al poder de los Estados”.

²³⁰ La Constitución de los Estados Unidos de América 1787, National archives, <https://www.archives.gov/espanol/constitucion>.

²³¹ Legal information institute, *Slaughter-House Cases*, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/83/36>.

En *Munn v. Illinois*²³² el Tribunal revisó la regulación de las tarifas cobradas por el transporte y almacenamiento de granos, y nuevamente se negó a interpretar la cláusula del debido proceso como una legislación estatal sustantiva que invalida. Al rechazar las afirmaciones de que dicha legislación produjo una privación de propiedad inconstitucional al impedir que el propietario se ganara una compensación razonable por su uso y al transferir un interés en una empresa privada al público, el Presidente del Tribunal Waite enfatizó que "el gran oficio de los estatutos es remediar defectos en el common law a medida que se desarrollan. . . . Sabemos que este poder [de regulación de la tasa] puede ser abusivo; pero eso no es argumento contra su existencia. Para la protección contra los abusos por parte de las legislaturas, la gente debe recurrir a las urnas, no a los tribunales"²³³.

En *Davidson v. Nueva Orleans*²³⁴ el juez Miller también desaconsejó una desviación de estas aplicaciones convencionales del debido proceso, aunque reconoció la dificultad de llegar a una definición precisa y exhaustiva de la cláusula. Menciona que no es poco notable que mientras esta disposición ha estado en la Constitución de los Estados Unidos, como una restricción a la autoridad del gobierno federal, durante casi un siglo, y mientras tanto, durante todo ese tiempo, la forma en que se han ejercido los poderes de ese gobierno ha sido observada con celo, y sometida a la crítica más rígida en todas sus ramas, esta limitación especial sobre sus poderes rara vez ha sido invocada en el foro judicial o en la discusión pública. Pero si bien ha sido parte de la Constitución, como una restricción al poder de los Estados, solo en unos pocos años, el expediente de este tribunal está lleno de casos en los que se nos pide que sostengamos que los tribunales estatales y las legislaturas estatales han privado a sus propios ciudadanos de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal. Aquí hay abundantes pruebas de que existe una extraña

²³² Legal information institute, *Munn v. Illinois*, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/94/113/>.

²³³ Justia US law, <https://law.justia.com/constitution/us/amendment-14/04-due-process-of-law.html#fn-66>.

²³⁴ Legal information institute, *Davidson v. Nueva Orleans*, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/96/97>.

idea errónea del alcance de esta disposición como se encuentra en la decimocuarta enmienda. De hecho, parece, a juzgar por el carácter de muchos de los casos que tenemos ante nosotros, y los argumentos presentados en ellos, que la cláusula en cuestión se considera un medio para poner a prueba la decisión de este tribunal las opiniones abstractas de cada litigante fracasado en un tribunal estatal de la justicia de la decisión en su contra, y de los méritos de la legislación sobre la cual se puede fundar dicha decisión. Si, por lo tanto, era posible definir qué es para un Estado privar a una persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal, en términos que abarcarían todo ejercicio de poder prohibido al Estado, y excluiría a aquellos que no lo son, no se podría proporcionar una construcción más útil por este o cualquier otro tribunal a ninguna parte de la ley fundamental. Pero, aparte del riesgo inminente de no dar una definición que sea completa y satisfactoria, hay sabiduría, pensamos, en la determinación de la intención y la aplicación de una frase tan importante en la Constitución Federal, por el proceso gradual de inclusión y exclusión judicial, según lo requieran los casos presentados para la decisión, con el razonamiento en el que se basen dichas decisiones.

En *Hurtado v. California*²³⁵ los jueces mostraron un cambio en sus opiniones, el juez Mathews, hablando en nombre de la Corte, señaló que el debido proceso según la Constitución de los Estados Unidos difería del debido proceso en el derecho consuetudinario inglés en que este último se aplicaba solo a actos ejecutivos y judiciales, mientras que el primero también se aplicaba a los actos legislativos. En consecuencia, los límites del debido proceso en virtud de la enmienda decimocuarta no podrían evaluarse únicamente en términos de la "sanción del uso establecido" en virtud del derecho común. De ésta forma, el Tribunal declaró que "un poder arbitrario, haciendo valer sus decretos a las personas y bienes de sus súbditos, no es una ley, ya sea como decreto de un monarca personal o de una multitud impersonal. Y las limitaciones impuestas por nuestra ley constitucional a la acción de los

²³⁵ Justia US Supreme Court, *Hurtado v. California*, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/110/516/>

gobiernos, tanto estatales como nacionales, son esenciales para la preservación de los derechos públicos y privados, a pesar del carácter representativo de las instituciones políticas. La aplicación de estas limitaciones por un proceso judicial es el dispositivo de las comunidades autónomas para proteger los derechos de los individuos y las minorías, así como contra el poder de los números, y contra la violencia de los agentes públicos que trascienden los límites de la autoridad legal, incluso cuando actúan en nombre y utilización de la fuerza del gobierno. En este lenguaje, los estados fueron advertidos de que todos los tipos de legislación estatal, ya sea que se relaciona con derechos procesales o sustantivos, ahora están sujetos al escrutinio de la Corte en temas de cierta importancia.

Seguramente lo que llevó a la Corte a cambiar de opinión respecto a tener una mayor supervisión judicial y de alterar el equilibrio de poderes entre el Gobierno Federal y los estados fue la legislación social de recuperación estatal promulgada a raíz de la expansión industrial, y el impacto de dicha legislación en los derechos de propiedad. La importancia manifestada en la figura del debido proceso le brindó al Tribunal la oportunidad de compensar su anulación anterior de gran parte de la cláusula de privilegios o inmunidades de la enmienda. Las teorías jurídicas respecto a la relación entre los poderes del gobierno y los derechos privados estaban disponibles para demostrar la impropiedad de dejar a las legislaturas estatales la misma amplia gama de poder policial que habían tenido antes de la Guerra Civil.

Para completar este proceso, fue necesario el paso de al menos 20 años, en este desarrollo, se crearon dos líneas de pensamiento. En primer lugar cobra relevancia el voto disidente del Juez Field en el mencionado caso *Munn v. Illinois* cuando mencionó que “la legislación y el poder policial del Estado únicamente debe ser utilizado para evitar afectar la paz, el buen orden, la moral y la salud de la comunidad”²³⁶. Este razonamiento será retomado por la Corte en *Mugler v. Kansas* donde, a pesar de respetar una regulación estatal sobre el

²³⁶ Legal information institute, *Munn v. Illinois*, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/94/113/>.

alcohol, el Tribunal sostuvo que “La prohibición del uso de la propiedad para fines que la legislación vigente declara perjudiciales para la salud, la moral o la seguridad de la comunidad no es una apropiación de la propiedad para el beneficio público, en el sentido de una toma de la propiedad por el ejercicio del poder estatal... La destrucción, en el ejercicio del poder policial del Estado, de los bienes utilizados, en violación de la ley, para mantener una molestia pública no es la apropiación de bienes para uso público, y no priva al propietario de los mismos sin el debido proceso”²³⁷. En segundo lugar, tenemos la posición del juez Bradley en su disidencia en el caso *Slaughter-House*²³⁸. Ideas que incorporan el pacto social y los derechos naturales en limitaciones constitucionales al Estado. La consecuencia fue que los estados en el ejercicio de sus poderes policiales podían fomentar solo los propósitos de salud, moral y seguridad que la Corte había enumerado, y podían emplear solo los medios que no interfirieran irracionalmente con los derechos naturales fundamentales de la libertad y la propiedad.

Hasta aquí, hemos mencionado tan solo algunas de las jurisprudencias que permitieron acercarnos al debido proceso como lo observan en el país norteamericano, sin duda, el enfoque inicial, es diametralmente opuesto a lo que nosotros conocemos en nuestro sistema jurídico. En sus primeras decisiones, la Corte Suprema pareció darle importancia a ésta figura solo cuando estaban en juego los derechos de propiedad, las audiencias podían posponerse para seguir una acción gubernamental provisional, incluso irreversible. Esta presunción cambió en 1970 con la decisión en *Goldberg v. Kelly* un caso que surge de un programa de asistencia social administrado por el Estado. El Tribunal determinó que “En contra del deseo justificado de proteger los fondos públicos, debe sopesarse la abrumadora necesidad del individuo en esta situación única de no ser privado injustamente de asistencia. . . . Si bien el problema de los gastos adicionales debe tenerse en

²³⁷ Justia US Supreme Court, *Mugler v. Kansas*, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/123/623/>.

²³⁸ Legal information institute, *Slaughter-House Cases*, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/83/36>.

cuenta, no justifica negar una audiencia que cumpla con los estándares ordinarios del debido proceso. Bajo todas las circunstancias, sostenemos que el debido proceso requiere una audiencia adecuada antes de la terminación de los beneficios de asistencia social, y el hecho de que haya un proceso posterior justamente constitucional no altera el resultado”²³⁹

Si bien no hay una lista definitiva de los "procedimientos requeridos" que requiere el debido proceso, el Juez Henry Friendly²⁴⁰ generó una lista que sigue siendo altamente influyente, tanto en cuanto al contenido como a la prioridad relativa:

1. Un tribunal imparcial.
2. Notificación de la acción propuesta y los motivos alegados para ello.
3. Oportunidad de presentar razones por las cuales la acción propuesta no debe ser tomada.
4. El derecho a presentar evidencia, incluido el derecho a llamar testigos.
5. El derecho a conocer pruebas opuestas.
6. El derecho a interrogar a los testigos adversos.
7. Derecho a una resolución basada exclusivamente en la evidencia presentada.
8. Derecho a ser representado por un abogado.
9. Derecho a que el tribunal prepare un registro de las pruebas presentadas.
10. Derecho a que el tribunal prepare las conclusiones escritas de hecho y las razones de su decisión.

²³⁹ Legal information institute, *Goldberg v. Kelly*, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/397/254>

²⁴⁰ FRIENDLY, Henry, "Some kind hearing", *Law review*, University of Pennsylvania, 1975, https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=5317&context=penn_law_review

Esta no es una lista de procedimientos que se requieren para probar el debido proceso, sino más bien una lista de los tipos de procedimientos que se pueden reclamar como debido proceso.

1.2 Debido proceso en el derecho mexicano.

En nuestro país, la palabra debido proceso se encuentra contenida específicamente en el Art. 17 párrafo III de nuestra Constitución cuando a la letra dice “Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales” de la misma manera la encontramos en el Art. 18 párrafo VII que señala “...El proceso en materia de justicia para adolescentes será acusatorio y oral, en el que se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia de las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas...” Ambos párrafos fueron adicionados en 2017 y 2015 respectivamente, hasta antes de esto, el debido proceso solo era inferido ya que, como en muchos de los ordenamientos legales, esta figura ha sido “innominada”.

Sin embargo, va a ser el contenido de los artículos 14 y 16 párrafo I de la Constitución, los que fundamentan el debido proceso (aún sin mencionarlo), el contenido es el siguiente:

Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. 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.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no

esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En los juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio en los que se establezca como regla la oralidad, bastará con que quede constancia de ellos en cualquier medio que dé certeza de su contenido y del cumplimiento de lo previsto en este párrafo.

Es importante señalar también, el pronunciamiento del octavo tribunal colegiado en materia civil del primer circuito:

GARANTÍA DE DEBIDO PROCESO LEGAL CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL. DEFINICIÓN. La garantía de debido proceso legal consagrada en el artículo 14 constitucional, en la parte relativa a que los juicios deben llevarse a cabo ante autoridad competente, cumpliendo con "... las formalidades esenciales del procedimiento..." implica necesariamente que los procedimientos jurisdiccionales seguidos ante las autoridades respectivas, se tramiten conforme a las disposiciones procesales exactamente aplicables al caso concreto, pues de lo contrario se transgrede el derecho positivo y, por ende, se actualiza la infracción a la garantía de que se trata.²⁴¹

La atención que sobre la figura existe en nuestro país, parece haberse renovado principalmente por dos factores, en un primer lugar, la existencia de

²⁴¹ I.8o.C.13 K. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo III, Junio de 1996, Pág. 845, <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/202/202098.pdf>.

ciertos casos emblemáticos y por otro el proceso de reforma de algunos ordenamientos jurídicos, entre ellos, el penal. El debido proceso ha sido señalado como una herramienta que opera únicamente a favor de los imputados quienes han logrado eludir la acción de la justicia.

Es importante señalar que el debido proceso es una garantía en contra del abuso del poder y de las arbitrariedades tanto para inocentes como para culpables. Detrás de su aplicación encontramos un sistema de controles sobre los que el juez revisa la actuación tanto de policías como de ministerios públicos. Las malas prácticas en la persecución del delito constituyen una amenaza tanto para los imputados como para las víctimas, el sólo hecho de no resolver el caso y la imposibilidad de sancionar a los culpables del acto definen lo anteriormente descrito. La incapacidad institucional que deriva en abusos por parte de la autoridad es un reflejo de que el debido proceso se levanta como una figura importante y trascendente de nuestro sistema jurídico.

1.3 Dimensión sustancial y adjetiva del debido proceso.

Históricamente el debido proceso ha sido manejado como un concepto autónomo e independiente, se ha englobado en él, todos los aspectos importantes de considerar dentro del mismo, para éste efecto, es necesario señalar que varios autores han dado al debido proceso un criterio dual, el de debido proceso sustancial y debido proceso adjetivo, visto desde otra perspectiva, debido proceso y debido procedimiento, uno como concepto político, como concepto de Estado y el otro como un elemento exclusivamente procesal.

1.3.1 Debido proceso sustancial.

Como se manifestaba líneas arriba, esta figura bien podría ser determinada como debido proceso en sí mismo, atendiendo a lo mencionado en el capítulo anterior, esta parte del debido proceso, bien podría ser considerado como un principio, es más, como un principio de principios, en palabras de

Oswaldo Gozaíni²⁴², una garantía, la cual, definitivamente funciona como una limitación al poder que impide cualquier decisión de la autoridad que amenace, afecte o lesione algún derecho fundamental de las personas. En este sentido el debido proceso sustancial es una figura de prevención, gracias al cual, la autoridad recibe el mensaje de prohibición a la discrecionalidad.

Como lo veremos más adelante en el presente trabajo, el debido proceso y de manera específica, esta visión del mismo, queda integrado dentro del principio de seguridad jurídica ya que exige de la autoridad acciones de protección a los derechos humanos y la contención de la arbitrariedad, lo cual también involucra a la tutela judicial efectiva. Bajo esta perspectiva, la seguridad jurídica atiende a los derechos más elementales como lo son la libertad, la propiedad y la vida con la finalidad de obtener lo que denominamos justicia.

Para Sergio García Ramírez²⁴³, esta versión del debido proceso constituye un medio de controlar la razonabilidad de las leyes, haciendo referencia a la tutela de los derechos esenciales del individuo frente al arbitrio del poder público en el ámbito ejecutivo y legislativo, no solo en el procesal. De tal suerte que integra una vía para la revisión del sentido de una norma principalmente en el campo de la temporalidad.

Esta dimensión del debido proceso va dirigido a los creadores de la norma, para que en el ejercicio de su función se apeguen a los criterios que pueden ser desprendidos de la Constitución, así como los instrumentos internacionales que sobre la materia existan, elaborando leyes basadas en éste principio de razonabilidad y que no sean arbitrarias, pero también por otro lado, son los órganos jurisdiccionales los que, al llevar a cabo su función, “deben procurar la razonabilidad del procedimiento y del juicio, para lo cual deben

²⁴² GOZAÍNÍ, Oswaldo, “El Debido Proceso Sustancial y las Garantías necesarias para la Seguridad Jurídica”, *Revista del colegio de abogados de la ciudad de buenos aires*, <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=27552&print=2>.

²⁴³ GARCÍA Ramírez, Sergio, *El debido proceso*, 2ª. Ed., Porrúa, México, 2014, p. 14.

sistematizar las normas procesales ordinarias con los principios y con las reglas de justicia que se desprenden de nuestra Constitución y de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, sobretodo procurando que en su actuar se desprenda la proporcionalidad, la equidad y la razonabilidad del proceso promoviendo e interpretando los derechos humanos, pero especialmente procurando su realización y respeto en el juicio²⁴⁴ sin duda para esto cuentan con la obligación de interpretar las normas atendiendo al principio *pro-persona*.

1.3.2 Debido proceso adjetivo

Es necesario comenzar mencionando que el proceso en sí mismo, debe ser una de las máximas garantías para el ser humano y ningún rigorismo formal puede convertirse en un obstáculo de sus derechos y debe existir en todas las instancias un equilibrio entre las partes. Esto marca un primer contacto con esta visión del debido proceso.

De la misma manera, comentar que esta dimensión, abarca el conjunto de derechos e instituciones jurídicas que para procurar un acceso pleno al procedimiento se han ido incorporando desde sus orígenes en el *due process of law* y hasta nuestras fechas. En el Estado de derecho, el debido proceso debe ser justo y garantista; incluso para algunos autores como Cipriano Gómez Lara²⁴⁵ este es un derecho humano que incluye un mínimo de derechos que deben ser respetados en cualquier procedimiento. Esta dimensión, pretende lograr un proceso justo capaz de permitir un acceso real a la tutela judicial efectiva. Se establecen las características del juez, las de cada una de las partes, las formalidades procedimentales que abarcaran desde la audiencia, la legalidad, los alegatos, la obtención de la verdad a través de la presentación de

²⁴⁴ SALINAS Garza, Juan Ángel y Luis Gerardo RODRÍGUEZ LOZANO, *El debido proceso en el Estado Constitucional de derecho*, Ed. Novum, México, 2016, p. 75.

²⁴⁵ GÓMEZ Lara, Cipriano, *El debido proceso como derecho humano*, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1968/17.pdf>.

pruebas, así como las características de la sentencia. En el caso específico del derecho penal, también se incluyen el derecho a un abogado defensor, el derecho a no declarar etc. Estas garantías esenciales las encontramos en los artículos 14, 16, 17, 19, 20 y 21 de nuestra carta magna, así como en el 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dichos preceptos establecen los derechos y las formalidades que deben ser atendidos en todos los procedimientos.

Esta dimensión del debido proceso “se forma por un bloque constitucional, integrado tanto por derechos y formalidades derivados de preceptos de los tratados internacionales como por los propios de la Carta Magna, agregándose que también pueden incluirse a estos y ser tratados como formalidades especiales de un procedimiento específico todas aquellas normas y formalidades, derechos, etc., que son reconocidos por las propias constituciones, tratados internacionales, leyes procesales y principios generales, que aunque otorguen mayores derechos que las garantías esenciales, deben ser respetados por las autoridades y las partes al estar reconocidas por este tipo de normas para tipos específicos de procedimientos, materias, personas o derechos”²⁴⁶

Es importante señalar que existen otras tantas formalidades no señaladas en este apartado, como lo son las de los procedimientos especiales. Del mismo modo, como dice García Ramírez, tiene expresiones y aplicaciones en otras normas, por poner algunos ejemplos solamente, el derecho a la tutela de la vida, en lo que concierne a la posibilidad de que el condenado a muerte pueda combatir la sentencia a través de un indulto, amnistía o conmutación.

En las páginas subsecuentes, justamente encontraremos las formalidades especiales del procedimiento contenidas tanto en nuestra Constitución, como las garantías judiciales establecidas en el artículo 8 de la

²⁴⁶ SALINAS Garza, Juan Ángel y Luis Gerardo Rodríguez Lozano, *op. cit.*, pp. 79 y 80.

Convención Americana sobre Derechos Humanos y que dan contenido a lo que conocemos como debido proceso en nuestro país.

2. Proyecciones del debido proceso y naturaleza jurídica.

A efecto de revisar el contenido del debido proceso, resulta fundamental el análisis del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, documento base de los países firmantes en materia de lo que ellos denominan, Garantías Judiciales:

2.1 Derecho de Audiencia

AUDIENCIA, GARANTIA DE DEBIDO PROCESO. La garantía de audiencia reconocida por el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no se contrae a una simple comunicación a la parte afectada para que tenga conocimiento de un acto de autoridad que pueda perjudicarlo, sino que implica el derecho de poder comparecer ante la autoridad a oponerse a los actos que afecten sus propiedades, posesiones o derechos y a exponer las defensas legales que pudiere tener, para lo cual, obviamente, es necesaria la existencia de un juicio en el que se observen, las formalidades esenciales del procedimiento, como lo expresa claramente el mencionado precepto constitucional, formalidades que están constituidas, de acuerdo con la teoría del proceso, por el emplazamiento para contestar demanda, un período para ofrecer y rendir pruebas y un plazo para presentar alegatos, a efecto de obtener una sentencia que declare el derecho en controversia, todo lo cual no puede ser satisfecho sino a través del debido proceso que exige el mencionado artículo 14 como garantía individual.²⁴⁷

Considero que este derecho tiene su base en el hecho de que la soberanía reside en el pueblo, que es del cuál emanan los distintos poderes del

²⁴⁷ Tribunales Colegiados de Circuito. Séptima Época. Semanario Judicial de la Federación. Volumen 82, Sexta Parte, Pág. 24, <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/254/254190.pdf>.

Estado, los cuales tienen la obligación de propiciar, permitir, incentivar la participación de los ciudadanos en la *res publica* de tal suerte que el derecho de audiencia es un derecho fundamental que otorga el derecho a todos los ciudadanos el acceso a los tribunales para ejercitar los derechos e intereses legítimos que considere poseer. Del mismo modo, se propicia la tutela efectiva por parte de los mismos tribunales “que supone que los recurrentes sean oídos y tengan derecho a una decisión fundada en derecho y que la igualdad entre las partes sea asegurada de forma que no se produzca indefensión, y exige, además, que el proceso se desarrolle con las debidas garantías”²⁴⁸ es decir que ya sea en todo el procedimiento o en alguna de sus partes, donde la resolución impacte los derechos e intereses de una persona, ésta deberá ser escuchada.

Este derecho implica tener la posibilidad de provocar la actividad jurisdiccional con el objetivo de lograr la sentencia de un juez. El sistema jurídico debe garantizar los medios pertinentes para que las partes tengan acceso al sistema de justicia. Este acceso “debe ser real y no teórico ya que se trata de que la igualdad de las personas sea tangible y se concrete en los hechos”²⁴⁹

Respecto al plazo razonable, es necesario comentar que ante la ineficiencia del sistema de impartición de justicia debido a los retrasos injustificables en los procedimientos, éstos son deslegitimados. La privación de la libertad así como las cargas para el presunto responsable no son sostenidas sin lastimar el principio de presunción de inocencia (entre otros) lo cual deriva en un daño irreparable, sobre todo cuando va acompañado de figuras como la prisión preventiva, por poner un ejemplo. Ante ello, es menester observar que “el plazo razonable” hace referencia tanto a la solución del conflicto, como a la prontitud en la ejecución de los fallos. Para establecer la duración admisible, Sergio García Ramírez menciona que “la Corte Interamericana, siguiendo la

²⁴⁸ QUINTANILLA Navarro, Myriam, *Naturaleza del derecho de audiencia*, <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/naturaleza-derecho-audiencia-37756431>.

²⁴⁹ COLOMBO Campbell, Juan, *El debido proceso constitucional*, Instituto de derecho procesal constitucional, México, Porrúa, 2007, p. 77.

tendencia que se registra en el derecho internacional, toma en cuenta diversos elementos: las características del caso, la actividad del tribunal y la actividad de la víctima”²⁵⁰ del tal suerte que “si el Estado ha monopolizado como principio el poder solucionar los conflictos, es claro que se tiene que permitir el fácil acceso a la jurisdicción...de nada valdría proclamar que las personas tienen acceso a la justicia, si luego en la realidad de los hechos esa posibilidad resulta menguada o inexistente”²⁵¹

Es así que el artículo 14 Constitucional señala “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.”

2.2 Jueces imparciales y normas preestablecidas

En cualquier sistema jurídico que se precie de respetar los derechos humanos, de manera forzosa deberá contener la garantía de ser juzgado por un juez imparcial, un juez independiente. Sin duda esta garantía incluye que el juez no tenga (o haya tenido) algún tipo de relación con las partes que pudiera determinar su posición (imparcialidad subjetiva). Pero también implica que la relación no sea con el proceso en sí, es decir, que no exista un juicio previo sobre el tema objeto del procedimiento (imparcialidad objetiva).

Para la existencia y subsistencia de cualquier sociedad democrática, para ser hay que parecer, los jueces, magistrados y ministros, deben inspirar confianza, a la más mínima sospecha de parcialidad, el mismo debe ser separado del caso.

²⁵⁰ GARCÍA Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, IJUNAM, México, 2002, pp. 136, 137.

²⁵¹ MARABOTTO Lugaro, Jorge, *Un derecho humano esencial: El acceso a la justicia*, Anuario de derecho constitucional latinoamericano, Fundación Konrad Adenauer, Uruguay, 2003.

Para el ministro presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Luis María Aguilar Morales “Los jueces imparciales dan seguridad a nuestro país. No importa quién sea la parte que está comprometida, que tan importante les parezca, que porque el señor presidente, el señor secretario o el gobernador de algún lado...si el juez es imparcial, podremos estar tranquilos de que habrá justicia”²⁵²

Esta independencia implica no depender de nadie más y aplica tanto para el juez en lo individual como al poder judicial. La imparcialidad se define “como la falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”²⁵³

En este sentido cobra una relevancia importante, la inamovilidad de los jueces, no como privilegio de la persona, sino como protección de la institución, si se les garantiza la no remoción de sus cargos, es mucho más viable un ideal de justicia en su encargo, ya que quién pudiera removerlos a placer, podría también influirles a placer”²⁵⁴ de tal suerte que, las áreas de vulnerabilidad que pone en riesgo la independencia es: “la falta de autonomía para la designación y contratación de su personal asesor y administrativo y, en general, el acceso a los medios materiales que requiera su actividad, como edificios, vehículos, maquinaria, etc.”²⁵⁵ En este rubro, es necesario hacer referencia al salario justo que impida que esta independencia sea puesta en riesgo.

Finalmente señalar que todo tribunal debe encontrarse establecido previamente a las controversias que le tocarán resolver, “la exigencia del juez predeterminado por la ley excluye el juzgamiento por tribunales previamente

²⁵² AGUILAR Morales, Luis María, *Conferencia: Seguridad Jurídica*, 94 Asamblea Convención Nacional del Instituto Mexicano de Contadores Públicos, 27/10/2017. <https://www.eluniversal.com.mx/nacion/seguridad/jueces-imparciales-dan-paz-social-dice-aguilar>.

²⁵³ VALLS Hernández, Sergio A., “El derecho humano a juez independiente e imparcial”, *El derecho mexicano contemporáneo retos y dilemas: Estudios en homenaje a César Esquinca Muñoa*, Universidad Autónoma de Chiapas, México, 2012, p. 611. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3228/36.pdf>.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 612.

²⁵⁵ COLOMBO Campbell, Juan, *op. cit.*, p. 62 y 63.

constituidos para un proceso determinado”²⁵⁶ y “consiste en el derecho de las partes dentro de un procedimiento o juicio a que la creación, constitución, competencia y composición del órgano que va a conocer de un asunto sea anterior en el tiempo a la acción por medio de la cual da comienzo el procedimiento”²⁵⁷

El artículo 17 Constitucional para tal efecto señala “Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales”

2.3 Presunción de inocencia

Decía Cesare Beccaria que “Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez”²⁵⁸ en tanto Ulpiano sostiene que “nadie debe ser condenado por sospechas, porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable que condenar a un inocente”²⁵⁹ ambas afirmaciones sin duda exigen evitar la arbitrariedad sobre una persona sujeta a un proceso jurisdiccional a través de la figura de la presunción de inocencia.

En el plano internacional, a través de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, que en su artículo 9 menciona “cualquier hombre se considera inocente hasta no ser declarado culpable”²⁶⁰ y en el nacional con la Constitución de Apatzingán de 1814 que en su artículo 30 establece “Todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare

²⁵⁶ HOYOS, Arturo, *Debido proceso y democracia*, Porrúa, México, 2006, p. 106.

²⁵⁷ DE DIEGO Díez, Luis Alfredo citado por Carbonell, Miguel, *El debido proceso*, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell A. C., México, 2018, p. 78.

²⁵⁸ BECCARIA, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2015, p. 39.

²⁵⁹ ULPIANO, citado por Miguel Ángel MERCADO MORALES en “La presunción de inocencia como derecho fundamental”, *Hechos y derechos*, Octubre 2015, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/7322/9258>.

²⁶⁰ Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf.

culpado”²⁶¹ vemos como la presunción de inocencia comienza a tener una mayor presencia en el ámbito jurídico y de protección a los derechos fundamentales de los individuos. Va a ser en el artículo 20 inciso B, fracción I de nuestra actual Constitución Política, donde al reconocer los derechos de toda persona imputada se menciona que tiene el derecho a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa. De la misma forma, el código nacional de procedimientos penales en su artículo 13 se establece que “toda persona se presume inocente y será tratada como tal en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el órgano jurisdiccional, en los términos señalados en este código”²⁶²

Es necesario mencionar, la trascendencia de la reforma en materia de derechos humanos de 2011, la que sin duda generó consecuencias favorables en la impartición de justicia al forzar a los jueces a hacer uso de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos principalmente en lo que hace referencia al principio *pro-persona*.

Teniendo a la presunción de inocencia como derecho fundamental y referente obligado dentro del debido proceso existen distintos efectos en el proceso mismo ya que esta se debe mantener desde el momento en que la autoridad tiene conocimiento del delito, en el inicio de la investigación y hasta que el juez emite la sentencia definitiva. La protección en este sentido, abarca a medios de comunicación, autoridades etc.

Bajo esta perspectiva, para Mónica María Bustamante²⁶³ es necesario identificar las consecuencias que se derivan de la constitucionalización de la

²⁶¹ Constitución de Apatzingán, http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const-apat.pdf.

²⁶² Código Nacional de Procedimientos Penales, <http://www2.scjn.gob.mx/Penal/Anexo/CodNalProcPenales.pdf>.

²⁶³ BUSTAMANTE Rúa, Mónica María, La garantía de la presunción de inocencia y el estándar de prueba de más allá de toda duda razonable, <https://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2015/diploNSJPsociedad/material/La%20garantia%20de%20presuccion%20de%20inocencia%20y%20el%20estandar%20de%20prueba.pdf>.

presunción de inocencia como parte integral del derecho al debido proceso, de tal suerte que podemos resumirlo de la siguiente manera: la presunción de inocencia desde la perspectiva jurídica constitucional ya que como derecho fundamental, asocia a todos los poderes públicos, es de aplicación directa e inmediata; como parte del derecho al debido proceso consagrado en la constitución debe ser interpretado de conforme con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por nuestro país y como derecho fundamental, goza de una vía privilegiada para su protección la acción de tutela. En segundo lugar, desde la perspectiva del derecho procesal y específicamente el penal, la presunción de inocencia manifiesta las siguientes líneas de expresión a) como principio informador del proceso del proceso penal garantista, b) como una regla de tratamiento del sindicado durante el curso del proceso penal; c) como una regla probatoria y d) como una regla de juicio.

El artículo 20 Constitucional, apartado B, fracción I establece que toda persona imputada tendrá derecho a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.

2.4 Derecho de asistencia gratuita por traductor o intérprete.

Otra de las llamadas garantías mínimas, es el derecho de aquellas personas extranjeras, indígenas, o a quienes no manejan la lengua en que se desarrolla el proceso, a tener un traductor. Esto pretende eliminar el plano de desigualdad en el que puedan encontrarse las partes. Con esto “no se resuelve la distancia cultural que puede mediar entre el inculpado y el proceso mismo, erigido sobre fundamentos materiales y formales en ocasiones distantes a la comprensión y a la costumbre del justiciable”²⁶⁴

Hablando específicamente de los extranjeros, la ley de migración mexicana establece en su art. 14 “cuando el migrante, independientemente de

²⁶⁴ GARCÍA Ramírez, Sergio, “El debido...”, p. 44.

su situación migratoria, no hable o no entienda el idioma español, se le nombrara de oficio un traductor o intérprete que tenga conocimiento de su lengua para facilitar la comunicación. Cuando el migrante sea sordo y sepa leer y escribir, se le interrogará por escrito o por medio de un intérprete. En caso contrario, se designará como intérprete a una persona que pueda entenderlo”²⁶⁵

Para lograr una igualdad en el proceso “se provee de traductor a quién desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento, y también por eso mismo se atribuye al extranjero el derecho a ser informado oportunamente de que puede contar con asistencia consular. Estos son medios para que los inculcados puedan hacer pleno uso de otros derechos que la ley reconoce a todas las personas. Aquellos y estos, indisolublemente vinculados entre sí, forman el conjunto de las garantías procesales y concurren a integrar el debido proceso legal”²⁶⁶

Al artículo 2 Constitucional, en su apartado A, fracción VIII al hacer mención a los pueblos y comunidades indígenas, éstos tienen derecho a “acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura”.

Este tema en particular también ha sido tratado por la jurisprudencia de nuestra Suprema Corte de Justicia. Solo a modo de ejemplo menciono las siguientes:

DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS EXTRANJEROS A LA NOTIFICACIÓN, CONTACTO Y ASISTENCIA CONSULAR. SUS DIFERENCIAS CON EL DERECHO A TENER UN ABOGADO Y EL

²⁶⁵ Ley de Migración, México, 2018, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LMigra_120718.pdf.

²⁶⁶ El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, citado en García Ramírez Sergio, *op. cit.* P. 45.

DERECHO A TENER UN TRADUCTOR O INTÉRPRETE. Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estima que para el extranjero detenido en territorio mexicano, el derecho a la asistencia consular, contenido en el artículo 36, primer párrafo, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, tiene una función propia y diferenciada tanto del derecho a tener un abogado como del derecho a tener un traductor o intérprete. La asistencia consular no se reduce a una simple medida de comunicación entre el extranjero y un representante de su gobierno. Es ante todo un derecho fundamental reconocido para evitar la indefensión del inculcado, que no depende de los conocimientos que tenga el extranjero del idioma del país en el que ha sido detenido. El funcionario consular tiene la encomienda de asegurarse, en primer término, de que el extranjero no sea simplemente informado de la acusación y de los derechos que le asisten, sino que los comprenda cabalmente. La comprensión del significado gramatical de las palabras que contiene la acusación puede ser facilitada por un traductor. Asimismo, una explicación técnica de las implicaciones de la acusación puede ser facilitada por un abogado habilitado para ejercer en ese país. Sin embargo, esto no resulta suficiente a fin de considerar cumplido el mandato constitucional de una defensa adecuada, ya que para esto es indispensable que se encuentre cubierto el elemento relativo a la idiosincrasia cultural. La herencia cultural y social de un extranjero resulta determinante al momento de comprender cualquier fenómeno jurídico, con especial gravedad respecto a aquellos actos o decisiones que puedan implicar la privación de la libertad. Estas cuestiones, como es lógico, no son conocidas ni debidamente ponderadas por los abogados nacionales, por lo que este tipo de decisiones sólo pueden ser tomadas una vez que se ha recibido una efectiva asistencia técnica, la cual debe ser otorgada por los funcionarios consulares, quienes por su actividad

profesional, presumiblemente se encuentran debidamente capacitados para dicha tarea²⁶⁷.

PERSONAS INDÍGENAS. LAS PRERROGATIVAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 2o. CONSTITUCIONAL TIENEN VIGENCIA DURANTE TODO EL PROCESO PENAL, SIN QUE OBSTE EL MOMENTO EN EL QUE SE REALICE LA AUTOADSCRIPCIÓN.

Con la finalidad de evitar excesos, fraudes a la ley e inseguridad jurídica para la víctima u ofendido, esta Primera Sala determinó que la "auto adscripción" como persona indígena, a fin de ser eficaz y activar en su favor la serie de prerrogativas fundamentales, deberá de realizarse en las primeras etapas del proceso penal, esto es, ya sea ante el Ministerio Público durante el procedimiento de averiguación previa, o bien, durante la fase de pre instrucción de la causa, pues de lo contrario dicha manifestación no detendrá la fuerza suficiente a fin de ordenar la reposición del procedimiento penal respectivo. Lo anterior quedó reflejado en la tesis de jurisprudencia 1a./J. 58/2013 (10a.) (1). Dicho criterio establece una regla específica, en tanto determina una consecuencia automática para un determinado supuesto: deberá ordenarse la reposición del proceso cuando la autoadscripción se realice durante la averiguación previa o la instrucción, y se haya llevado el juicio sin la asistencia de un intérprete y defensor. No obstante, el criterio anterior no supone de ningún modo que la "auto adscripción" posterior a esas etapas conlleve la pérdida de los derechos previstos en el artículo 2o. de la Constitución General. En efecto, el derecho a ser asistido por intérpretes y defensores que conozcan su lengua y cultura no se encuentra restringido a un determinado momento

²⁶⁷ CLXXII/2013 (10a.). Primera Sala. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XX, Mayo de 2013, Pág. 535, <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2003/2003544.pdf>.

procesal. Así, el hecho de que no se aduzca tempranamente en el proceso penal la "auto adscripción", no hace inefectivo el ejercicio del derecho de una persona indígena a contar con un traductor e intérprete. En todo caso, en este supuesto no es posible fijar una regla a priori sobre las consecuencias jurídicas en el juicio, pues el juzgador deberá valorar el grado y momento de la afectación al derecho de defensa adecuada para determinar las consecuencias que dicha violación debe generar en el proceso²⁶⁸.

2.5 Derecho a la notificación de la acusación formulada y ofrecimiento de pruebas.

Esta formalidad del procedimiento establece que la parte afectada sea llamada ante la autoridad con el objeto de que pueda defenderse correctamente; por supuesto implica la posibilidad de ser notificado respecto a la pretensión de ejecutar un acto privativo o que existe un procedimiento en su contra, pero también implica poner a sus disposición todos los elementos que le permitan acceder a la información completa respecto al asunto. Para que una persona pueda ser oída en el proceso, es indispensable que ella se entere "de que se ha entablado este proceso o de que se va a practicar una diligencia dentro del mismo o de sucesos de relevancia en el proceso"²⁶⁹ para que esto suceda, es necesario que la persona sea debidamente notificada con anticipación con la finalidad de que pueda defenderse.

Es esencial que el particular pueda tener la oportunidad de defender sus derechos a través de la posibilidad de ofrecer pruebas en el proceso, de que estas sean desahogadas y por supuesto controvertir las que la contraparte

²⁶⁸ Tesis CCCLXVII/2015 (10a), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 24, Noviembre de 2015, p. 989, [http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/\(F\(xVmXeU3BHguQiAS3uKhL4k_JRdowbP5KcOxA7aj09BR_Q3jGLAm8XMirf-AJXxafUOPidf-1YG5JWPvju0XlnZszFyWqJxNTNn1-a-08DAz3Le9Zo9AnQ60iLcBPze-2A_yriBbJnuXpQ4J2ZUwZ-5mg8VC8wE_os7spdPQVZJ41\)\)\)/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2010506&Clase=DetalleTesisBL&Semenario=0](http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/(F(xVmXeU3BHguQiAS3uKhL4k_JRdowbP5KcOxA7aj09BR_Q3jGLAm8XMirf-AJXxafUOPidf-1YG5JWPvju0XlnZszFyWqJxNTNn1-a-08DAz3Le9Zo9AnQ60iLcBPze-2A_yriBbJnuXpQ4J2ZUwZ-5mg8VC8wE_os7spdPQVZJ41)))/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2010506&Clase=DetalleTesisBL&Semenario=0).

²⁶⁹ HOYOS, Arturo, *op. cit.*, p. 101.

ofrezca. Esto es, “la posibilidad de concurrir a la audiencia donde se practican las pruebas, de examinar documentos y de objetarlos, de repreguntar a los testigos aducidos por la contraparte”²⁷⁰ Para tal efecto, siguiendo a Carbonell²⁷¹, la jurisprudencia mexicana distingue entre “fuentes de prueba” y “medios de prueba”

FUENTES DE PRUEBA Y MEDIOS DE PRUEBA. SU DISTINCIÓN PARA EFECTOS DE SU VALORACIÓN POR EL JUZGADOR.

La doctrina distingue entre fuentes de prueba y medios de prueba; las primeras, existen antes y con independencia del proceso, los segundos surgen en el proceso y corresponden con lo que ha de valorar el juez para la resolución del juicio. Ciertamente, las fuentes de prueba pertenecen a las partes, sólo ellas saben de su existencia, son anteriores e independientes del proceso porque, por regla general, a éste se llevan afirmaciones o enunciados sobre hechos producidos con anterioridad a los escritos donde se narran (demanda y contestación) y sólo puede hablarse de confesión, testimonios, etcétera, si existe un proceso, de forma que si éste no surge, existirán simplemente personas que tienen conocimiento de determinados hechos, ya sea por ser protagonistas o percatarse de lo ocurrido, pero no existiría razón alguna para atribuirles la calidad de partes, ni para dar a sus conocimientos la calidad de confesión o de testimonios. Por su parte, los medios de prueba son las actuaciones judiciales a través de las cuales las fuentes de prueba se incorporan al proceso, y cuando ello ocurre, dejan de pertenecer a las partes, pues se prueba para el proceso y, en virtud del principio de adquisición procesal, cualquiera de éstas, o incluso el juzgador, puede prevalerse de ellas, como lo establecen los artículos 278 y 279 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Esto es, el conocimiento de las partes sobre los actos que dieron lugar al debate (fuentes de prueba) se incorporan al proceso mediante la confesión (medio de prueba); el conocimiento de los hechos

²⁷⁰ *Ibidem.* p. 111.

²⁷¹ CARBONELL, Miguel. *El debido proceso*. México, Centro de Estudios Carbonell, 2018, p. 64.

litigiosos que personas ajenas al juicio pueden tener (fuente de prueba) se traen al juicio cuando declaran ante el juzgador con la calidad de testigos (medio de prueba); y las características de la cosa o un bien sujeto a controversia (fuente de prueba) se reciben en el proceso a través de la inspección judicial (medio de prueba). Ahora bien, los medios de prueba, por estar relacionados con actuaciones judiciales, pertenecen al ámbito del órgano jurisdiccional y, por ende, están sujetos a una reglamentación, pues la ley prevé las formas y los formalismos que las partes o el propio juzgador deben observar, para que las fuentes de prueba se incorporen al proceso. Por tanto, al ejercer su arbitrio judicial en la valoración de los medios de prueba, el juzgador debe atender a la forma en que éstos fueron ofrecidos y desahogados de acuerdo a la reglamentación, formas y formalismos previstos en la ley²⁷².

Este derecho se limita a las pruebas que están relacionadas con el objeto del proceso, de tal suerte que no será posible señalar de inconstitucionales las normas o los actos de jueces que rechacen aquellas que no estén relacionadas con el objeto del proceso o bien, que sean abiertamente dilatorias del mismo. Para este efecto, es trascendente el principio de relevancia probatoria de Taruffo quien comenta “Mención particular merece el principio de relevancia como regla de admisibilidad; esto es, en todas las pruebas que son relevantes deberían ser admitidas. Este principio existe en todos los ordenamientos, en algunos casos de manera más explícita que en otros... Bentham escribió un tratado sobre las pruebas, a principios del siglo XIX, sobre las reglas de exclusión del derecho tradicional inglés, y señalaba que esas reglas lo que hacían, era alejarnos de la verdad; en otras palabras, bloquean la búsqueda de la verdad y, por ello, deben ser eliminadas al grado de que la única regla que debería hablar de la admisión debe darse a partir del

²⁷² Tesis 1ª. CCCXCVII/2014 (10a), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo I, p. 718, https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apendice=100000000000&Expresion=2007985&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2007985&Hit=1&IDs=2007985&tipoTesis=&Semario=0&tabla=&Referencia=&Tema=.

principio de relevancia; esto es, si una prueba es útil tiene que ser admitida, y si no es útil, tiene que ser eliminada”²⁷³

Para Miguel Carbonell²⁷⁴ un problema que ha existido en la práctica respecto a la observancia por parte de las autoridades del derecho de audiencia y, en general, de las formalidades esenciales del procedimiento, tiene que ver con el hecho de que algunas leyes no establecían el procedimiento necesario para notificar a los afectados, para recibir y valorar pruebas, para que se pudieran formular alegatos o para regir la emisión de las resoluciones. Ante estas lagunas, la jurisprudencia considera que el derecho de audiencia debe respetarse incluso si la ley no contempla alguno de los aspectos mencionados...de tal suerte que si bien es cierto este concepto de formalidades esenciales del procedimiento, no está definido en el texto constitucional, la jurisprudencia ha dotado de contenidos concretos y no deben tener un carácter cerrado.

El artículo 20 Constitucional Apartado B, fracción III establece que la persona imputada tiene derecho “A qué se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador. La ley establecerá beneficios a favor del inculcado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada” mientras que el párrafo IV. Establece que “se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley”

²⁷³ TARUFFO, Michele, *Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de derecho procesal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 56.

²⁷⁴ CARBONELL, Miguel, “El debido...”, pp. 72 y 73.

2.6 Derecho de defensa por sí, por parte de defensor de su elección o por un defensor proporcionado por el Estado.

Este derecho va más allá de la simple designación de un abogado, para tal efecto, la Corte Interamericana menciona que “el numeral 8 de los principios básicos sobre la función de los abogados relativos a las salvaguardias especiales en asuntos penales, que fija los estándares para el ejercicio adecuado de la defensa en estos casos, establece que [a] toda persona arrestada, detenida o presa, se le facilitaran las oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchara la conversación”²⁷⁵

De esta regla y de la exigencia de una defensa real se desprenden los siguientes elementos de acuerdo al tema en cuestión y que en palabras de García Ramírez, son: “la designación de defensor, la oportunidad para hacerlo, la relación entre defensor y el justiciable, la posibilidad efectiva de allegar pruebas de descargo y controvertir las de cargo etc.”²⁷⁶

Este derecho comprende, tanto el de defenderse a sí mismo, como el de designar a uno de su confianza o en caso que esto no suceda, recibir por parte del Estado la asistencia profesional de uno. Ante esta situación, la Corte Interamericana ha dicho que el nombrar un defensor de oficio con el solo objeto de cumplir con una formalidad procesal, equivaldría a no contar con defensa técnica, por lo que es imperante que dicho defensor actúe de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evite así que sus derechos se vean lesionados, lo anterior cuando menciona “la Corte resalta que la defensa suministrada por el Estado debe ser efectiva, para lo cual el Estado

²⁷⁵ Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_119_esp.pdf.

²⁷⁶ GARCÍA Ramírez, Sergio, “El debido...”, p. 42.

debe adoptar todas las medidas adecuadas. Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona, el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, sobre todo en la diligencia en la que se recibe su declaración. Impedir a éste contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal²⁷⁷

La asistencia debe ser oportuna, ya que su ausencia impide contar con una defensa idónea. Es importante mencionar que la comunicación entre el defensor y su defendido debe estar garantizada de manera clara, eficiente y eficaz.

El derecho a la defensa y a la intervención de un abogado debe estar garantizado por todas las normas jurídicas aplicables a nuestro país, su violación supone un grado de desigualdad que afecta la obtención de la verdad en el proceso, así como la adecuada aplicación de las sanciones previstas en la ley y en su caso, la posibilidad de reparar los daños provocados a las partes, en este sentido, para Juan Ángel Salinas y Luis Gerardo Rodríguez, el derecho a la defensa es “una norma *hiperconstitucional* y además de contenido sustantivo, por lo que debe controlarse mediante el principio de razonabilidad por el juzgador²⁷⁸

Al menos en materia penal, este derecho tiene carácter general y lo poseen todos por igual, se pretende que quien sea condenado por la comisión de algún delito no haya carecido de defensa y que la condena no haya sido derivado de la falta de defensa sino porque la conducta realizada, haya sido encuadrada dentro del tipo penal.

Si bien es cierto en materia de tratados internacionales, los procesados tienen derecho a tener como defensor a persona de su confianza, el juez debe velar porque quién se encargue de la misma, sea una persona versada en el

²⁷⁷ Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=343.

²⁷⁸ SALINAS Garza Juan Ángel y Luis Gerardo RODRÍGUEZ LOZANO, *op. cit.*, p. 121.

campo de lo jurídico, con conocimientos comprobables que le permitan ejercer una defensa adecuada y eficiente ya que resultaría incongruente que la defensa adecuada, recaiga en alguien que ignore la materia “el juzgador debe vigilar la adecuada defensa de la persona sujeta a un proceso penal, pues con ello privilegia no solo el debido proceso y el acceso pleno a la justicia, sino que además se procura el cumplimiento pleno del derecho, en atención a que dar cumplimiento a las leyes y a sus sanciones no consiste en condenar indiscriminadamente, sino solo a aquellos que han configurado un tipo penal, y esto se consigue en un proceso justo, donde todas las partes con intereses legítimos cuenten con la posibilidad de defenderse plenamente, de aportare todos los elementos de prueba y de promover todas las instancias y recursos posibles, para dar la posibilidad al poder judicial de aplicar debidamente la ley”²⁷⁹

El Artículo 20 Constitucional, apartado B, fracción VIII dice que la persona imputada “Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera”

2.7 Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo.

Este derecho puede observarse desde una perspectiva histórica, cuando en el modelo inquisitivo, propio de todo régimen autoritario, el imputado es un objeto más del proceso, privándole de su calidad de persona y haciéndolo objeto de persecución, esto orillaba a tener que “sacarle la verdad” a cualquier costo y por cualquier medio, situación que caía en las más rebuscadas formas de tortura y por supuesto negando cualquier derecho a la defensa.

²⁷⁹ *Idem.* pp. 125 y 126.

Por otra parte, ya desde una visión legal y garantista, tenemos al imputado como persona poseedora de derechos y deberes, se establece su condición jurídica como sujeto parte dentro del proceso, lo que lo lleva a tener la oportunidad de ejercer de manera adecuada su derecho a la defensa. En este sentido, “su declaración en un medio de defensa y no un medio para obtener información de una fuente que es el propio imputado”²⁸⁰.

Debemos considerar que el derecho a declarar es un derecho que posee el imputado a través del cual puede manifestar la información que considere adecuada, si se hemos comentado que nadie puede ser obligado a declarar en su contra, el imputado no está obligado a mencionar información sobre lo que sabe, no tiene el deber de declarar la verdad. Así pues, el imputado mismo es quien determina qué información desea manejar en el proceso y puede declarar cuantas veces lo considere necesario, salvo que este limitado por la ley al ser reiterativo o dilatorio. Es importante mencionar que el imputado es libre de confesar, sin embargo esta opción es personalísima y no puede ser obligada por el Estado.

Para Ramiro Carrillo²⁸¹, este derecho abarca los siguientes puntos:

- a) El término “declaración” debe ser entendido como el ingreso de información a través de una manifestación oral o escrita del imputado;**
- b) El imputado tiene la facultad de abstenerse de declarar; su negativa o silencio no le generan perjuicio, razón por la que no pueden ser utilizados como fundamento de una resolución administrativa, fiscal o judicial en su contra;**
- c) El imputado tiene libertad de decisión sobre su declaración, que no puede ser coartada por ninguna forma de coacción física o psíquica, como ser tortura, amenaza, juramento, cansancio, pérdida de serenidad,**

²⁸⁰ CARRILLO A., Ramiro, *El derecho-garantía de no declarar contra uno mismo: Prohibición de autoincriminación*, La gaceta jurisprudencial. Sentencias constitucionales y autos supremos de Bolivia, 2018, <http://www.anconconsultores.com.bo/el-derecho-garantia-de-no-declarar-contra-uno-mismo-prohibicion-de-autoincriminacion/>

²⁸¹ *Ibidem*.

preguntas capciosas, sugestivas o tendientes a obtener alguna confesión, respuestas inducidas, promesa ilegítima de alguna ventaja; y, d) La voluntariedad de la declaración del imputado no puede ser eliminada o menoscabada por medios que la excluyan (psicofármacos o “sueros de la verdad”) o instrumentos que registran reacciones inconscientes o reflejos condicionados (polígrafos y similares).

La violación de éste derecho, plasmada en la declaración del imputado u algún otro acto de investigación o dentro del proceso que lo incrimine y/o lo perjudique, es nulo de pleno derecho. Al tratarse de una vulneración al debido proceso es insubsanable y no sujeto a convalidación, por lo que no puede fundar decisión alguna contraria al imputado por parte de la autoridad administrativa, fiscal o judicial, pues se está frente a un supuesto de indefensión material absoluta. Es en definitiva un acto inválido, inexistente para el ordenamiento jurídico e inadmisibles como indicio, elemento de convicción o prueba, dada su obtención ilegítima, que carece de toda eficacia y se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella.

En la jurisprudencia, el poder judicial de la federación ha señalado lo siguiente:

INCULPADO. SU NEGATIVA A DECLARAR NO CONSTITUYE UN INDICIO PARA ACREDITAR SU CULPABILIDAD, SINO UNA GARANTÍA CONSTITUCIONAL.

El artículo 20, apartado A, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que en todo proceso del orden penal el inculpado no podrá ser obligado a declarar; por tanto, si el procesado se acoge al beneficio otorgado en

*dicha garantía y se niega a declarar o se reserva el derecho a hacerlo, tal circunstancia no constituye un indicio de culpabilidad en la comisión del delito que se le atribuye, sino el ejercicio de un derecho constitucional*²⁸².

En este sentido la autoridad encargada de la investigación no puede en ningún caso obligar al imputado a que se auto incrimine ya que los elementos de prueba deben obtenerse de otras fuentes. Sin embargo, esto no implica que no se pueda llamar a declarar al indiciado con el fin de que manifieste lo que a su derecho convenga. De tal suerte que al imputado solo se le debe exhortar para conducirse con veracidad y no puede ser obligado a confesar en su contra. “el derecho de no autoincriminación que, en relación con la garantía de plenitud de defensa, significa la facultad que tiene todo inculpado de abstenerse de declarar, o de hacerlo en los términos que estime pertinentes, ha señalado el poder judicial federal, es efectivo aun cuando con ello se faltare a la verdad”²⁸³

Este derecho se encuentra en el artículo 20 Constitucional, apartado B, fracción II, que menciona, que la persona imputada tendrá derecho “a declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio”

²⁸² I.10º.P.J/7, Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo XXII, Agosto de 2005, pág. 1630, https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apendice=100000000000&Expresion=inculpado%2520su%2520negativa%2520a%2520declarar&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=9&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=177603&Hit=8&IDs=2013459,2003957,2003257,168190,168074,168073,172760,177603,190309&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema=

²⁸³ PELAYO Moller, Carlos María, “Los derechos del imputado (excepto prohibición de la tortura) Artículo 20, apartado B, fracciones II a IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, en FERRER Mac-Gregor, Eduardo (coord.) *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, SCJN-UNAM-Fundación Konrad Adenauer, 2013, T. II, p. 1956.

2.8 Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

Este derecho tiene tal importancia, que ha sido tratado en ordenamientos jurídicos internacionales. Son de destacar las disposiciones del art. 14 inciso 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estos establecen: "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley"; y "Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas: h) Derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior".

El derecho al recurso mencionado en los referidos instrumentos debe ser garantizado por el Estado en sus respectivos ordenamientos.

Para Arturo Hoyos "el derecho a hacer uso de los recursos contra resoluciones judiciales previstos en la ley constituye claramente un elemento de la garantía constitucional del debido proceso legal"²⁸⁴ por lo que son violatorios de este derecho los actos o resoluciones que de manera arbitraria nieguen la utilización de medios de impugnación contra sentencias, autos u otras resoluciones judiciales.

Vale la pena tomar en consideración que "el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica"²⁸⁵

El recurso mencionado, como hemos mencionado, debe llevarse a cabo ante un juez o tribunal superior al que ha emitido el fallo controvertido.

²⁸⁴ HOYOS, Arturo, *op. cit.*, p. 115.

²⁸⁵ Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, P. 81, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf.

Esta autoridad deberá satisfacer las exigencias de independencia e imparcialidad que a cualquier juzgador se le solicitan.

Para Sergio García Ramírez²⁸⁶, los recursos planteados con más frecuencia a propósito de procedimientos penales o actos vinculados con estos, son el Habeas Corpus y el amparo. El primero forma parte de la tutela de la libertad, teniendo además, otros alcances posibles para la preservación de derechos humanos como la libertad, el respeto a la vida e integridad de las personas así como impedir su desaparición o la indeterminación del lugar de su detención, protegiéndolo además de la tortura y otros tratos crueles e inhumanos. Mientras que el amparo en el marco de los recursos sencillos, rápidos y efectivos la corte sostiene que reúne las características necesarias para la tutela efectiva de los derechos fundamentales. Sin embargo, también existen otros recursos como son las acciones constitucionales, el recurso a la gracia o clemencia invocado bajo la regulación de la pena capital.

2.9 El principio *non bis in ídem*.

Este principio consiste en líneas generales, en la prohibición de que un mismo hecho resulte sancionado en más de una ocasión, es decir, establece la que no debe existir duplicidad de sanciones en por los mismo hechos en la jurisdicción administrativa y la penal.

Esta disposición la encontramos en el Artículo 23 Constitucional que a la letra dice “Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene”. Esta disposición constitucional engloba principios de seguridad jurídica que sin duda alguna son fundamentales para el Estado de derecho.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha posicionado respecto al contenido y los alcances de esta figura procesal de la siguiente manera:

²⁸⁶ GARCÍA Ramírez, Sergio, “El debido...”, pp. 46 a 50.

AMPARO DIRECTO EN MATERIA PENAL. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN EN QUE SE CONCEDE CUANDO EL TRIBUNAL RESPONSABLE QUE EMITE LA SENTENCIA RECLAMADA ES INCOMPETENTE POR RAZÓN DE FUERO.

Los alcances de la sentencia de amparo directo cuando se estima que debe concederse la protección constitucional, porque el tribunal local de segunda instancia que emitió el acto reclamado carecía de competencia para fallar el asunto en tanto conoció de él en contravención a las reglas procesales contenidas en el artículo 10, segundo párrafo, del Código Federal de Procedimientos Penales, relativas a que los delitos federales atraen a los del fuero común en los casos de concurso ideal de delitos, esto es, cuando una sola conducta produce varios resultados ilícitos y el Ministerio Público consigna por todos ellos, son los de la concesión en forma lisa y llana, en atención a los principios de non reformatio in peius y non bis in idem, los cuales serían trastocados de estimar que la solución contraria es la correcta, esto es, que la concesión sólo fuera para efectos de que la autoridad responsable deje insubsistente su fallo, produzca una nueva resolución en la que declare su incompetencia y la del Juez natural para conocer de la acusación del agente del Ministerio Público, y ordene la reposición del procedimiento a partir de la última actuación que anteceda a la acusación, de manera que el Juez a quo se declare incompetente por fuero y remita los autos al Juez competente, pues en este caso se estaría juzgando dos veces por el mismo delito y provocando la posibilidad de agravar la situación del reo²⁸⁷

²⁸⁷ 1ª./J. 21/2004, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Primera Sala, Tomo XX, Julio de 2004, https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apendice=10000000000&Expresion=1a.%2FJ.%252021%2F2004&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=2&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-

En este sentido el texto significa de manera literal “no dos veces por la misma cosa”, por lo que si una persona ha sido sentenciada “mediante una resolución que ha causado estado, no puede ser encausado nuevamente en un proceso en el que se le juzgue por los hechos respecto de los cuales ya fue discernido si era o no responsable”

Para Isabel Montoya, “esta institución se clasifica en dos: la cosa juzgada formal y material. La primera constituye una expresión de la institución jurídica de la preclusión, al apoyarse en la inimpugnabilidad de la resolución respectiva. La segunda es la más importante ya que es la que se encuentra contenida en el precepto constitucional. Esta consiste en que una sentencia produce efectos no solo en relación con el proceso en que ha sido emitida, sino también en relación con todo proceso posterior sobre la misma cosa, de manera que una vez juzgado un litigio en definitiva no puede instaurarse un nuevo juicio para discutirlo”²⁸⁸ de tal suerte que el respeto a la cosa juzgada material forma parte de la garantía constitucional del debido proceso y en opinión de Arturo Hoyos²⁸⁹ si un tribunal la desconoce (cosa juzgada) viola la garantía constitucional en comento.

Esta garantía se tiene presente cuando se habla de una sentencia firme que implica el reconocimiento de la cosa juzgada, es decir, que ya no se podrá poner a discusión nuevamente. Pero, vale aclarar que los instrumentos internacionales se refieren “única y exclusivamente a las sentencias definitivas, pero no se pronuncian respecto de otro tipo de resoluciones que también ponen fin al juicio pero se les conoce de forma diferente; tal es el caso del sobreseimiento o la prescripción”²⁹⁰ esto nos permitiría considerar que la palabra

100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=181222&Hit=2&IDs=2013953,181222&tipoTesis=&Semanao=0&tabla=&Referencia=&Tema=

²⁸⁸ MONTOYA Ramos, Isabel, El principio *ne bis in ídem* a la luz de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Criminogénesis*, No. 10, junio de 2013, p. 2148, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/34.pdf>.

²⁸⁹ HOYOS, Arturo, *op. cit.*, p. 115.

²⁹⁰ SALINAS Garza Juan Ángel y Luis Gerardo RODRÍGUEZ LOZANO, *op. cit.* p. 222.

sentencia es utilizada como sinónimo de resolución, es decir que se da por concluido el proceso.

Cabe hacer mención a lo que señala Sergio García Ramírez cuando menciona que este principio “se halla sujeto a cuidadoso examen para fijar su ámbito de aplicación que satisfaga los diversos fines que el proceso y la sentencia deben atender: justicia, seguridad jurídica, derechos y garantías individuales. En la jurisprudencia de la Corte ha prevalecido la idea de que un procedimiento violatorio de derechos no puede ser sustento idóneo de una sentencia válida; en otros términos: aquel no constituye un verdadero proceso, ni este una auténtica sentencia”²⁹¹

2.10 El carácter público del proceso penal.

Es evidente que en una sociedad democrática, no hay espacio para los procedimientos cerrados o secretos, es necesario en un Estado de derecho, procesos públicos y abiertos como lo establece la constitución. La aplicación de este principio debe ser regla general para que se cumplan las exigencias del debido proceso y solo en casos determinados el mismo podrá ser reservado.

Para Rafael de Mendizábal en su *Código con un Juez Sedente*, citado por Juan Colombo Campbell, “sin la publicidad de los debates judiciales no puede hacerse auténtica justicia. Cuando el ujier abre las puertas de cada tribunal, es el pueblo español quién entra y contempla a sus jueces y quien lo juzga para poder así respetarlos. Cobra trascendencia desde tal perspectiva el mandato constitucional de que los juicios se celebren en audiencia pública”²⁹²

Este principio de publicidad tiene un fundamento garantista dentro del marco del debido proceso, pero además ha tenido el apoyo y el soporte que le brinda el orden normativo supremo, es decir las constituciones. Sin embargo, como ya habíamos comentado líneas arriba, este principio tiene una serie de

²⁹¹ GARCÍA Ramírez, Sergio, “El debido...”, p. 80.

²⁹² COLOMBO Campbell, Juan, *op. cit.*, p. 110.

limitaciones que vale la pena comentar, tal es el caso, de su enfrentamiento con la presunción de inocencia, si bien es cierto existen derechos a la libertad de expresión, etc. También es cierto que existen derechos para el imputado. La consecuencia sobre la imagen o el honor del mismo ante las sentencias del público a través de los medios de comunicación, las cuales, comúnmente adelantan juicios condenatorios sobre el mismo, en muchas ocasiones, cuando ni siquiera aún se ha abierto el proceso.

Sergio García Ramírez²⁹³ nos menciona que la Corte Interamericana ha revisado procesos militares en contra de civiles supuestamente incurso en delitos de traición a la patria y que se desarrollaban con intervención de jueces y fiscales sin rostro y se hallaban sujetos a restricciones que los hacían violatorios del debido proceso legal. Estas acciones, toma relevancia que los procesos se llevaban a cabo en un recinto militar al que no tuvo acceso el público. En esta circunstancia de secreto y aislamiento fueron desahogadas todas las diligencias del proceso incluso la audiencia de fondo. De tal suerte que no fue posible observar el derecho a la publicidad del proceso.

Cobra, pues, especial relevancia lo establecido en nuestra Constitución, artículo 20. Cuando menciona “El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación” de esta forma, el apartado A del mismo artículo denominado De los principios generales establece en su fracción IV. El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral. Mientras que el apartado B denominado De los derechos de toda persona imputada, en su fracción V determina “Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente

²⁹³ GARCÍA Ramírez, Sergio, “El debido...”, p. 68.

protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo”.

Las múltiples violaciones a los derechos humanos en México y en el mundo a lo largo de la historia, ha provocado que el derecho intente poner un alto a los poderes despóticos, a los Estados arbitrarios. La protección y garantía de los derechos más elementales de los seres humanos han venido a tomar parte activa en los más diversos instrumentos jurídicos, en este sentido, como se ha podido observar, el debido proceso ocupa un lugar preponderante en los documentos jurídicos fundamentales de los países analizados. Sin embargo, aún queda pendiente saber si el debido proceso garantiza la seguridad jurídica y la legalidad. Es fundamental conocer si ésta figura hace frente a la impunidad y la arbitrariedad.

CAPITULO CUARTO:

Legalidad y seguridad jurídica en el debido proceso.

1. Interdicción de la arbitrariedad y principio de legalidad.

1.1 Arbitrariedad y vicios en el ejercicio del poder público.

Desde los inicios del ser humano viviendo en sociedad, ha aparecido la arbitrariedad. Es probable, que se encuentre en la naturaleza propia del ser humano que quien tiene poder, caiga de uno o de otro modo en la incitación de excederse en el ejercicio del mismo.

En España, existe el delito de prevaricación de los funcionarios públicos, el cual se encuentra establecido en el artículo 404, capítulo I, Título XIX, Libro II del Código Penal de 1995, denominado «Delitos contra la Administración Pública» y que dispone “A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo

o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años.”²⁹⁴

Este delito de prevaricación de la autoridad o funcionario público se compone de la infracción de un deber de actuar conforme a la ley del que la autoridad es el primer obligado, por tal motivo, esta actuación al margen de la Ley tiene un agravante que evidentemente justifica el que se encuentre en la ley penal ya que con este tipo, se trata de sancionar a la arbitrariedad de la autoridad.

Este delito llamado de prevaricación tutela el adecuado ejercicio de la función pública de acorde a los principios constitucionales que dan orientación a su actuación. Del mismo modo garantiza el respeto, al principio de legalidad como fundamento mínimo básico de un Estado de Derecho, frente a cualquier ilegalidad.

El diccionario de la real academia española, al hablar de arbitrariedad nos remite a la palabra arbitrario y al respecto nos dice que es “Sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón”.²⁹⁵ Haciendo un análisis de este concepto, entendemos que lo arbitrario es lo contrario al derecho, a la justicia y a la razón. Se está únicamente en función de un capricho y por lo tanto no se ajusta a ningún tipo de regla u orden.

Para Milagros Otero Parga, la arbitrariedad reúne ciertos requisitos para que ésta pueda ser tomada como tal. Dichos requisitos son:

- a) Conducta antijurídica: En este sentido son esclarecedoras las palabras de Legaz Lacambra que entendía la arbitrariedad como la conducta antijurídica de los órganos del Estado, bien por alteración del procedimiento con arreglo al cual debe ser establecida una norma determinada, bien por desconocimiento del contenido específico que una norma inferior debe desarrollar con relación a una norma superior; o bien

²⁹⁴ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>.

²⁹⁵ Diccionario de la Real Academia Española, <http://dle.rae.es/?id=3QAUXFg>.

por transgresión de la esfera de la propia competencia ejecutiva. Estos actos antijurídicos, y por tanto contrarios a derecho no se hallan necesariamente sancionados como delitos y de ahí la necesidad de intentar frenarlos, al menos por la vía de la interdicción de la arbitrariedad.

b) Poder público: Esta segunda característica responde a la apreciación de que sólo se produce arbitrariedad, técnicamente hablando, cuando la conducta antijurídica de que se trate procede del Estado o poder público. Según Ihering, el Estado se halla en distinta situación que el súbdito porque tiene no sólo la misión, sino el poder de realizar el derecho. El Estado ordena y el súbdito obedece y si no lo hace será castigado. Mientras que si quien incumple es el superior su conducta no puede ser objeto de castigo. Por ello, Ihering califica a la arbitrariedad de «injusticia del Estado». En este mismo sentido, pero de forma aún más clara, se manifestó Recaséns afirmando que aunque toda arbitrariedad es negatoria de derecho, no todos los actos contrarios a derecho implican arbitrariedad sino «solamente aquellos que proceden de quien dispone del supremo poder social efectivo». Es decir, son Arbitrarios «los actos antijurídicos de los poderes públicos con carácter inapelable».

c) Irregularidad caprichosa: El ser humano necesita la seguridad que le proporciona el orden. Necesita saber a qué atenerse en caso de que opte por contravenir las normas jurídicas. Y por ello la humanidad ha caminado históricamente hacia la lucha contra la arbitrariedad y consecuentemente hacia la instauración de un Estado de Derecho.²⁹⁶

La arbitrariedad es una conducta que niega el orden. Nos hace presumir que no hay un criterio establecido para para actuar bajo determinados casos con independencia de los resultados que se obtengan. Según la autora

²⁹⁶ OTERO Parga, Milagros, “La arbitrariedad”, *Anuario de filosofía del derecho*, 1995, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142314.pdf>.

anteriormente señalada “sus consecuencias más inmediatas son la falta de seguridad, certeza, y justicia. Y por lo tanto constituye una práctica que debe ser evitada, tal y como establece nuestra Constitución, puesto que constituye un atentado frente al derecho establecido”²⁹⁷.

En el caso de las detenciones, por ejemplo, en el plano internacional, los Estados están obligados a garantizar que toda privación de la libertad de los individuos sea conforme al derecho internacional de los derechos Humanos. Prácticamente todas las disposiciones de derecho Internacional en ésta materia que contienen estas disposiciones, incluyen el término arbitrario a pesar de que no existe una definición concreta de su significado. Sin embargo, los organismos de supervisión de derechos humanos tanto internacionales como regionales ofrecen distintas definiciones de arbitrariedad para los distintos casos y contextos.

Existe un debate importante en torno a la seguridad nacional y las ideas acerca de la soberanía. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el derecho de los Estados a controlar la entrada a sus territorios, señalando que “si se considera que la detención sirve a un interés público legítimo no podrá ser considerada arbitraria”²⁹⁸. Tal situación va en contra de principios de proporcionalidad y necesidad, para tal efecto, Naciones Unidas²⁹⁹ establece que éstos son prioritarios en situaciones de privación de libertad. No es suficiente con que una detención sea útil para un fin político si ésta no reúne los criterios de proporcionalidad y necesidad, no está justificada y es por tanto “arbitraria”. Sin embargo, los Estados continúan deteniendo migrantes sin tener en cuenta si se cumple con los principios anteriormente señalados.

²⁹⁷ *Ídem*.

²⁹⁸ PHILLIPS, Stephen, “Detención, alternativas a la detención y deportación”, *Revista Migraciones forzadas*, No. 44, Octubre 2013, <https://www.fmreview.org/es/detencion/phillips-s>.

²⁹⁹ Grupo de trabajo sobre la detención arbitraria (GTDA): Hallazgos preliminares de la visita a la Argentina (8 al 18 de Mayo de 2017). <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21636&LangID=S>.

Aunadas a las ideas anteriormente señaladas, las nociones de justicia y predictibilidad resultan también importantes a la hora de interpretar la arbitrariedad, por lo que deben tenerse en cuenta a la hora de examinar si determinada detención es arbitraria o no.

En el derecho administrativo, se parte de la base de que existen diferencias sustanciales entre lo que es discrecionalidad y arbitrariedad. Por una lado, la discrecionalidad “es parte necesaria e irrenunciable de la actividad de la Administración y condenan la segunda como ausencia de control y simple capricho”³⁰⁰. Por un lado la arbitrariedad se nos presenta como una conducta reprobable producida por el abuso de poder, por su parte, la discrecionalidad se muestra como un “mal” necesario del cual echa mano la Administración para alcanzar sus objetivos.

Sin duda, lo que debe tratar de evitarse es la arbitrariedad vista como ese abuso del poder y la ausencia de control sobre éste. En este sentido, los actos discrecionales deben estar sustentados a efecto de que no sean considerados arbitrarios, para esto, deberán fijarse criterios claros dentro de los cuales la administración pueda actuar sin riesgo en el ejercicio de sus funciones. En este sentido, entender que “la Administración debe disponer de un poder discrecional dentro de unos límites que no están destinados ni a reducir, ni a eliminar este poder, pero que deben ser establecidos, ya que los jueces no pueden interferir en los aspectos políticos, técnicos o de cualquier forma no jurídicos de la decisión”³⁰¹

Ahora bien, respecto a éstos límites, Sánchez Morón dice que son de carácter sustantivo, competencial, organizativo y procedimental. Los cuales de manera evidente no son fáciles de establecer principalmente el de “interdicción

³⁰⁰ OTERO Parga, Milagros, *op. cit.*

³⁰¹ SÁNCHEZ Morón Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 92.

de la arbitrariedad que no puede ser utilizado como una fórmula multiuso para, con su sola invocación o sobre la base de pruebas no concluyentes, justificar cualquier imputación de falta de lógica externa o de coherencia interna de una decisión discrecional”³⁰²

Ahora bien, mientras que la arbitrariedad es una conducta opuesta al derecho, la justicia es uno de los fines del mismo. No es posible evitar darnos cuenta que en algunas ocasiones el mandato impuesto por la ley puede no ajustarse de manera estricta al parámetro de justicia, de tal manera que una ley puede considerarse injusta. Ante esta situación, vale la pena recordar las palabras de Legaz Lacambra cuando afirmo “la arbitrariedad no debe confundirse con la injusticia ya que el derecho puede ser considerado injusto, pero nunca arbitrario”³⁰³ para que obtengamos justicia esta debe ser llevada a mediante el derecho, el carácter de justo o injusto del derecho se obtiene por el contenido del mismo, mientras que el de arbitrariedad se lo da la forma en que se actúa.

De esta manera, un control judicial de la discrecionalidad, y en particular el que abre y obliga el principio de la interdicción de la arbitrariedad “ni es abrir la posibilidad a una libre estimación alternativa por los jueces a las estimaciones discrecionales que en virtud de la ley corresponde legítimamente hacer a la administración, ni supone un desconocimiento de la función política que dentro del conjunto constitucional de poderes corresponde a ésta. Es, sencillamente, hacer efectiva la regla no menos constitucional de la vinculación de la administración a la ley y al derecho, así como la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, principios ambos que solo como principios generales del derecho en sentido rigurosamente técnico pueden actuar y ser hechos valer por los tribunales de justicia. Estos no suplantán, pues, a través del control, la función propia de los órganos políticos y

³⁰² *Ídem.*

³⁰³ LEGAZ Lacambra, Luis, *Filosofía del derecho*, 5 ed. Barcelona, Ed. Bosch, 1979, p. 632

administrativos, sino que atienden a que la actuación de estos se mueva en el espacio preciso en que la Constitución les ha situado: dentro del espacio delimitado por la ley y el derecho.”³⁰⁴

1.2 El cumplimiento de la ley

La primer aproximación a éste principio nos la da la propia naturaleza, todos los acontecimientos que se nos presentan siguen perfectamente dichas leyes que les son dadas *per se*. Como lo menciona Mario Bunge “todo cuanto acontece satisface por lo menos una ley”³⁰⁵ esta ley natural, rige al acto y será imposible pensar que el acto violente la ley, sería antinatural, de tal suerte que podemos afirmar como diría Roberto Islas “aprendemos de la naturaleza que todo acontecimiento natural ajusta su actuación al orden legal natural”³⁰⁶

El principio de legalidad es posible analizarlo desde distintas perspectivas, una de ellas es la del sistema político y jurídico. Cuando un ser humano se reúne en sociedad de una manera u otra todos quedan obligados entre sí, para esto es necesario que acuerden los límites de su propia libertad, estos límites deben contemplar el control de los mismos a efecto de evitar poderes ilimitados. Va a ser el derecho el que este llamado a establecer estos límites mediante leyes dadas entre sí por todos los que integran la comunidad y va a ser justamente este escenario el que intenta garantizar que las relaciones sociales no caigan en acciones negativas para la misma comunidad. De esta manera, una forma eficaz de garantizar la libertad del individuo de posibles injerencias por parte de los poderes es justamente la vinculación de los mismos a la ley.

³⁰⁴ GARCÍA de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*, 6ª ed., Navarra, Thomson-Civitas, 2009, pp. 163, 164.

³⁰⁵ BUNGE, Mario, *Ser, saber, hacer*, Paidós-UNAM, México, 2002, p. 16.

³⁰⁶ ISLAS Montes Roberto, “Sobre el principio de legalidad”, en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, año XV, Montevideo, 2009, p. 100.

Esta forma de ver la legalidad permite legitimar el “castigo” por parte del infractor ya que la sociedad al sujetarse a los límites expuestos por ellos mismos incluye los casos en los que podrán perder esta libertad. Bajo esta visión, la ley es la expresión de la voluntad general que manifiesta tales límites. “El principio de legalidad es en sus orígenes no tanto una exigencia para la fijación positiva de lo prohibido frente a la arbitrariedad estatal [...] una exigencia de legitimación de esa decisión del Estado sobre los ámbitos de libertad, a través de su atribución exclusiva a la voluntad general”³⁰⁷.

Ahora bien, la división de poderes es establecida por la propia ley y es a través de ésta, que el órgano jurisdiccional queda liberado de la atribución creadora de la ley dejando establecido que solo tiene la función de aplicarla, atribución que tampoco tiene establecida el ejecutivo, lo que al menos en la teoría, impide el abuso del poder.

Por otra parte, para algunos autores como Luis Arroyo³⁰⁸ existe una dimensión jurídico-penal que es justamente de donde procede el principio de legalidad ya que de acuerdo con la finalidad de las normas penales es necesario que la conducta prohibida y la pena sean conocidas de antemano por parte de los ciudadanos para que éstos mismos se vean restringidos en la comisión de dichos actos delictivos, de esto pues se deriva aquella máxima latina de *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

La facultad de creación, derogación y reforma de leyes propias del poder legislativo, sin duda alguna lo determina al cumplimiento y aplicación cabal de la ley, ya que de ello depende la validez de su creación. Esta creación debe ser acorde al ordenamiento supremo, es decir, sin violentarlo (sin excederse de él y sin confrontarlo). En este sentido, para Roberto Islas³⁰⁹ existe afectación al principio de legalidad cuando el producto legislativo:

³⁰⁷ ARROYO Zapatero, Luis. “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 8, 1983, pp. 12-13.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 14

³⁰⁹ ISLAS Montes, Roberto, *Op. Cit.*, p. 106

- a) no sea creado por el facultado para producirlo, o
- b) no sea producido de conformidad con la norma adjetiva suprema, o
- c) el contenido contradiga alguna norma suprema, o
- d) el contenido no respete los principios del derecho.

En los primeros dos casos, el producto legislativo sufre de invalidez completa ya que quién la elabora no tiene facultad para hacerlo. Los dos siguientes solo sufrirán de invalidez parcial dependiendo el supuesto en que caiga.

Por su parte, el poder judicial también tiene la consigna de respetar el ordenamiento jurídico, la aplicación de éste principio de legalidad debe ser total. Si bien es cierto a través de la interpretación, el juez reescribe la norma, es a partir de la propia ley que lo hace.

Es así que el principio de legalidad aplica totalmente al poder judicial y se considera que la actuación está apegada al mismo cuando “quién deba realizar el acto lo haga como debe hacerlo y exista conformidad del resultado de su actuación con la ley y el ordenamiento supremo”³¹⁰.

Para el caso del derecho mexicano, el principio de legalidad se encuentra contenido en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional cuando menciona “Nadie podrá ser privado de la vida, 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” del mismo modo en el primer párrafo del artículo 16 constitucional que a la letra dice “nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”

³¹⁰ *Ibidem*, p. 108.

En el plano internacional, observamos que la Declaración Universal de Derechos del hombre de 1948, en su artículo 11.2, establece la prohibición de aplicar penas o atribuir delitos distintos a los previstos en el momento de comisión del hecho según el derecho nacional. El artículo 7.1 del *Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales* de 1950, reproduce el texto de la Declaración Universal: “Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida”³¹¹

En una nueva versión de las normas penitenciarias europeas se observa la presencia en la disposición señalada del principio de legalidad, cuando establece lo siguiente: “el principio de legalidad y el correspondiente control de legalidad que debe ejercer una autoridad independiente cierran este conjunto de principios fundamentales. Se establece una reserva absoluta de ley, de manera que ningún reglamento ni disposición de rango inferior puede restringir el ejercicio de los derechos de los condenados salvo que esté amparado por una norma de rango superior, que lo contemple”³¹².

2. Seguridad jurídica en el estado de derecho.

2.1 Aproximaciones históricas y teóricas de la seguridad jurídica.

El concepto de seguridad jurídica, no es producto de una “elucubración” teórica o legislativa, sino, como sucede con otras tantas figuras jurídicas, un triunfo social. Ante esta realidad, no puede ser extraño para nadie, que la necesidad de seguridad sea uno de los impulsos principales en la historia jurídica, aunque, sin duda alguna, han existido sociedades que desconocen la importancia o la necesidad de esta figura. Tan solo por poner un ejemplo, en los

³¹¹ Convenio europeo de derechos humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, www.echr.coe.int./Documents/Convention_SPA.pdf

³¹² MAPELLI, Borja, “Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, no. 8, 2006, p. 5.

inicios de la República Romana, el derecho era un privilegio exclusivo de los patricios que además se encargaban de mantener alejado al pueblo en el conocimiento del mismo. No será, sino hasta que el derecho se hace público, cuando el pueblo accede al conocimiento de las leyes. En 1215 en la Carta Magna inglesa, ante un sistema arbitrario que provocó la disputa entre el rey y la nobleza, el poder fue obligado a reconocer sus limitaciones, situación que de entrada, generaba cierto grado de seguridad jurídica en los señores feudales. Para los contractualistas, el pacto social ejerce una influencia importante en materia de seguridad jurídica, gracias a él, los individuos conocen los beneficios de sus derechos y también las consecuencias de sus actos, en este sentido, Estado y Derecho parecen ser sinónimos de seguridad jurídica.

A la pregunta de ¿Por qué seguridad jurídica hoy? Humberto Ávila da dos respuestas. “La primera, porque en nuestra sociedad existe una gran inseguridad jurídica y la segunda, porque ese tema, salvo raras excepciones y desde un punto de vista teórico, siempre ha sido tratado de forma insatisfactoria”.³¹³

La seguridad jurídica es una idea que se encuentra ligada al Estado de derecho. Como lo menciona Elías Díaz “El Estado de derecho es el Estado sometido al derecho, es decir, el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley”³¹⁴ esta forma de ver el Estado, coincide plenamente con la idea originaria del constitucionalismo que justificaba el sistema constitucional en tanto pudiera controlar al poder, lo que sin duda tiene su perfeccionamiento en el respeto a los derechos fundamentales ya que, como lo dice Peces-Barba “en su dimensión de justicia formal, la función de

³¹³ ÁVILA, Humberto, “Seguridad jurídica: una teoría estructural”, en *Seguridad Jurídica en el sistema democrático*, Penagos López, Pedro Esteban, Tirant lo Blanch, México, 2014, p. 107.

³¹⁴ DÍAZ, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 8 ed., Taurus, Madrid, 1991, p. 17.

seguridad jurídica ayuda a limitar el voluntarismo del poder y a crear sensación de libertad en los ciudadanos”.³¹⁵

Lo anteriormente descrito, de acuerdo a Pérez Luño³¹⁶ se concreta en exigencias objetivas de *corrección estructural* (poder prever las consecuencias jurídicas de nuestras conductas) y *corrección funcional* (cumplimiento del derecho especialmente por parte del poder público). Estas condiciones de *corrección estructural* serían las siguientes: a) *lex promulgata*, lo que sin duda es fundamental para la ley, sin esta, no existiría la posibilidad del conocimiento de la misma lo cual imposibilitaría el cumplimiento; b) *lex manifiesta*, vista como la necesidad de que las normas sean claras y comprensibles, es necesario la eliminación de conceptos vagos y la delimitación exacta de las consecuencias jurídicas; c) *lex plena*, lo cual garantiza que no hay pena para las conductas que no han sido tipificadas. Sin embargo, en un espectro más amplio, esto plantearía la necesidad de que ninguna conducta con posibilidad de revestir trascendencia jurídica se quede sin respuesta. Un orden jurídico incapaz de solucionar los vacíos en la ley, incumple su propio objetivo que es justamente el ofrecimiento de soluciones a los problemas normativos; d) *lex stricta*, determina que existe un orden en las fuentes del derecho, esto impide que las mismas actúen de manera arbitraria, las normas de rango inferior, siempre estarán subordinadas a las de jerarquía superior; e) *lex previa*, la seguridad para la sociedad, está en la posibilidad que ésta tiene de conocer los efectos jurídicos de su conducta derivado del conocimiento de los mismos; f) *lex perpetua*, el derecho debe generar un mínimo de confianza gracias a la estabilidad del mismo en el sistema. Respecto a la corrección funcional, la seguridad jurídica exige que podamos garantizar el cumplimiento de las reglas determinadas en el ordenamiento jurídico, de esta forma, pudiéramos traducirlas: a) en la presunción de conocimiento del derecho y en la prohibición

³¹⁵ PECES-BARBA, Gregorio, “La Constitución y la seguridad jurídica”, *Claves de razón práctica*, Madrid, No. 138, diciembre de 2003, p. 8.

³¹⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “La seguridad jurídica: Una garantía del derecho y la justicia”, *Boletín de la facultad de derecho*, No. 15, 2000.

de esgrimir la ignorancia del mismo y b) en el principio de legalidad de los poderes públicos, de acuerdo con el cuál estos poderes solamente podrán hacer aquello para lo que estén facultados por una norma jurídica. Definitivamente, esto pretende que se evada el cumplimiento del derecho ante la ignorancia o bien la arbitrariedad.

Ante esto, vale la pena preguntarnos quienes y de qué manera han tratado el tema de la seguridad jurídica, para esto, acudimos a Rodolfo Luis Vigo³¹⁷ quien hace una interesante distinción teórica: llama *Negativistas o escépticos* a aquellos que rechazan la idea de la seguridad jurídica (las críticas marxistas, el fascismo, Kelsen); los que ven a la seguridad jurídica como *valor principal*, es decir, que la observa como algo valioso para el derecho pero que además tiene un objetivo más importante, es decir, el orden, la paz. Sumamos a esta teoría a Radbruch, Recasens Sichés y Carnelutti; los que analizan la seguridad jurídica como *Valor autónomo o específico*, estos autores reconocen que la seguridad jurídica tiene un objetivo propio y que no es asimilable a la justicia a pesar de que tienen relación. En esta lista incluimos a Cossío y Delos³¹⁸ quien considera que justicia y seguridad son fines del derecho, aunque profundamente diferentes. También están los que realizan una *Asimilación de la seguridad jurídica a la justicia*: Estos autores consideran que la seguridad jurídica no es independiente, sino que está ligada a la justicia. Aquí sumamos a Gregorio Peces-Barba y al profesor Massini; También menciona a los que ven a la *seguridad jurídica como valor anexo o adjetivo de la justicia*: esta perspectiva establece que la seguridad aporta al perfeccionamiento del derecho desde su espacio específico, complemente a la justicia. En este rubro podemos colocar a Aienza; y finalmente a los que observan *La seguridad como característica accidental o contingente del derecho*: Rodolfo Luis Vigo menciona que “para que exista derecho en sentido estricto se requiere de un mínimo de contenido

³¹⁷ LUIS Vigo, Rodolfo, “Aproximaciones a la seguridad jurídica”, en *Seguridad Jurídica en el sistema democrático*, Penagos López, Pedro Esteban, Tirant lo Blanch, México, 2014, pp. 84, 85, 86.

³¹⁸ DELOS, J. T., *Los fines del derecho: Bien común, Seguridad, Justicia*, en *Los fines del derecho*, UNAM, México, 1967, p. 46.

de justicia; de modo que si nos enfrentamos a algo claro y absolutamente injusto estaremos sólo frente a una apariencia de derecho pero no ante algo que merezca ser llamado derecho y, por ende, que obligue a sus destinatarios o legitime a alguien a imponer las consecuencias previstas en el mismo”.³¹⁹

2.2 Condiciones de la seguridad jurídica para un mejor derecho.

La necesidad social es tener un mejor derecho, para lograrlo, es necesario que el mismo incorpore ciertos elementos que ofrezcan un alto grado de seguridad. A estas condiciones las llamaríamos de la siguiente manera:

En tanto la norma jurídica:

1. Procedimientos específicos de creación de la norma jurídica: en la medida que conocemos los mecanismos de creación, eliminación y modificación de la norma, es mucho más confiable y seguro nuestro sistema.

2. Un conjunto de reglas establecidas: es necesario que exista este sistema que a su vez permita a los juristas el análisis de las diversas problemáticas existentes lo que a su vez permitiría un trato igualitario al momento de la aplicación del derecho.

3. Publicidad, fácil acceso y sencillo entendimiento de las normas: la ignorancia de la ley no te exime de su cumplimiento, el conocimiento de las reglas es necesario a efecto de lograr este clima de seguridad del que venimos hablando hasta el momento. Esto incluye la facilidad de acceso a esta información, en tiempos como el nuestro, donde la información está (aparentemente) al alcance de la mano gracias a la Internet, el acceso al conocimiento de las leyes es aún complejo y confuso en muchos de los casos, en ningún momento podríamos decir

³¹⁹ LUIS Vigo, Rodolfo, *Op. Cit.* p. 87.

que la sociedad conoce y tiene acceso a las mismas. Si a lo anterior le sumamos la complejidad en los términos y conceptos que se emplean, sin duda alguna las leyes no están al alcance de prácticamente nadie, es necesario que el lenguaje empleado y el contenido de las mismas, sean de entendimiento general.

4. Permanencia de las normas: la relativa sencillez con la que algunas de las normas son modificadas o eliminadas genera confusión y evidente desconocimiento de las mismas. Es necesario que las normas generen raíces que permitan a los ciudadanos estar seguros de sus derechos y obligaciones lo contrario origina un ambiente de inseguridad que es justamente lo que pretendemos combatir.

5. Normas de realización ejecutable: No basta con que existan las normas, que sean claras y de acceso simple, las mismas deben ser de sencillo y factible cumplimiento. Recordar que nadie está obligado a lo imposible.

6. Eficacia de la norma: la norma que es obedecida y además ejecutable, genera confianza y seguridad, como dice Luis Vigo “le hace mal a todo el derecho que se verifiquen disposiciones que son violadas o ignoradas sin que nadie reaccione jurídicamente”.³²⁰

En tanto los jueces:

1. Jueces imparciales: la garantía de terceros imparciales en la resolución de conflictos asegura un alto grado de seguridad jurídica en el individuo.

2. Asequible acceso a los tribunales: puede existir la institución encargada de solucionar los conflictos, pero si acceder a ella es complicado o elevado en términos económicos, difícilmente estará al alcance de la sociedad y la nula respuesta en cuanto a la resolución de sus controversias lo llevará a un estado de inseguridad.

³²⁰ *Ibidem*, p. 97.

3. Justicia “a tiempo”: decía Séneca que nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía. Si algo ha caracterizado al sistema jurídico de nuestro país es la dilación en la resolución de los conflictos, corregir este patrón asegura un incremento en la confianza ciudadana.

En cuanto el poder:

1. La presencia de un poder coercitivo abona a la seguridad jurídica, la existencia de un mecanismo de poder a través del cual se hagan cumplir y respetar las disposiciones normativas existentes así sea a través de la fuerza genera un sentimiento de confianza en los gobernados, dejar el cumplimiento a la buena voluntad de los mismos crea condiciones de inseguridad a los individuos.

Legitimidad del poder político: un gran número de normas jurídicas emanan del poder del Estado y al ser éste el poseedor del imperio de la fuerza, necesita forzosamente el apoyo de las mayorías democráticas del país, si no se goza del apoyo de las mismas, las decisiones serán poco confiables.

2.3 La seguridad jurídica en el marco del estado constitucional mexicano.

Una vez que hemos revisado las exigencias que le hacemos a la seguridad jurídica con la finalidad de tener un mejor derecho, me parece fundamental ver cuál es el panorama que nos ofrece nuestra Constitución a efecto de ver si en realidad ésta se ajusta a las exigencias mencionadas.

a) Los derechos humanos y sus garantías (Art. 1)

La utilización de terminología moderna como la incorporación de las palabras derechos humanos, el reconocimiento respecto a la vigencia de los

mismos en el plano internacional y la cláusula abierta que contempla derechos humanos no consagrados en nuestra constitución pero que proceden de la fuente internacional, pone a la vanguardia nuestra ley fundamental y permite darle certeza a los ciudadanos del respeto irrestricto a sus derechos humanos ya sea que se encuentren contenidos en la Constitución o bien en algún tratado internacional.

El mismo artículo establece de manera expresa que "las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia" este principio de interpretación conforme otorga la posibilidad de que el órgano jurisdiccional haga un análisis de las distintas normas nacionales a la luz de la Constitución, pero sobretodo, de manera directa, a la de los tratados internacionales de los que nuestro país tome parte.

Del mismo modo se establece que la interpretación de las normas de derechos humanos debe realizarse "favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia" en este sentido, los juzgadores están obligados observar la interpretación más favorable.

Finalmente, nuestra constitución también establece la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos (por parte de las autoridades) en conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Este mandato a la autoridad, sin duda establece una obligatoriedad de asegurar que el individuo goce de sus derechos consagrados tanto en la constitución, como en los tratados internacionales.

b) Derecho a la información (Art. 6)

Si queremos hablar de transparencia es fundamental hablar de democracia, ya que los dos términos están ligados de manera necesaria. La democracia otorga la posibilidad de que los ciudadanos se involucren de manera directa con su gobierno y de manera evidente se convierte en un participante dentro de la toma de decisiones.

El derecho al acceso a la información es “un elemento de fortaleza en el arreglo interno de la administración y la política”.³²¹ Esta información gira en torno a la documentación que se genera en los entes públicos la cual pertenece a la ciudadanía. El artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala el derecho al acceso a la información, y de manera muy especial refiere al término máxima publicidad; lo cual quiere decir, que la información generada dentro de las instituciones sea reservada o clasificada especialmente para proteger datos personales o información cuya publicación pueda poner en riesgo a una persona o institución, mas no para negar información, hacerlo, desvirtúa el objetivo garantista del ordenamiento mencionado.

c) Derecho de petición (Art. 8)

El contenido de este derecho solo podemos realizarlo mediante el análisis que de él hacen los tribunales federales quienes tienen la labor de interpretar esta disposición constitucional. Bajo esta perspectiva, solo se revisa lo que, por una parte, establece el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y por otra, el Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Vigésimo Primer Circuito, quienes habrán de señárnos lo que es y los elementos que incorpora este derecho.

³²¹ RAMÍREZ Mazlum, Héctor Abraham, *La CNDH y el derecho al acceso a la información*, CNDH, México, 2009, p. 8.

*“PETICIÓN, DERECHO DE. El artículo 8º. Constitucional protege en principio la garantía de seguridad legal de los ciudadanos relativa a que sus peticiones será resueltas, pero ello incluye también la protección del derecho de los particulares a ser informados del estado que guardan sus instancias cuando éstas deban sujetarse a un trámite prolongado, pues el precepto constitucional que se analiza, expresamente establece que a toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a la que se haya dirigido, la cual tiene la obligación de hacerlo en breve término al peticionario”.*³²²

“DERECHO DE PETICIÓN. SUS ELEMENTOS. El denominado "derecho de petición", acorde con los criterios de los tribunales del Poder Judicial de la Federación, es la garantía individual consagrada en el artículo 8o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en función de la cual cualquier gobernado que presente una petición ante una autoridad, tiene derecho a recibir una respuesta. Así, su ejercicio por el particular y la correlativa obligación de la autoridad de producir una respuesta, se caracterizan por los elementos siguientes: A. La petición: debe formularse de manera pacífica y respetuosa, dirigirse a una autoridad y recabarse la constancia de que fue entregada; además de que el peticionario ha de proporcionar el domicilio para recibir la respuesta. B. La respuesta: la autoridad debe emitir un acuerdo en breve término, entendiéndose por éste el que racionalmente se requiera para estudiar la petición y acordarla, que tendrá que ser congruente con la petición y la autoridad debe notificar el acuerdo recaído a la

³²² Tesis Aislada, Tribunales Colegiados de Circuito, Séptima Época, Semanario judicial de la federación, Volumen 205-216, sexta parte, enero de 1986, pág. 358, [https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/\(F\(VVONafK257IV3Q--KV_A_1h_gWCt4cj1NwqzdnAlgecrbWWBgVvMLSzf1sSiMkaRXeED-yFjOxNmV7QPc_5SvRIJehCZhCkzVhm3ZmboOSzZ_BD4IQKa8QKV-R2D3qMQfAU6ZGGYJsX6SzkG-vXaSvp4T02V8lyf9nUQrqfWuMI1\)\)/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=247988&Clase=DetalleTesisBL&Semenario=0](https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/(F(VVONafK257IV3Q--KV_A_1h_gWCt4cj1NwqzdnAlgecrbWWBgVvMLSzf1sSiMkaRXeED-yFjOxNmV7QPc_5SvRIJehCZhCkzVhm3ZmboOSzZ_BD4IQKa8QKV-R2D3qMQfAU6ZGGYJsX6SzkG-vXaSvp4T02V8lyf9nUQrqfWuMI1))/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=247988&Clase=DetalleTesisBL&Semenario=0).

petición en forma personal al gobernado en el domicilio que señaló para tales efectos, sin que exista obligación de resolver en determinado sentido, esto es, el ejercicio del derecho de petición no constrañe a la autoridad ante quien se formuló, a que provea de conformidad lo solicitado por el promovente, sino que está en libertad de resolver de conformidad con los ordenamientos que resulten aplicables al caso, y la respuesta o trámite que se dé a la petición debe ser comunicada precisamente por la autoridad ante quien se ejercitó el derecho, y no por otra diversa”³²³.

d) Derecho de posesión y portación de armas (Art. 10)

En épocas recientes, el tema de las armas de fuego ha cobrado cierta relevancia, pero también ha generado controversia debido a múltiples acontecimientos trágicos ocurridos en varias partes de la unión americana, sin lugar a dudas, la legislación en este país es sumamente flexible en la reglamentación para la compra de armas de fuego.

En nuestro país, el artículo 10 constitucional, otorga el derecho a todos los ciudadanos para poseer armas de fuego en su domicilio para seguridad y legítima defensa. Más sin embargo, ésta posesión queda restringida al domicilio de la persona. Para la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, es responsabilidad de todo aquél que posea un arma, llevar a cabo el registro de la misma ante la Secretaría de la Defensa Nacional.

e) Irretroactividad de la ley (Art. 14)

El Derecho en general, pero de manera específica, el derecho positivo, en tanto rige las relaciones humanas, sigue de manera constante las

³²³ Tesis XXI.10.P.A. J/27, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIII, marzo de 2011, Pág. 2167. <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/162/162603.pdf>.

reglas del “progreso” a que está sujeta la misma actividad humana que por obvias razones se desarrolla bajo circunstancias de tiempo y lugar, situación que deriva de manera natural en una diversidad de leyes en los distintos países, pero también en las distintas épocas. El desarrollo de la legislación en cada Estado es condición precisa de la vida de cualquier orden jurídico que, al menos en teoría es el reflejo fiel de las necesidades comunitarias tomando en cuenta su cultura y la historia.

Las instituciones jurídicas deber transformarse con el paso del tiempo y si bien es cierto, de ninguna manera podríamos aspirar a lograr un bien absoluto, es factible lograr bienes relativos. Esta evolución del Derecho nos obliga a analizar la manera en que las nuevas leyes deben aplicarse a las conductas establecidas con anterioridad, analizar sus consecuencias y al desarrollo de las mismas. En toda comunidad se hace sentir esta necesidad, siempre y en todas partes hay que crear o modificar el derecho existente, por tanto, surge el tema del derecho transitorio, es decir, la de la retroactividad o no retroactividad de las nuevas leyes.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos este derecho se encuentra garantizado en el Artículo 14 que a la letra dice “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”. Este principio determina que las leyes se expiden para dar orden a situaciones futuras más no a situaciones pasadas. Es importante señalar además que este artículo que los actos que llevamos a cabo sólo pueden ser juzgados por Leyes que se hayan expedido con anterioridad y que se encuentren vigentes al momento de realizar la conducta. Aunado a esto, de acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el caso en que una Ley posterior establezca

algún beneficio a la persona, sí es aplicable de forma retroactiva y “se estará a lo dispuesto en la más favorable al inculpado o sentenciado”.³²⁴

f) Actos privativos y de molestia, formalidades esenciales del procedimiento y tribunales previamente establecidos. (Art. 14)

Para hacer mención exacta de lo que a continuación vamos a comentar, es necesario acudir a la Suprema Corte de Justicia de la Nación y para tal efecto, habremos de separar cada uno de los elementos anteriormente señalados.

ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA. ORIGEN Y EFECTOS DE LA DISTINCIÓN. El artículo 14 constitucional establece, en su segundo párrafo, que nadie podrá ser privado de la vida, 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; en tanto, el artículo 16 de ese mismo Ordenamiento Supremo determina, en su primer párrafo, que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. Por consiguiente, la Constitución Federal distingue y regula de manera diferente los actos privativos respecto de los actos de molestia, pues a los primeros, que son aquellos que producen como efecto la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del gobernado, los autoriza solamente a través del cumplimiento de determinados requisitos

³²⁴ Tesis I.8o.P.12 P. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XIX, junio de 2004, Pág. 1471. <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/181/181274.pdf>.

precisados en el artículo 14, como son, la existencia de un juicio seguido ante un tribunal previamente establecido, que cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento y en el que se apliquen las leyes expedidas con anterioridad al hecho juzgado. En cambio, a los actos de molestia que, pese a constituir afectación a la esfera jurídica del gobernado, no producen los mismos efectos que los actos privativos, pues sólo restringen de manera provisional o preventiva un derecho con el objeto de proteger determinados bienes jurídicos, los autoriza, según lo dispuesto por el artículo 16, siempre y cuando preceda mandamiento escrito girado por una autoridad con competencia legal para ello, en donde ésta funde y motive la causa legal del procedimiento. Ahora bien, para dilucidar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un acto de autoridad impugnado como privativo, es necesario precisar si verdaderamente lo es y, por ende, requiere del cumplimiento de las formalidades establecidas por el primero de aquellos numerales, o si es un acto de molestia y por ello es suficiente el cumplimiento de los requisitos que el segundo de ellos exige. Para efectuar esa distinción debe advertirse la finalidad que con el acto se persigue, esto es, si la privación de un bien material o inmaterial es la finalidad connatural perseguida por el acto de autoridad, o bien, si por su propia índole tiende sólo a una restricción provisional.³²⁵

Para Miguel Carbonell el concepto de formalidades esenciales del procedimiento “es de carácter complejo e involucra cuestiones muy diversas. Con este término la Constitución hace referencia, en parte, a los que en otros sistemas jurídicos (sic) se denomina el debido proceso o también el debido

³²⁵ Pleno. Novena Época. Apéndice 1917-septiembre 2011. Tomo I. Constitucional 3. Derechos Fundamentales Primera Parte - SCJN Décima Segunda Sección - Debido proceso, Pág. 1110, <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/1011/1011466.pdf>.

proceso legal”.³²⁶ En este sentido Sergio García Ramírez citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos dice que el debido proceso legal “se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier... acto del Estado que pueda afectarlos”.³²⁷

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, menciona lo siguiente:

FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO. La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga "se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento". Estas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traduce en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse

³²⁶ CARBONELL, Miguel, Formalidades esenciales del procedimiento, http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Formalidades_esenciales_del_procedimiento.shtml.

³²⁷ GARCÍA Ramírez, Sergio, El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. 39, no. 117, México, sep-dic 2006, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332006000300002.

*estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado.*³²⁸

De acuerdo a la ley, en nuestro país no existen privilegios para grupos o personas, por tanto, ni la ley ni la autoridad pueden hacer distinciones arbitrarias como fueros, leyes privativas o tribunales especiales; por su parte, los gobernados no deben solucionar sus controversias mediante el ejercicio de la fuerza. De tal suerte que es necesario que existan instituciones que resuelvan los conflictos sociales. Para tal efecto, han sido creados los órganos jurisdiccionales, los cuales, tienen una misión clara: resolver conflictos jurídicos, aplicar la ley y hacer justicia de manera rápida, eficaz, gratuita e imparcial por tribunales previamente establecidos.

Para Miguel Bonilla “entre los obstáculos que impiden o dificultan el acceso a los tribunales, sin duda está el de su fallida ubicación o delimitación geográfica. Un tribunal mal ubicado o que ejerce jurisdicción sobre un territorio no correctamente delimitado, ocasiona que los justiciables eroguen más gastos en la tramitación de sus asuntos, que los procesos sean más largos, que sus cargas de trabajo no sean proporcionales respecto a las de otros tribunales, que la comunidad se inconforme y que, incluso, los individuos opten por no acudir a él para resolver las controversias jurídicas. En estos casos, puede decirse, válidamente, que la justicia no es eficiente”.³²⁹ En este sentido, si es el Estado el responsable de que esto se lleve a cabo, también será su responsabilidad superar los efectos de este obstáculo y estará obligado a buscar una eficiente distribución espacial de los tribunales ubicándolos en sitios idóneos y asignarles una competencia correcta.

g) Exacta aplicación de la ley penal (Art. 14)

³²⁸ Pleno. Octava Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Núm. 53, mayo de 1992, Pág. 34, <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/205/205679.pdf>.

³²⁹ BONILLA López, Miguel, Tribunales, territorio y acceso a la justicia, 2001, p. 266, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/92/14.pdf>.

Según la disposición constitucional del párrafo tercero del artículo 14, en los juicios de orden criminal no puede imponerse pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. Como vemos en el posicionamiento de la Corte³³⁰ este principio responde al principio de *nullum crimen, nulla poena sin lege* que hace a un lado la costumbre y la analogía o mayoría de razón en la imposición de penas por delitos. Esta garantía no excluye la discrecionalidad del juez en la decisión de su fallo y en la imposición de penas. La garantía asegura que los delitos y penas tipificados en la ley habrán de ser los únicos aplicables. Los jueces harán la apreciación de hechos y pruebas de manera discrecional, más no arbitraria. De tal forma que, para que lo anterior sea efectivo, se hace necesario que los tipos de la ley penal estén claramente delimitados.

h) Derecho a la legalidad en materia civil (Art. 14)

El último párrafo del artículo 14 establece a la letra lo siguiente “En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”.

En este sentido, es fácil determinar que existe un “orden en la interpretación” al establecer que las sentencias de los juicios civiles deben dictarse de la siguiente forma: 1) a la letra de la ley, 2) a su interpretación jurídica, 3) a falta de lo anterior, de acuerdo a los principios generales del derecho.

i) Derechos humanos y sus garantías en materia de extradición de reos políticos (Art. 15)

³³⁰ Pleno. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XX, mayo de 2013, Pág. 191, <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2003/2003572.pdf>.

Este artículo constitucional menciona que “No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”.

Esta limitación que evidentemente está destinada a las autoridades facultadas para la celebración de tratados internacionales.

j) Garantía de legalidad: Mandamiento escrito, Autoridad competente, fundamentación y motivación. (Art. 16)

El principio de legalidad especificado en el primer párrafo del artículo 16 de nuestra Constitución, necesariamente nos hace recurrir a la idea de que las autoridades solo pueden hacer aquello que la ley les permite, en este sentido, toda acción de la autoridad debe estar sustentada en una ley previa.

Al hablar del mandamiento escrito, se hace referencia a la certeza que sobre el acto de autoridad se tiene tanto sobre quien emite el documento, cuando y donde se emite, en un idioma entendible para el sujeto destinatario del acto y qué quién emite el acto realmente expreso su voluntad en el sentido del mismo, es decir, en la existencia, así como en el contenido y en el alcance del mismo. Ahora bien, como establece Raúl Pérez Johnston “el requisito de constar por escrito presupone la emisión del acto de autoridad en un soporte material, como tradicionalmente es el papel, ello no excluye la posibilidad de la utilización de medios electrónicos u ópticos para la emisión de tales actos - sobre todo en los casos de audiencias orales u otros actos donde, a pesar del

acta que se levante con la versión estenográfica, el dictado del acto conste a través de su grabación en un soporte óptico”.³³¹

Respecto a la competencia de la autoridad, es importante mencionar que la Constitución requiere que todo acto de molestia sea emitido por la autoridad a la que la ley le reconoce la competencia para ello. Miguel Carbonell señala que la jurisprudencia “ha sostenido que la competencia de la autoridad debe ser citada en el escrito en que conste el acto de molestia. Es decir, la autoridad debe dar a conocer al particular las normas jurídicas que rigen no solamente el acto que emite, sino además las que le dan competencia a esa autoridad para emitirlo”.³³²

Ahora bien, cuando la Constitución establece la obligación de que las autoridades funden sus actos, históricamente se ha entendido como el señalamiento preciso, la cita exacta de los preceptos aplicables al caso. Siguiendo a Carbonell “lo que se intenta evitar es la arbitrariedad de los poderes públicos, al exigir que los actos de autoridad se emitan solamente cuando: a) cuenten con respaldo legal para hacerlo (fundamentación) y b) se haya producido algún motivo para dictarlos (motivación)”³³³ tanto una como la otra, deben estar sentados en el escrito emitido por la autoridad.

k) Detenciones arbitrarias (Art. 16)

Las detenciones arbitrarias son frecuentes en nuestro país y comúnmente se encuentran enmarcadas en violaciones a los derechos humanos. Estas acciones son realizadas por las autoridades de manera ilegal y generalmente están manchadas por discriminación afectando a hombres jóvenes que viven en pobreza u otras situaciones de marginación.

³³¹ PÉREZ Johnston, Raúl, Artículo 16, Actos de molestia, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2013, p. 1540, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/13.pdf>.

³³² CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, UNAM-CNDH, México, 2004, p. 698.

³³³ *Ibidem*, 699.

Según Amnistía Internacional en su informe Falsas Sospechas: Detenciones Arbitrarias por la Policía en México, “las autoridades suelen hacer detenciones de personas sólo por parecer sospechosos a la policía cuando además de ser hombres jóvenes pertenecen (o son percibidos como pertenecientes) a otros grupos que históricamente han sufrido discriminación, como indígenas, migrantes o quienes viven en pobreza”.³³⁴

Tanto el derecho nacional como el internacional establece que todas las personas tienen derecho a la libertad personal, por lo que, las detenciones arbitrarias están prohibidas. Estas detenciones vistas como arrestos, confinamientos o privación de la libertad de personas en muchos casos no existen probabilidad o evidencia de comisión de delito y se prolonga desde la aprehensión hasta la puesta en libertad de la persona.

Amnistía Internacional menciona en su informe que existe un recorrido común en estas detenciones. Una persona es detenida en un momento cualquiera, los policías, para justificar el acto en contra de la persona, le siembran algún objeto para incriminarla, que además sirva como elemento probatorio, y es llevada ante otras autoridades, quienes inician un proceso legal que por lo general está plagado de irregularidades. Estas detenciones permiten la entrada de otras violaciones a Derechos Humanos, diríamos por ejemplo la tortura, las desapariciones forzadas, las ejecuciones extrajudiciales entre otras.

Las razones detrás de este tipo de prácticas son diversas, entre las que podemos mencionar la extorsión, los pagos de terceras personas para detener a alguien, para investigarlas por algún otro delito, etc.

³³⁴ Amnistía Internacional, Falsas sospechas: Detenciones arbitrarias por la policía en México, Londres, 2017, p. 23, <https://www.amnesty.org/download/Documents/AMR4153402017SPANISH.PDF>.

Para Miguel Carbonell el artículo 16 constitucional que prohíbe las detenciones arbitrarias puede resumirse de la siguiente manera:

A) Como regla general, las detenciones pueden practicarse únicamente cuando exista una orden de aprehensión. Las ordenes de aprehensión solo pueden ser dictadas por una autoridad judicial, siempre que: a) se haya interpuesto una denuncia o querrela, b) que esa denuncia o querrela se refiera a un hecho que la ley considere constitutivo de delito y que la comisión de ese delito sea sancionable con pena privativa de la libertad, c) que se hayan acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, y d) que lo solicite el ministerio público.

B) Una vez realizada la aprehensión, la autoridad que la llevo a cabo debe poner al detenido de forma inmediata a disposición de la autoridad judicial que emitió la correspondiente orden. La Constitución utiliza los términos de “sin dilación alguna”, lo que debe interpretarse en el sentido de que entre la práctica de la detención y la puesta a disposición del juez no debe transcurrir más tiempo del estrictamente necesario para que la autoridad ejecutora se traslade desde el sitio donde fue practicada a aprehensión hasta el lugar donde debe entregar al detenido. Si la puesta a disposición excede de ese tiempo de forma automática se configura una detención ilegal y arbitraria, lo cual vicia el procedimiento y debe dar lugar a responsabilidad penal por parte de los agentes que realizaron la detención.

C) De forma excepcional, cualquier autoridad o persona pueden detener a alguien cuando este en flagrancia. En los supuestos de detención por flagrancia, también existe la obligación para quien realiza la detención de poner a disposición de la autoridad más cercana al detenido y, ésta a su vez, tiene la obligación de entregarlo al Ministerio Público.

D) El ministerio público puede ordenar detenciones solamente en el caso de delitos graves y siempre que concurren dos circunstancias: a) que exista el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia y b) cuando el ministerio público no pueda acudir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia.

E) El párrafo séptimo del artículo 16 crea la figura de la “retención” ante el ministerio público; el texto constitucional establece que el detenido deberá ser entregado a la autoridad judicial en un plazo máximo de 48 horas, mismo que se podrá duplicar a 96 horas en el caso de supuesta comisión de delitos de delincuencia organizada.³³⁵

I) Inviolabilidad del domicilio (Art. 16)

Este derecho aplica tanto a personas físicas como a personas morales. Y por la manera en que están redactados los párrafos, damos por hecho que, por inviolabilidad del domicilio, se entiende como la imposibilidad jurídica de que cualquier autoridad o particular ingrese a vivienda o local de cualquier tipo, sin autorización. El artículo 16 establece al respecto: Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En los juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio en los que se establezca como regla la oralidad, bastará con que quede constancia de ellos en cualquier medio que dé certeza de su contenido y del cumplimiento de lo previsto en este párrafo...En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, a solicitud del Ministerio Público, 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 al 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

³³⁵ CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales...*, cit., pp. 707, 708, 709.

diligencia...La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos... En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente.

m) Inviolabilidad de comunicaciones privadas (Art. 16)

Otra de las medidas a través de la cual la Constitución pretende darles seguridad jurídica a los ciudadanos, tiene que ver con la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, esto le garantiza a la persona su individualidad y autonomía al no permitir que extraños ajenos intervengan en su cotidianidad. La ley protege estas comunicaciones sea cual sea la vía por la que se transmitan, ni los particulares, ni las autoridades pueden intervenirlas.

Sin embargo, esta garantía puede verse limitada por un mandato judicial, el cuál puede ser emitido cuando existen elementos racionales que presuman la posible comisión de delito o cuando sea un medio indispensable para investigarla.

Al respecto el artículo 16 establece lo siguiente: Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se

admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley... Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor...La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.

n) Prohibición de justicia por propia mano, derecho a la administración de la justicia, tribunales expeditos, debido proceso, independencia judicial y ejecución de las sentencias, deudas civiles. (Art. 17)

Nuestra Constitución prohíbe la justicia por propia mano (autotutela) reiterando que el monopolio de la fuerza legítima es del Estado. Esto contrasta con la obligación por parte del Estado de asegurar los mecanismos institucionales a través de los cuales las personas tengan un acceso efectivo a la justicia, esto sin duda representa uno de los mayores retos para nuestro país, las limitaciones físicas (cantidad de tribunales) no dejan de ser menores, del mismo modo, el tema económico es determinante al momento de tener asistencia jurídica de calidad. Por otra parte, la misma Constitución establece el derecho a que los tribunales resuelvan los juicios dentro de los plazos que establece la ley, esto es, sin dilaciones indebidas y siguiendo las formalidades del procedimiento. Así mismo, es necesaria la resolución imparcial de los asuntos de que conozcan los tribunales, la independencia de los jueces es

requisito indispensable para el funcionamiento eficaz al momento de impartir justicia, siempre sujetos a la ley y ajenos a los intereses de las partes en controversia. También es indispensable el apoyo y la coordinación que debe existir entre el poder judicial y el poder ejecutivo a efecto de poder llevar a cabo la ejecución de las sentencias tomando en consideración que el poder judicial no cuenta con los medios idóneos para llevar a cabo esta labor. Así mismo, es fundamental la prohibición constitucional de sancionar con pena de prisión las deudas de carácter civil de tal forma que las sanciones deberán recaer sobre los bienes del deudor o sobre los frutos de su trabajo.

ñ) La presunción de inocencia (Art. 20)

La implementación del sistema acusatorio implica la incorporación de elementos como el carácter acusatorio y oral otorgado al proceso penal, así como las reglas por medio de las cuales se debe orientar este procedimiento, plasmadas en los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación y la presunción de inocencia como elemento fundamental.

Reconocida de manera textual en nuestra Constitución en el artículo 20, apartado B, fracción I, se establece que, es derecho de toda persona imputada: “a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa. Por su parte, el artículo 13 del Código Nacional de Procedimientos Penales, señala que toda persona se presume inocente y será tratada como tal en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el órgano jurisdiccional, en los términos señalados en este código.

o) Derecho de propiedad (Art. 27)

Para Miguel Rábago “un debate derivado de la forma de reconocimiento constitucional de la propiedad privada, ha sido la vinculación de la propiedad con los derechos humanos. Nutriéndose de una fuerte polémica de filosofía política, respecto, no solo de la preponderancia o balance del Estado y el capital privado en la economía, sino también de temas como la creación de una aparente tensión entre derechos de igualdad y de libertad, como objetivos contrapuestos, la forma en como la propiedad se reconoce o se excluye dentro de los derechos fundamentales reconocidos sigue siendo objeto de posturas encontradas. Su inclusión como derecho humano sigue siendo polémica y contradictoria para la propia concepción de los derechos. De hecho, para algunos observadores, la propia forma de concebir la propiedad o más bien la posición política sobre la propiedad es un elemento fundacional de la ideología”.³³⁶

Para Miguel Carbonell “el texto del artículo 27 no contempla a la propiedad privada como un derecho fundamental, sino más bien como una garantía institucional, es decir, como una institución que deberá prever el legislador, respetando los rasgos que la definen según la costumbre y la teoría que sean aplicables”.³³⁷

De esta manera, nuestra Constitución en su artículo 27 establece el derecho a la propiedad y a modo de resumen diremos que es el derecho que tiene toda persona de usar, gozar, disfrutar y disponer sus bienes de acuerdo a la ley. Este derecho será protegido por el Estado y nadie podrá ser privado, ni molestado en sus bienes sino en virtud de un juicio que cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento. En caso excepcional, es decir, en caso de interés público, y observando la debida indemnización, el Estado podrá restringir el derecho a usar, disfrutar y disponer de ella.

³³⁶ RÁBAGO Dorbecker, Miguel, *Derechos de propiedad Art. 27 Constitucional y art. 21 convencional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Suprema Corte de Justicia de la Nación-Fundación Konrad Adenauer, 2013, p. 2297, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/39.pdf>.

³³⁷ CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales...*, cit., p. 751.

3. Actuación debida de las autoridades y la impunidad.

3.1 El control del abuso del poder y estándares de actuación de la autoridad.

Dice Ferrajoli³³⁸ con mucha razón, que estamos asistiendo, incluso en los países democráticos más avanzados, a una crisis profunda y creciente del derecho. Para ello, establece tres aspectos de esta crisis: a) crisis de legalidad, expresada en la ausencia o ineficacia de los controles y por lo tanto, de la ilegalidad del poder; b) crisis del estado social, establecida gracias a la inadecuación estructural de las formas del estado de derecho a las funciones del *Welfare State*, agravada por la acentuación del carácter selectivo y desigual; y, c) crisis del Estado nacional, manifestado con el cambio de los lugares de la soberanía, la alteración del sistema de fuentes y, por consiguiente, en un debilitamiento del constitucionalismo. El peligro para el futuro de los derechos fundamentales y de sus garantías depende hoy, no solo de la crisis del derecho, sino también de la crisis de la razón jurídica y la pérdida de confianza en ella.

La teoría del control encuentra su origen en la búsqueda de mecanismos que controlen al absolutismo y fortaleciendo el papel del Poder Legislativo. Para algunos autores la teoría clásica del control parlamentario se origina en Francia, específicamente en el periodo jacobino de la Revolución Francesa. El presupuesto es que el gobierno es un comité delegado del parlamento que no tiene legitimación propia, ya que no es electo por el pueblo, sino designado por el parlamento, quien sí tiene representación. De acuerdo con la ley, el gobierno se designa por el parlamento como comité que ejerce las facultades que le son concedidas por delegación. No tiene autonomía ni facultades propias, lo designa la cámara y es el parlamento quien tiene el control de las facultades del gobierno. Este medio, es la forma de establecer un

³³⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías*, 7ª. Ed., Madrid, Trotta, 2010, pp. 15 a 18.

gobierno, de sostenerlo, pero también de derrocarlo. En este sentido, es el parlamento quien delimita las facultades del gobierno, apoyado en la Constitución. Que las facultades del gobierno estuvieran a merced del parlamento definitivamente creaban un alto grado de inestabilidad ya que el gobernante dependía del mismo, era utilizado y solo “servía” para hacerlo responsable políticamente.

La globalización, la lógica de guerra, la economía y las relaciones de trabajo, llamadas por Ferrajoli, paleo-capitalista, “no hay más alternativas que el derecho y la garantía de los derechos, y obviamente una política que tome a ambos en serio. Ciertamente, estamos asistiendo a una crisis del constitucionalismo y, más en general, de la legalidad y de los derechos humanos...y aunque nada autoriza a ser optimistas, es evidente que de esta perspectiva depende no solo la legitimación, sino también la supervivencia de nuestras ricas, pero frágiles democracias”³³⁹

En varios países latinoamericanos, gran parte del siglo XX, sus sistemas presidencialistas tenían como característica amplios y fuertes instrumentos burocráticos que los auxiliaron en la centralización del poder político y donde la figura presidencial concentró gran parte de las facultades constitucionales. Evidentemente nuestro país, no se quedó atrás, el sistema político mexicano, orbitaba (¿u orbita?) en torno a un presidente abastecido de facultades extraordinarias y la presencia de un partido hegemónico con presencia casi absoluta en el Poder Legislativo; sumisión del poder judicial; con el control de los gobiernos locales; dominio de una estructura corporativa que auxiliaba en la construcción y manipulación de estructuras leales al partido oficial que a través de dispendios y apoyos disfrazados de programas, aseguraban sus triunfos electorales prácticamente “de por vida”.

La presencia de una gran crisis económica y los sangrientos hechos de Tlatelolco y algunos otros movimientos estudiantiles, pusieron a prueba este

³³⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4ª. Ed., Madrid, Trotta, 2009, pp. 380 y 381.

sistema hegemónico que sin embargo será hasta finales de los años ochenta cuando éste sistema se encontró con sus primeros conflictos. A partir de estos acontecimientos, podríamos decir que son cinco los momentos en que la institución presidencial enfrentó problemas serios de legitimidad, credibilidad e imagen. “En primer lugar están los acontecimientos de 1968, donde la legitimidad e imagen presidencial sufrió un desgaste luego de la represión al movimiento estudiantil. En segundo término está la elección presidencial de 1976, en la cual José López Portillo fue candidato único, con el consecuente cuestionamiento a la legitimidad de la elección; esto condujo hacia una liberalización política, la cual se materializó en una reforma electoral. En tercer lugar está la elección de 1988, en la cual se alteraron los resultados electorales para asegurar la continuidad del PRI en la silla presidencial; de igual forma, se trató de problemas relacionados con la legitimidad en el acceso al poder. El cuarto acontecimiento tiene que ver con el asesinato del candidato del partido oficial en 1994, Luis Donald Colosio, hecho que trastocó el proceso de la sucesión presidencial. Por último, está la elección de 1997, que dio lugar a una composición plural de la Cámara de Diputados, en la que el partido del presidente ya no tenía mayoría; además, el PRI perdió el control del gobierno del Distrito Federal”³⁴⁰

Va a ser la elección federal del año 2000, la que derrote al entonces partido hegemónico y que dará fin al presidencialismo tradicional. Con esto se inició un proceso de adecuación que lamentablemente no fue exitoso; aquel poder ejecutivo sólido con amplios márgenes de maniobra no resultó coincidente con el régimen democrático.

Sin embargo y en términos generales, en México, tenemos un régimen presidencial; en este sentido, la jefatura del Estado y del gobierno son encabezadas por una persona que es el titular del Poder Ejecutivo también

³⁴⁰ ESCAMILLA Cadena, Alberto, “Las transformaciones del presidencialismo en el marco de la reforma del estado en México”, en *Polis*, no. 2, vol. 5, México, jul-dic 2009.
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-23332009000200002&lang=pt.

denominado presidente de la República. Él es electo por el voto popular y designa a su equipo de trabajo. El presidente no puede ser miembro de dos poderes al mismo tiempo, no puede disolver el Congreso, y éste tampoco puede removerlo. Ante estas circunstancias, las posibilidades de control, se encuentran reducidas ya que no existe subordinación del ejecutivo al legislativo. En cierto sentido, la teoría de la separación de poderes no está diseñada para regular lo que por poder entendemos en la actualidad. Como establece el Dr. Diego Valadés “Cuando Montesquieu escribía no existían las organizaciones políticas que hoy denominamos partidos, ni las organizaciones sociales que conocemos como sindicatos, ni los medios de comunicación tenía la presencia alcanzada en la actualidad, ni había emergido la modalidad bastante llamativa de las denominadas organizaciones no gubernamentales, ni era de imaginar la aparición de nuevos órganos de poder no encuadrados en los tres tradicionales, como los *Ombudsman*, o los organismos electorales autónomos, o los bancos centrales”³⁴¹.

Vale hacer mención, algunos de los acontecimientos que han traído a nuestro país, cambios importantes en materia de control principalmente al poder ejecutivo, que como hemos visto, hasta la fecha ha sido imperante en nuestro país. Así pues, considero importante señalar los siguientes:

- Control al poder ejecutivo derivado de la reforma al banco de México de 1993³⁴²

Fundamental para esta reforma, es que el Banco regularía la cantidad de recursos que puede utilizar el gobierno, esto lo transformó en una instancia que controla el gasto público federal. Ante ésta reforma, el presidente quedó impedido para decidir la cantidad de dinero que entraría en circulación, así como y organizar los servicios financieros. Del mismo modo, se le quitó la facultad en lo que se refiere a la política de precios, motivo por el cuál

³⁴¹ VALADÉS, Diego, *El control del poder*, 3ª. ed., México, Porrúa, 2006, p. 176.

³⁴² BORJA Martínez, Francisco, *Reforma constitucional para dotar de autonomía al banco de México*, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/230/4.pdf>.

abandona el control directo sobre los efectos de la inflación. Por si fuera poco, ya no puede remover a las autoridades del Banco ya que el mandato de éstas tiene una duración determinada.

- Control al poder ejecutivo derivado de la reforma a la cámara de diputados de 1993³⁴³

Es a partir de esta reforma cuando se comienzan a construir equilibrios diferentes que evidentemente afectaron el funcionamiento del sistema presidencialista, esto ayudo a conformar un sistema de pesos y contrapesos y un gobierno dividido. Los siguientes elementos, fueron determinantes para que esto ocurriera: 1) en ambas cámaras del congreso hubo pluralidad respecto a la cantidad de legisladores en cada una de ellas, debido a la supresión de la llamada cláusula de gobernabilidad que garantizaba mayoría absoluta al partido político con el mayor número de triunfos en los distritos uninominales, al tiempo que se redujo de 350 a 315 el número máximo de curules que un partido político podía tener; y 2) Por primera ocasión, la oposición realmente podía incidir en los contenidos de las reformas y leyes, incluyendo temas que venían impulsando tiempo atrás. La agenda presidencial se enfrentó a la complejidad de la pluralidad, por primera ocasión, no fue sencillo desahogarla ya que siempre existió la posibilidad del bloqueo a sus propuestas, esto orilló a discutir el tema de la parálisis legislativa.

- Control al poder ejecutivo por la reforma al instituto federal electoral de 1996³⁴⁴.

Es importante mencionar que las elecciones intermedias de 1997 provocaron lo que, hasta ese momento, fue el resultado más adverso en la historia del PRI (perdió el Distrito Federal, así como el control de la Cámara de

³⁴³ ANDRADE Sánchez, Eduardo, *La reforma constitucional en el congreso de la unión*, p. 54.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/155/6.pdf>.

³⁴⁴ GARCÍA Bartolo, Moisés Sinuhé, "Las reformas electorales a nivel federal en México", en *El cotidiano*, no. 166, marzo-abril 2011, Universidad Autónoma Metropolitana, pp. 83-85.
<http://www.redalyc.org/pdf/325/32518423009.pdf>.

Diputados. Una vez concretizada la reforma al artículo 122 constitucional, que permitía la elección directa del jefe de gobierno, se terminó con otra facultad presidencial, la designación del regente de la capital. Por otra parte y con la pérdida de la mayoría absoluta en la Cámara de Diputados, la posición del presidente y del PRI se vio sumamente mermada.

Según José Antonio González Casanova, para Loewenstein el poder incontrolado era intrínsecamente malo ya que “el Poder encierra en sí mismo la semilla de su propia degeneración... El poder debe ser limitado mediante su distribución y su control para que no degenera”³⁴⁵.

En este orden de ideas, Carla Huerta menciona que “la palabra control no se constriñe únicamente a supervisar las actividades de otros o las propias, sino que simultáneamente establece métodos que eviten el ejercicio abusivo del poder; es decir, que se acaten las limitaciones establecidas. Su función, pues, no es solamente vigilar el respeto a los límites, sino también evitar el abuso del poder, impidiendo que se lleven a cabo acciones que vulneren las normas que la establecen o, en su defecto, imponer sanciones a quienes se extralimiten en el ejercicio de sus funciones”³⁴⁶.

Si bien es cierto para gobernar es necesario el poder, éste no debe rebasar los límites establecidos por la ley. Por ello, “entre otros postulados se busca un equilibrio, toda vez que el derecho, en virtud de la ambigüedad, vaguedad y oscuridad del lenguaje en que se expresa y de la complejidad del sistema jurídico, no siempre ofrece soluciones claras ni unívocas, como en ocasiones pudiera creerse”³⁴⁷.

El objetivo es impedir el abuso del poder. Pero también puede serlo, el imponer una sanción a quién cometa la infracción. Lugar especial, también lo

³⁴⁵ GONZÁLEZ Casanova, José Antonio, *La idea de Constitución en Karl Loewenstein*, p. 78.
<https://es.scribd.com/doc/58663478/Teoria-de-La-Constitucion-karl-Loewenstein>

³⁴⁶ HUERTA Ochoa, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, 3ª. ed. México, UNAM, 2010, p. 27.

³⁴⁷ *Ídem*.

ocupa la víctima o afectado, a quién se buscará resarcir en la medida de lo posible. La historia nos muestra que un poder que no está limitado, se corrompe y se excede en su control hacia la sociedad. De no existir el control, sería posible atentar en contra de los derechos fundamentales y no se puede permitir a los gobernantes el ejercicio arbitrario del poder.

José Antonio González Casanova menciona que Loewenstein clasifica los controles por su posición en el proceso del Poder político en dos grandes grupos: controles horizontales y controles verticales. No habla entonces de controles horizontales intra-órgano y controles horizontales inter-órganos. Los controles horizontales operan «intra-órganos estatales» abarcando el proceso de gobierno. En cambio, los controles verticales operan entre la totalidad de los detentadores del Poder establecidos oficialmente, encargados de dirigir el proceso gubernamental, y entre todas las otras fuerzas socio-políticas de la sociedad estatal que pueden funcionar sobre una base territorial pluralista o individual³⁴⁸.

En un sistema político de tipo democrático se dan, cuatro tipos de controles inter-orgánicos:

- 1) Del Ejecutivo al Legislativo.
- 2) Del Legislativo al Ejecutivo.
- 3) Del Judicial hacia el Legislativo y Ejecutivo.
- 4) Del electorado hacia los tres poderes (en el caso de México, el Poder Judicial no puede ser controlado por el electorado, dado que sus miembros no son electos por el pueblo)³⁴⁹

Los controles horizontales necesitan complementarse con los verticales, que son los que mantienen el contacto con la realidad política y social, ya que siempre se adecuan a los cambios de la vida diaria; en cambio,

³⁴⁸ GONZÁLEZ Casanova, José Antonio, *Op. Cit.*, p. 80.

³⁴⁹ HUERTA Ochoa, Carla, *Op. Cit.*, P. 37

los horizontales son permanentes, y para reformarse deben pasar por un complejo procedimiento jurídico.

Ejercicio de la manera correcta, esto debiera guiarnos a lo que el Dr. Valadés llama Derecho al buen gobierno, el cual “se expresa por la garantía de que las instituciones funcionen en los términos de eficacia y eficiencia que el orden constitucional democrático dispone”³⁵⁰.

3.2 Negligencia y corrupción como mecanismo de impunidad.

En esta era, llena de información y en la cual, esta misma podemos tenerla al alcance de nuestras manos, los medios de comunicación masiva difunden todo tipo de eventos, entre ellos algunos de alto riesgo que impactan en la percepción de los televidentes. En nuestro país, el Estado y los medios de comunicación históricamente han difundido una sociedad de riesgos donde los mismos habitantes estamos involucrados en una estructura de corrupción, negligencia e impunidad derivados de la incertidumbre y por supuesto la inseguridad social. Son las mismas autoridades quienes han diseñado un programa de comunicación que implica la promoción de los valores democráticos (respeto, equidad, participación, responsabilidad) y la participación política a través del voto. Sin embargo, derivado de las restricciones que la misma ley les ha impuesto a los medios de comunicación, es que estos mismos medios han desplegado una estrategia de comunicación violenta en contra de las mismas autoridades, es así que se han dedicado a presentar casos de incompetencia, corrupción, negligencia e impunidad derivados de la acción del gobierno.

Parte de la aversión a la clase política es explicada a partir de las teorías del conflicto y el cambio social³⁵¹. Estas mencionan que en las sociedades existen relaciones asimétricas de poder e influencia entre los

³⁵⁰ VALADÉS, Diego, *Op. Cit.*, p. 180.

³⁵¹ LORENZO Cadarso, Pedro-Luis, “Principales teorías sobre el conflicto social”, en *Norba 15*, Cáceres 2001, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/241031.pdf>.

individuos, los grupos y las instituciones. El mismo diseño social permite que de manera sencilla se dé “la difusión de ideas de aquellos que tienen los recursos y las capacidades suficientes. Tal promoción de ideas influye en aquellos carentes de recursos. Estos últimos iniciarán un conflicto para compensar la asimetría y equilibrar la desigualdad”³⁵² Se trata de un conflicto que provocará un cambio (movilizaciones ciudadanas, abstenciones electorales o votos de castigo) en todos aquellos que disienten de las ideas del grupo predominante. Este cambio se consigue persuadiendo, convenciendo o seduciendo a los adversarios y disuadiendo a los aliados a través de los medios de información masiva. Así, “la sociedad de riesgo que se construye en México consiste más en una confrontación desleal por los recursos en el ámbito económico, político, social, institucional y mediático que en el impacto de las innovaciones tecnológicas o los desastres naturales. Tal discrepancia tendría su origen en la asimetría relacional, el conflicto estructurante y el cambio indeterminado”³⁵³.

Sin duda alguna, una manera de observar la relación que tiene el ciudadano con su autoridad, tiene que ver con la percepción que tiene sobre la seguridad. A continuación haremos algunas observaciones al respecto.

De acuerdo con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en su reporte denominado *Perspectivas económicas 2018: Repensando las instituciones para el desarrollo*, elaborado en conjunto con la Comisión Económica para América Latina y el Caribe de las Naciones Unidas (CEPAL) y el Banco de Desarrollo de América Latina, en colaboración con la Comisión Europea, señala que la confianza en las instituciones públicas ha disminuido en la última década. En 2015, 28% de la población expresó confianza en el gobierno nacional y 32% en el sistema judicial y los tribunales. Además, la percepción de la corrupción registró un aumento de 8 puntos

³⁵² GIMÉNEZ, Gilberto, “La discriminación desde la perspectiva del reconocimiento social”, En *Revista de investigación social*, no. 1, año I, verano de 2005, México D. F. UNAM-Instituto de investigaciones sociales. <http://ru.iis.sociales.unam.mx/bitstream/IIS/5259/1/03gimenez.pdf>.

³⁵³ *Ídem*.

porcentuales entre 2006 (75%) y 2016 (83%). Esto sitúa a México por encima del promedio de ALC (79%) y del de la OCDE (65%).³⁵⁴

Por su parte el Instituto Nacional de Estadística y Geografía,³⁵⁵ a través de su Encuesta Nacional de Seguridad Pública Urbana de junio de 2018, menciona que durante la primera quincena de junio de 2018, durante ese mes 75.9% de la población de 18 años y más consideró que vivir en su ciudad es inseguro. El 83.1% de la población siente inseguridad en los cajeros automáticos localizados en la vía pública, 75.7% en el transporte público, 70.5% en el banco y 67.8% en las calles que habitualmente usa. En junio de 2018, 35.1% de la población de 18 años y más residente en las ciudades de interés consideró que en los próximos 12 meses la situación de la delincuencia en su ciudad seguirá igual de mal. Por otra parte, 33.2% de la población mencionó que la situación empeorará en los próximos 12 meses. Entre los resultados de la ENSU, correspondientes a junio de 2018, destaca que los porcentajes de población de 18 años y más que identificó a las diversas corporaciones policiales y que percibió su desempeño como “muy o algo efectivo” en sus labores para prevenir y combatir la delincuencia fueron: Marina (84.2%), Ejército (80.7%), Gendarmería Nacional (68%), Policía Federal (63.1%), Policía Estatal (46.6%) y Policía Preventiva Municipal (39.6%). El porcentaje de la población de 18 años y más que consideró al gobierno de su ciudad como “muy o algo efectivo” para resolver los problemas más importantes fue 22.5% a nivel nacional.

Por otra parte, la Universidad de Los Ángeles de Puebla, en coordinación con el Centro de Estudios Sobre Impunidad y Justicia, a través del Índice global de impunidad México 2018, nos refieren lo siguiente:

³⁵⁴ OCDE/CAF/CEPAL (2018), *Perspectivas Económicas de América Latina 2018. Repensando las instituciones para el desarrollo*, Editions OCDE, París. P. 256, https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43513/1/LEO2018_es.pdf.

³⁵⁵ INEGI, Encuesta Nacional de Seguridad Pública Urbana (junio 2018), http://www.beta.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2018/ensu/ensu2018_07.pdf.

- El índice de impunidad en México aumentó tanto en el ámbito global como en el de los estados de la República. México ocupa el cuarto lugar del Índice Global de Impunidad (IGI-2017) con 69.21 puntos. México encabeza la lista de países del continente americano con el más alto índice de impunidad.

- México tiene cuatro veces menos jueces y magistrados que el resto del mundo (3.9 frente a 16 por cada cien mil habitantes). El país se encuentra en esta situación por el déficit que presentan dichas instituciones tanto en los estados como en el ámbito federal.

- El porcentaje de encarcelados por homicidio entre homicidios en averiguaciones previas bajó de 27.5% a 17.09%. La disminución de casi diez puntos porcentuales de este indicador es resultado de los problemas estructurales de las instituciones de seguridad y justicia a nivel estatal: las entidades no tienen agencias de investigación profesionales independientes y con capacidades suficientes para atender el delito de homicidio.

- La cifra negra, es decir los delitos no denunciados, se mantiene en un nivel muy alto e incluso aumentó casi un punto porcentual en dos años al pasar de 92.8% a 93.7% (ENVIPE, INEGI). Esto confirma que los mexicanos siguen sin tener confianza en sus instituciones de seguridad y justicia para denunciar los delitos de los cuales fueron víctimas.

- Los ministerios públicos estatales están sufriendo un deterioro estructural y de sus capacidades humanas frente al aumento de los delitos y de la población en el país. Cuatro indicadores así lo muestran: el número de agencias para atención es de tan sólo 3.53 agencias por cada cien mil habitantes; el personal de los ministerios públicos cayó de 33.9 a 31.19, y el número de agentes pasó de 7.6 a 6.27 (ambos por cada cien mil habitantes). También descendió la tasa de agentes para la atención de los delitos: por cada mil delitos registrados, la proporción de agentes pasó de 5.31 a 4.97.

El país tiene un déficit de estado de fuerza de policías operativos estatales de un 50.86%. Esto quiere decir que México tiene la mitad de los policías preventivos estatales que debería tener, según lo que establece el Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública en lo que denomina el estándar nacional mínimo, que debería ser de 1.8 policías evaluados. Sin embargo, los datos más recientes indican que México tiene apenas 0.8 policías por cada mil habitantes, considerando la depuración de elementos con resultado no aprobatorio en control de confianza.³⁵⁶

Como ha podido observarse, son muchos y graves los problemas que aquejan a nuestro país, es evidente la debilidad o ausencia de Estado de derecho en México. La extendida corrupción tanto en el ámbito público como el privado, es en gran parte, la causa de todos estos males, pero también lo es la intolerable impunidad, que es causa de repetición de conductas delictivas que multiplica el número de víctimas, la inseguridad, la violencia y la indignante desigualdad que genera marginación, exclusión y discriminación; ante esto, así como Ferrajoli, considero que la respuesta está en el derecho y el respeto a la legalidad que privilegia al individuo, pero también a la sociedad, como se mencionó líneas arriba, la justicia para uno, no excluye a la del otro. En la medida que el derecho funcione para la protección de ambos, el destino será otro.

³⁵⁶ LE CLERCQ Ortega, Juan Antonio y Gerardo RODRÍGUEZ Sánchez Lara (coord.), Índice Global de Impunidad México. La impunidad subnacional en México y sus dimensiones IGI-MEX 2018, UDLAP, México, 2018, pp. 7, 8 y 9, https://www.udlap.mx/igimex/assets/files/2018/igimex2018_ESP.pdf.

CONCLUSIONES

El debido proceso ha sido construido para sujetar a derecho el ejercicio ilegítimo de los poderes públicos. Esta figura jurídica, tanto en la vertiente adjetiva como en la sustantiva, representa un enclave para la seguridad jurídica en el marco del estado de derecho. En este sentido, el Estado crea el derecho para establecer un orden social y éste sirve para que el Estado elabore las normas que lo legitiman y le dan el monopolio de la fuerza pero, además, le permiten asegurar su actividad y permanencia a través de distintas vías jurídicas por medio de las cuales los poderes públicos inciden en el particular.

El uso excesivo o malintencionado de la fuerza justificó el surgimiento del debido proceso como una medida de contención ante su ejercicio arbitrario. La autoridad no tiene permitido sobrepasar lo estrictamente establecido dentro del marco normativo y cualquier exceso es, o debe ser, sancionado. Bajo esta perspectiva, el debido proceso se presenta ante nosotros como un mecanismo eficaz de controlar el poder para asegurar que el ejercicio de las potestades públicas recaiga legítimamente en quien deba soportar los efectos de gravamen.

La legislación interna, como la internacional, han reconocido que la violación al debido proceso trae como consecuencia la anulación de la causa. Visto bajo la perspectiva de la protección a los derechos fundamentales del individuo, éste es un mecanismo de depuración del supuesto de hecho, sin embargo, también es necesario replantear la oportunidad de reponer el procedimiento, pues el dolo o la negligencia de la autoridad no puede ni debe ser motivo o excusa para propiciar la impunidad. El debido proceso, entonces, no sólo puede responder a los intereses individuales, sino también a los colectivos desde una doble perspectiva, la seguridad jurídica y la confianza en las instituciones.

En este sentido, se ponen en evidencia los espacios de oportunidad que el debido proceso encuentra a efecto de convertirse en una institución de

protección al individuo y a la sociedad. Los resultados de la investigación atienden a los objetivos plantados para orientar el desarrollo de la misma.

1. Debido proceso y debido procedimiento.

Identificar la naturaleza jurídica del debido proceso en torno a sus fines como un principio o una regla es fundamental, ya que con ello, podemos conocer la relevancia que dicha figura mantiene. Los principios han sido considerados superiores a las reglas ya que implican un estado ideal de cosas, tienen “peso” como lo menciona Dworkin. En este sentido, las reglas son normas que pueden ser cumplidas o no, como lo establece Alexy. Ante este panorama, es preciso realizar una distinción entre dos conceptos, el debido proceso y el debido procedimiento. El primer concepto podemos observarlo como una figura política, una figura de Estado, mientras que la segunda, es una idea de orden procedimental. Bajo este panorama, es posible considerar que el debido proceso es un principio y el debido procedimiento una regla. El debido proceso concentra principios como la vida, la libertad, la igualdad etc., mientras que el debido procedimiento sería ese conjunto de normas jurídicas positivizadas que establecen la vía o cauce legal para lograr cierto fin. Esto nos llevaría a observar que el debido proceso es una institución sólida que se desdobra en diversas proyecciones que van más allá de la vertiente adjetiva o sustantiva, pues una de ellas se explica desde un nivel axiológico en relación al individuo y al Estado y la otra establece reglas de actuación precisas que consolidan el mecanismo de los poderes públicos, ambos necesarios para consolidar un estado de derecho.

2. Los fines del derecho y su intervención en la construcción del estado de derecho.

Toda sociedad requiere de la ordenación de las conductas de sus integrantes para lograr su estabilidad y permanencia. Mediante el derecho, se limita el comportamiento tanto de los integrantes de la sociedad, como del mismo

Estado con el fin de lograr que la justicia, la seguridad jurídica y el bien común se desenvuelvan de manera sistemática y se construya el estado de derecho.

Es importante recordar que el debido proceso cumple con estándares de justicia en relación al individuo ya que, si han existido violaciones en el desarrollo del procedimiento, lo justo (de acuerdo a la ley) es que se exonere a una persona. De la misma forma, promueve la seguridad jurídica, ya que éste y la sociedad, al tener un ordenamiento jurídico que establece un procedimiento, así como el órgano encargado de velar por que esto sea posible, pueden tener la confianza de que las normas habrán de acatarse. Sin embargo, la dificultad la encontramos en el bien común desde una perspectiva de justicia colectiva en relación la validez de la norma, sobre todo, si observamos las consecuencias de la utilización mecanicista que se ha hecho de la norma. El espacio de impunidad que algunos actores han encontrado en esta figura, impide que la sociedad tenga la confianza de que el debido proceso existe para proteger a la sociedad. El modelo de justicia restaurativa utilizado, principalmente, en el nuevo sistema de justicia penal, privilegia la solución del conflicto entre las partes involucradas y deja de lado a la sociedad que al menos en el modelo penal, es un tercero perjudicado por la acción delictiva del indiciado. En otras formas de expresión del poder público, como el ámbito administrativo, el debido proceso se ha ido incorporando lentamente con expresiones vagas e imprecisas de la audiencia o de la impugnación, este fenómeno es una consecuencia de la concepción anacrónica de la autoridad que entiende como legítimas las potestades administrativas por su naturaleza *iuspublicista*. En este punto, el debido proceso irrumpe en la escena como un mecanismo legitimador de la actuación en aras de proveer mejores mecanismos de gestión de lo público, de tutelar el bien común, sujetando a la autoridad a la toma de decisiones en el plano individual.

3. Elementos del debido proceso en el derecho mexicano y su posición en relación con otros sistemas jurídicos.

La eficacia de cualquier sistema jurídico depende de la armonía entre los distintos planos en que se desarrolla, por ejemplo, el conceptual, el normativo y el fáctico. Sin duda alguna, en nuestro país, existen avances importantes en los terrenos conceptual y normativo, sin embargo, en el fáctico, la desilusión por los altísimos niveles de impunidad relacionados con la incompetencia, la corrupción y el autoritarismo ha logrado afectar considerablemente la percepción de viabilidad del Estado mexicano y sus instituciones.

La reforma constitucional de 2011 en nuestro país tuvo o ha tenido la intención de poner a la vanguardia los estándares de defensa y protección de los derechos humanos. Uno de sus alcances ha sido en relación al debido proceso pues consiguió que una figura anteriormente llamada “innominada”, pasara a tomar parte del texto constitucional, en un par de menciones. Del mismo modo, la correlación que se guarda con la Convención Americana de Derechos Humanos y los contenidos de los instrumentos abordados en la presente investigación, nos permite observar que tenemos planteada una armonización jurídica que permitiría, al menos en la teoría, mantener un buen nivel de desempeño de nuestro sistema jurídico por lo que respecta a la protección del individuo en el cerco al ejercicio arbitrario del poder, sin embargo, este fenómeno no se ha abordado con agudeza crítica por lo que respecta a la visión colectiva del control del poder. Esto abre una seria discusión sobre la validez de las reglas de operación del debido proceso en relación a los principios de seguridad jurídica y de legalidad que también tutelan a la colectividad en el ejercicio del propio debido proceso.

4. El condicionamiento del principio de legalidad al principio de seguridad jurídica y la impunidad.

La seguridad incorpora parámetros de estabilidad y confianza, mediante ésta, el ser humano se desenvuelve en un ambiente de certidumbre y, si bien es cierto que la sociedad contemporánea se caracteriza por el desorden y la inseguridad, este principio sigue manteniéndose vigente como un elemento de exigencia de la sociedad a su gobierno. Por otra parte, las autoridades deben sujetar su

actuación a lo establecido previamente en la ley, de tal suerte, que no deben proceder de manera arbitraria o abusiva.

Ambos principios fortalecen el estado de derecho y es la condición a la que todos aspiramos socialmente, sin embargo, el debido proceso en los términos normativos contemporáneos favorece que estos entren en colisión. La justicia restaurativa que permea ciertos ámbitos normativos funciona a nivel individual y deja de lado a la sociedad que, como se mencionaba líneas arriba, es un tercero perjudicado. Ha sido un error del legislador considerar que la tutela del debido proceso puede privilegiar al individuo frente al Estado pues, minar la funcionalidad de éste, afecta al individuo finalmente si pensamos que el desmoronamiento sistemático de las instituciones de aplicación de justicia o de ejecución normativa debilita el estado de derecho al que habría de haber servido el debido proceso.

Uno de los principales problemas de este país, es la impunidad, a pesar de que el discurso normativo fortalece el principio de legalidad. El error radica en la operatividad de la norma a través de las instituciones, no sólo en el plano fáctico sino también en el normativo, cuando ésta penaliza la negligencia o el autoritarismo con la reducción del Estado y el interés colectivo frente al interés individual. Si bien es cierto que en el marco del pacto social el Estado habrá de respetar los derechos fundamentales del ciudadano, es evidente que la viabilidad del propio Estado para garantizar esto depende de su subsistencia lo que se agudiza frente a los altísimos índices de impunidad de potenciales delinquentes y de las autoridades fruto de la colisión entre el principio de legalidad y el de seguridad jurídica en donde el primero ha prevalecido sobre la confianza de la sociedad en sus instituciones.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, Ed. Ad hoc, Buenos Aires, 2012.
- ALEXY, Robert, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, No. 5, 1988.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- ÁLVAREZ Conde, Enrique, *El régimen político español*, 4ª. ed. Ed. Tecnos, Madrid, 1990.
- ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, trad. De Alberto Rodríguez López, México, Editores Mexicanos Unidos, 2014.
- ARROYO Zapatero, Luis. "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 8, 1983.
- ÁVILA, Humberto, "Seguridad jurídica: una teoría estructural", en *Seguridad Jurídica en el sistema democrático*, Penagos López, Pedro Esteban, Tirant lo Blanch, México, 2014.
- ÁVILA, Humberto, *Teoría de los principios*, 10ª. ed., trad. De Laura Criado Sánchez, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- BECCARIA, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2015.
- BOBBIO, Norberto y Michelangelo BOBERO, *Origen y fundamento del poder político*, México, Grijalbo, 1985.
- BOBBIO, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, Gedisa, 2000.
- BOBBIO, Norberto, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Madrid, Trotta.
- BUNGE, Mario, *Ser, saber, hacer*, Paidós-UNAM, México, 2002.
- BURRELL, Thomas H., *Magna Carta & Due Process of Law*, Common Consent Press, USA, 2016.
- CALSAMIGLIA, A, "Ensayo sobre Dworkin", prólogo a *Los derechos en serio*.

- CAMPBELL, Tom, *La Justicia*, España, Gedisa, 2002.
- CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, UNAM-CNDH, México, 2004.
- CARBONELL, Miguel. *El debido proceso*. México, Centro de Estudios Carbonell, 2018.
- CASTAÑEDA Mireya, *El principio pro persona. Experiencias y expectativas*. 2ª. ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2015.
- CH. FAURÉ citado por Frédéric ROUVILLOIS, *Les déclarations des droits de l'homme*, Paris, Le Monde Flammarion, 2009.
- COLOMBO Campbell, Juan, *El debido proceso constitucional*, Instituto de derecho procesal constitucional, México, Porrúa, 2007.
- DE AQUINO, Tomás, *Tratado de la ley. Tratado de la Justicia. Gobierno de los príncipes*, 6ª. ed. trad. De Carlos Ignacio González, México, Porrúa, 1998.
- DE DIEGO Díez, Luis Alfredo citado por Carbonell, Miguel, *El debido proceso*, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell A. C., México, 2018.
- DELOS, J. T., *Los fines del derecho: Bien común, Seguridad, Justicia, en Los fines del derecho*, UNAM, México, 1967.
- DÍAZ López de Falcó, Rosa María, *El ombudsman de la salud en México*, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, Serie: Estudios jurídicos No. 247, México, 2014.
- Díaz Madrigal, Ivonne Nohemí, *Mediación en el sistema de justicia penal: Justicia restaurativa en México y España*, México, UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, Instituto de formación profesional de la procuraduría general de justicia del distrito federal, 2013.
- DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, 3 a. ed., Madrid, Editorial cuadernos para el diálogo S. A., 1969.
- DÍAZ, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 10ª. Ed., Madrid, Taurus, 1998.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, traducción de Marta Guastavino, 2ª. ed., Barcelona, Ariel, 1989.
- ESPARZA Leibar, Iñaki, *El principio del proceso debido*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1995.

ESPINOZA DE LOS MONTEROS Sánchez, Javier, "Derechos humanos problemas actuales: Un constitucionalismo mundial", *Opinión jurídica*, Medellín, Vol. 5, No. 9, enero-junio 2006.

FALCÓN y Tella, María José, *La justicia como mérito*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías*, 7ª. Ed., Madrid, Trotta, 2010.

FERRAJOLI, Luigi, *Epistemología jurídica y garantismo*, 2ª. Reimp., México, Fontamara, 2008.

FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4ª. Ed., Madrid, Trotta, 2009.

FERREIRA Ospino, Javier, "Caracterización del modelo de justicia de Rawls-Dworkin: Elementos para una comprensión del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho", en *Revista jurídicas CUC*, núm. 6, Colombia, 2010.

FERRER Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. Nuevo paradigma para el juez mexicano", en Carbonell, Miguel (comp), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, 2011.

FINNIS, Jhon, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Buenos Aires, 8ª Ed., Abeledo-Perrot, 2000.

GALEANA, Patricia, *México y sus constituciones*, 2ª. ed, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

GARCÍA de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*, 6ª ed., Navarra, Thomson-Civitas, 2009.

GARCÍA Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

GARCÍA Ramírez, Sergio, *El debido proceso*, 2ª. Ed., Porrúa, México, 2014.

GARCÍA Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, IJUNAM, México, 2002.

GONZÁLEZ Luna, Efraín, *Humanismo Político*, 2ª. ed., México, Ediciones PAN, 1982.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos*, México, UNAM, 1995.

HAAS, Evelyn, "Las garantías constitucionales en el procedimiento penal alemán" en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2006.

HABERMAS, Jürgen, *Entre naturalismo y religión*, Barcelona, Paidós, 2007.

HART, H.L.A. *El concepto de derecho*, Traducción de G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.

HOBBS, Thomas, *Leviatán*, 11ª reimp., México, FCE, 2001.

HOYOS, Arturo, *Debido proceso y democracia*, Porrúa, México, 2006.

HUERTA Ochoa, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, 3ª. ed. México, UNAM, 2010.

IHERING, Rudolf Von, *La lucha por el derecho*, 6ª. Ed., México, Porrúa, 2010.

ISLAS Montes Roberto, "Sobre el principio de legalidad", en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, año XV, Montevideo, 2009.

KELSEN, Hans, *¿Qué es la justicia?*, 16 reimp., México, Fontamara, 2004.

LE FUR *et al.*, *Los fines del derecho. Bien Común, Justicia, Seguridad*, México, Editorial Jus, 1958.

LEGAZ Lacambra, Luis, *Filosofía del derecho*, 5 ed. Barcelona, Ed. Bosch, 1979.

LUCAS Verdú, Pablo, *La lucha por el Estado de Derecho*, Publicaciones del real colegio de España, Bolonia, 1975.

LUIS Vigo, Rodolfo, "Aproximaciones a la seguridad jurídica", en *Seguridad Jurídica en el sistema democrático*, Penagos López, Pedro Esteban, Tirant lo Blanch, México, 2014.

LUIS Vigo, Rodolfo. "Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias", en *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado Constitucional*, México, tomo IV, volumen 2, UNAM, 2015.

MAPELLI, Borja, "Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas", en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, no. 8, 2006.

MARABOTTO Lugaro, Jorge, *Un derecho humano esencial: El acceso a la justicia*, Anuario de derecho constitucional latinoamericano, Fundación Konrad Adenauer, Uruguay, 2003.

MERINO Herrera Joaquín y Roberto A. OCHOA, *Fundamento y sentido de los criterios de oportunidad*, INACIPE, México, 2015, p.p. XXI, XXII.

PECES-BARBA, Gregorio, "La Constitución y la seguridad jurídica", *Claves de razón práctica*, Madrid, No. 138, diciembre de 2003.

PELAYO Moller, Carlos María, "Los derechos del imputado (excepto prohibición de la tortura) Artículo 20, apartado B, fracciones II a IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", en FERRER Mac-Gregor, Eduardo (coord.) *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, SCJN-UNAM-Fundación Konrad Adenauer, 2013, T. II.

PEÑA Neder, Juan Iván, *El proceso del poder*, 3ª. Ed., México, NOCTUA, 2016.

PÉREZ Jaraba, María Dolores, "Los derechos fundamentales como normas jurídicas materiales en la teoría de Robert Alexy", *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, No. 24, 2011.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, "La seguridad jurídica: Una garantía del derecho y la justicia", *Boletín de la facultad de derecho*, No. 15, 2000.

PÉREZ Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, 11ª ed., Tecnos, 2017.

PISARELLO, Gerardo, "Globalización, Constitucionalismo y Derechos" En Carbonell, Miguel, *Estado Constitucional y Globalización*, 2ª. ed, México, Porrúa, 2003.

POLO, Luis Felipe, *Fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, 3ª ed., Grandes Ediciones, Lima, 2013.

PRIETO Sanchís, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987.

RAMÍREZ Mazlum, Héctor Abraham, *La CNDH y el derecho al acceso a la información*, CNDH, México, 2009.

RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, 9ª. reimp., México, Fondo de cultura económica, 2012.

RECASENS Siches, Luis, *La finalidad en el derecho*, Humanitas, Anuario del centro de estudios humanísticos, Universidad de Nuevo León, año II, N. 2.

REYNOLDS, Susan, *Fiefs and Vassals: The medieval evidence reinterpreted*, Oxford, New York, 2001.

RODRÍGUEZ Moreno, Alonso, *Origen, Evolución y Positivización de los Derechos Humanos*, México, CNDH, 2011.

- SALINAS Garza, Juan Ángel y Luis Gerardo RODRÍGUEZ LOZANO, *El debido proceso en el Estado Constitucional de derecho*, Ed. Novum, México, 2016.
- SÁNCHEZ Morón Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1994.
- SOBERANES Fernández, José Luis, *Sobre el origen de las declaraciones de derechos humanos*, México, UNAM, 2009.
- STRAUSS, Leo, *Natural right and history*, Chicago, University of Chicago Press, 1992.
- TARUFFO, Michele, *Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de derecho procesal*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- VADO Grajales, Luis Octavio, "Medios alternativos de resolución de conflictos", en Cienfuegos Salgado, David *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano, Estudios de derecho público y política*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2016.
- VALADÉS, Diego, *El control del poder*, 3ª. ed., México, Porrúa, 2006.
- VALLS, Sergio y Carlos MATUTE, *Nuevo derecho administrativo*, 2ª. Ed., México, Porrúa, 2004.
- VILLEY, Michel, *Compendio de filosofía del derecho*, Ediciones Universidad de Navarra S. A., Pamplona, 1979.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, 11ª. Ed., Madrid, Trotta, 2016.
- ZWEIGERT, Konrad y Hein KÖTZ. *Introducción al derecho comparado*, trad., de Arturo Aparicio Vázquez, México, Oxford, 2002.

RECURSOS ELECTRÓNICOS

Libros y artículos.

- ABELLAN, Joaquín, "Liberalismo alemán del siglo XIX: Robert VON Mohl", en *Revista de estudios políticos*, (Nueva época) No. 33, Mayo-Junio 1983
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/26740.pdf>.

AGUILAR Morales, Luis María, *Conferencia: Seguridad Jurídica*, 94 Asamblea Convención Nacional del Instituto Mexicano de Contadores Públicos, 27/10/2017. <https://www.eluniversal.com.mx/nacion/seguridad/jueces-imparciales-dan-paz-social-dice-aguilar>.

AL HUSSEIN, Zeid Ra'ad, http://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf.

ALEXY, Robert, "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", en *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional*, número 11, enero-junio 2009, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>.

ÁLVAREZ de Lara, Rosa María, *Panorama de las garantías individuales en las constituciones mexicanas del siglo XIX*, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2289/5.pdf>.

ANDRADE Sánchez, Eduardo, *La reforma constitucional en el congreso de la unión*, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/155/6.pdf>.

ÁVALOS Tenorio, Gerardo, *Actualidad del concepto de Estado de Hegel*, *Revista Argumentos*, Vol. 23, No. 64, México, sep.-dic. 2010. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-57952010000300001#notas.

BERLÍN, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza editorial, 1993, http://terras.edu.ar/biblioteca/10/10FP_Berlin_Unidad_3.pdf.

BONILLA López, Miguel, *Tribunales, territorio y acceso a la justicia*, 2001, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/92/14.pdf>.

BORJA Martínez, Francisco, *Reforma constitucional para dotar de autonomía al banco de México*, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/230/4.pdf>.

BUSTAMANTE Alarcón, Reynaldo, *El derecho fundamental a un proceso justo*, Instituto solidaridad y derechos humanos, http://www.isdeh.org/pdf/El_derecho_fundamental.pdf.

BUSTAMANTE Rúa, Mónica María, *La garantía de la presunción de inocencia y el estándar de prueba de más allá de toda duda razonable*, <https://www.ijf.cjf.gob.mx/cursososp/2015/diploNSJPsociedad/material/La%20garantia%20de%20presuncion%20de%20inocencia%20y%20el%20estandar%20de%20prueba.pdf>.

CADAVID Guerrero, Iván Andrés, "La justicia en el marco del Estado Griego", en *Revista Ratio Juris*, Vol. 7, No. 15, Julio-Diciembre 2012, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4277881.pdf>

CARBONELL, Miguel, *Formalidades esenciales del procedimiento*, http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Formalidades_esenciales_del_procedimiento.shtml.

CARDONA Restrepo, Porfirio, "Poder político, contrato y sociedad civil: De Hobbes a Locke", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 38, No. 108, Medellín, Enero-Junio de 2008, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2675190.pdf>

CARRILLO A., Ramiro, *El derecho-garantía de no declarar contra uno mismo: Prohibición de autoincriminación*, La gaceta jurisprudencial. Sentencias constitucionales y autos supremos de Bolivia, 2018, <http://www.anconconsultores.com.bo/el-derecho-garantia-de-no-declarar-contra-uno-mismo-prohibicion-de-autoincriminacion/>

CERÓN Grajales, Russell y Leal Sáenz, Juan Enrique, *Poder político y derecho en la teoría marxista. Un enfoque Crítico-estructuralista*, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2264/7.pdf>.

DE ZAN, Julio, *Para leer la filosofía del derecho de Hegel*, Revista Tópicos, No. 18, Santa Fe, jul-dic. 2009. http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1666-485X2009000200003.

ESCAMILLA Cadena, Alberto, "Las transformaciones del presidencialismo en el marco de la reforma del estado en México", en *Polis*, no. 2, vol. 5, México, jul-dic 2009. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-23332009000200002&lang=pt.

ESSER, Joseph, citado en SANTOS, José Antonio, "Sobre normas y principios en la doctrina alemana", 2008, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/ars-iuris/article/download/2642/2481>.

FARALLI, Carla, *La filosofía jurídica actual. De los años setenta a fines del siglo XX*, <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/viewFile/ANDH0202110133A/20958>.

FERNÁNDEZ Peychaux, Diego, "John Locke: Las posesiones o los derechos políticos como garantía de la libertad", en *Revista Colección*, no. 20, 2009, <http://erevistas.uca.edu.ar/index.php/COLEC/article/view/826>.

FRIENDLY, Henry, "Some kind hearing", *Law review*, University of Pennsylvania, 1975, https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=5317&context=penn_law_review

FUENTES, Claudia, *Montesquieu: "Teoría de la distribución social del poder"*, *Revista de ciencia política*, Santiago, vol. 31, no. 1, 2011,

https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-090X2011000100003.

GABRIEL, Silvia, "Un panorama actual de la discusión en torno al *Leviatán* de Thomas Hobbes", en *Lecciones y Ensayos*, No. 86, 2009, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/lecciones-ensayos/article/view/13799/12313>

GARCÉS Luis y Conrado ZULUAGA, La Justicia Aristotélica: Virtud moral para el discernimiento de lo justo, *Indivisa, Boletín de Estudios e Investigación*, Madrid, 2014, No. 14, <file:///C:/Users/Profesores/Downloads/Dialnet-LaJusticiaAristotelica-4785290.pdf>.

GARCÍA Amado, Juan Antonio, *Ponderación y subsunción. Métodos intercambiables*, <https://www.garciamado.es/2014/06/ponderacion-y-subsuncion-metodos-intercambiables/>

GARCÍA Bartolo, Moisés Sinuhé, "Las reformas electorales a nivel federal en México", en *El cotidiano*, no. 166, marzo-abril 2011, Universidad Autónoma Metropolitana, <http://www.redalyc.org/pdf/325/32518423009.pdf>.

GARCÍA Ramírez, Sergio, El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 39, no. 117, México, sep-dic 2006, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332006000300002.

GIMÉNEZ, Gilberto, "La discriminación desde la perspectiva del reconocimiento social", En *Revista de investigación social*, no. 1, año I, verano de 2005, México D. F. UNAM-Instituto de investigaciones sociales. <http://ru.iis.sociales.unam.mx/bitstream/IIS/5259/1/03gimenez.pdf>.

GÓMEZ Lara, Cipriano, *El debido proceso como derecho humano*, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1968/17.pdf>.

GÓMEZ Robledo, Antonio, *Fundadores del derecho internacional*, México, UNAM, 2016, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/383/7.pdf>.

GONZÁLEZ Casanova, José Antonio, *La idea de Constitución en Karl Loewenstein*, <https://es.scribd.com/doc/58663478/Teoria-de-La-Constitucion-karl-Loewenstein>

GOZAÍN, Osvaldo, "El Debido Proceso Sustancial y las Garantías necesarias para la Seguridad Jurídica", *Revista del colegio de abogados de la ciudad de buenos aires*, <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=27552&print=2>.

GUASTINI, Ricardo, "Releyendo a Hart", en *Doxa Cuadernos de filosofía del derecho*, No. 37, 2014, www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/releyendo-a-hart/

GUTIÉRREZ Parada, Óscar, Formas de terminación anticipada en el procedimiento penal acusatorio, Secretaría técnica del consejo de coordinación para la implementación del sistema de justicia penal, SEGOB, Gobierno Federal, <https://www.ijf.cjf.gob.mx/Penal/biblioteca/4alternatividad/Formas-de-terminaci%C3%B3n-anticipada-en-el-procedimiento-penal-acusatorio.pdf>.

LEDESMA Uribe, José de Jesús, "La defensa de los derechos humanos en Roma. El defensor de la ciudad en derecho romano", en *Revista de la facultad de derecho de México*, Tomo LXII, No. 258, Julio-Diciembre 2012, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/29124/26275>

LEGAZ y Lacambra, Luis, "El estado de Derecho", *Revista de administración pública*, Madrid, No. 6, 1951, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2111840>.

LORENZO Cadarso, Pedro-Luis, "Principales teorías sobre el conflicto social", en *Norba* 15, Cáceres 2001, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/241031.pdf>.

MÁRQUEZ Cárdenas, Álvaro E, "La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria", *Prolegómenos-derechos y valores*, Colombia, Vol. X, núm. 20, julio-diciembre, 2007, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87602012>.

MÁRQUEZ Rábago, Sergio R., *Estado de Derecho en México*, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2990/13.pdf>

MARTÍNEZ Cinca, Carlos Diego, *La escuela de Chicago Richard Posner y el enfoque economicista de la justicia* https://www.academia.edu/30206940/LA_ESCUELA_DE_CHICAGO_Segunda_Parte_Richard_Posner_y_el_enfoque_economicista_de_la_justicia.

MARX, Karl, Crítica del programa de Gotha, <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1870s/gotha/gothai.htm>

MASSON, Victoria, *Why has there only been one King John?*, <https://www.historic-uk.com/HistoryUK/HistoryofEngland/Why-Only-One-King-John/>.

MONTES, Leónidas, "De la tolerancia, su concepto y una posible relación con el nombre general de propiedad en John Locke", *Revista de Ciencia Política*, Vol. XXIV, No. 2, 2004. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-090X2004000200008.

MONTESQUIEU, Charles, *El espíritu de las leyes*, trad. de Siro García del Mazo, Madrid, Librería General de Victoriano Suarez, 1906, <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/espírituDeLasLeyesT1.pdf>.

MONTOYA Ramos, Isabel, El principio *ne bis in ídem* a la luz de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Criminogénesis*, No. 10, junio de 2013, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/34.pdf>.

MORESO Mateos, José Juan, “Cinco diferencias entre Bentham y Austín”, en *Anuario de Filosofía del Derecho* VI, 1989, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1985343.pdf>.

OHERING, Chris, *King Henry II*, <https://www.historic-uk.com/HistoryUK/HistoryofEngland/King-Henry-II-of-England/>

OTERO Parga, Milagros, “La arbitrariedad”, *Anuario de filosofía del derecho*, 1995, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142314.pdf>.

PACHECO Gómez, M., *Los derechos humanos documentos básicos*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2000, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/17.pdf>.

PAOLI Bolio, José Francisco, *Constitucionalismo en el siglo XXI. A cien años de la aprobación de la Constitución de 1917*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2016, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4426/13.pdf>

PÉREZ Boga, Julio Ransés, “Séneca y la justicia tributaria tardía”, en *El País*, 22-Dic-2012, https://elpais.com/sociedad/2012/12/22/actualidad/1356205021_396688.html.

PÉREZ Jaraba, María Dolores. “Principios y reglas: Examen del debate entre R. Dworkin y H. L. A. Hart”, *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 10/2010 (Segunda Época) ISSN 1576-124X. Universidad de Jaén (España), <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/viewFile/543/485>.

PÉREZ Johnston, Raúl, Artículo 16, Actos de molestia, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2013, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/13.pdf>.

PÉREZ Ragone, Álvaro J., “*Writ* y *Actio* en el Surgimiento y la Configuración del Proceso Civil Inglés Medieval”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, No. 29, 2007. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552007000100008.

- PHILLIPS, Stephen, "Detención, alternativas a la detención y deportación", *Revista Migraciones forzadas*, No. 44, Octubre 2013, <https://www.fmreview.org/es/detencion/phillips-s>.
- QUINTANILLA Navarro, Myriam, *Naturaleza del derecho de audiencia*, <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/naturaleza-derecho-audiencia-37756431>.
- RÁBAGO Dorbecker, Miguel, *Derechos de propiedad Art. 27 Constitucional y art. 21 convencional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Suprema Corte de Justicia de la Nación-Fundación Konrad Adenauer, 2013, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/39.pdf>.
- RIVERA Sotelo, Aída Sofía, *El utilitarismo de Jeremy Bentham ¿fundamento de la teoría de León Walras?*, Cuadernos de Economía, Volumen 30, No. 55. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/ceconomia/article/view/28223/31725>.
- RODRÍGUEZ Gómez, Edgardo, "La idea del derecho en la filosofía jurídica de Gustav Radbruch", *Universitas. Revista de filosofía, derecho y política*, No. 6, Julio 2007, <http://universitas.idhbc.es/n06/06-03.pdf>.
- RODRÍGUEZ Paniagua, José M., *Rudolf Von Ihering*, <file:///C:/Users/Profesores/Downloads/Dialnet-RudolfVonIhering-142123.pdf>.
- RODRÍGUEZ Puerto, Manuel Jesús, <http://www.teoriadelderecho.es/2012/03/santo-tomas-de-aquino.html>.
- RUIZ Manero, Juan. "Bobbio y el positivismo", en *Revus*, No. 26, 2015. <https://journals.openedition.org/revus/3324>.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, "Humberto Ávila: Teoría de los principios" en *Persona y Derecho*, vol. 64, 2011, <https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/persona-y-derecho/article/viewFile/5122/4431>.
- SANTOFIMIO Gamboa, Jaime Orlando, *León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del derecho en las bases del concepto del servicio público*, Revista digital de derecho administrativo, No. 5, primer semestre 2011, <file:///C:/Users/Jes%C3%BAs/Downloads/DialnetLeonDuguitYSuDoctrinaRealistaObjetivaYPositivaDeD-5137201.pdf>
- SAYEG Helú, Jorge. *Las bases orgánicas de 1843*, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1987, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3434/19.pdf>.
- SERRANO, Enrique, "La teoría aristotélica de la justicia", en *Isonomía*, No. 22, México, 2005, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182005000100006

SOBERANES, José Luis, “Retos y perspectivas actuales en materia de derechos humanos”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, número conmemorativo, sexagésimo aniversario, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4081/5251>.

SÓFOCLES, *Antígona*, 422 a.c., <https://dramaticas.una.edu.ar/assets/files/file/artes-dramaticas/2014/2014-ad-una-cpu-2015-texto-antigona-sofocles.pdf>.

TAMAYO Valenzuela, José Alberto, *La teoría del derecho de H. L. A. Hart*, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/viewFile/28595/25860>.

TREJO, Zulema, “Estatuto Provisional del Imperio Mexicano: su aplicación al gobierno departamental sonorense, 1865-1866”, en *Región y Sociedad*, Hermosillo, Vol. 19, No. 40, Sep-Dic., 2007, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-39252007000300007.

UGARTE, José Joaquín, “La ley natural”, *Revista chilena de derecho*, Vol. 6, No. 5-6, 1979, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649312>

ULPIANO, citado por Miguel Ángel MERCADO MORALES en “La presunción de inocencia como derecho fundamental”, *Hechos y derechos*, Octubre 2015, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/7322/9258>.

VALADÉS, Diego, “La no aplicación de las normas y el estado de derecho”, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, enero, 2002, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index/php/derecho-comparado/article/view>

VALLS Hernández, Sergio A., “El derecho humano a juez independiente e imparcial”, *El derecho mexicano contemporáneo retos y dilemas: Estudios en homenaje a César Esquinca Muñoa*, Universidad Autónoma de Chiapas, México, 2012, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3228/36.pdf>.

Páginas web.

Amnistía Internacional, *Falsas sospechas: Detenciones arbitrarias por la policía en México*, Londres, 2017, <https://www.amnesty.org/download/Documents/AMR4153402017SPANISH.PDF>

Assemblée Nationale, Constitution de la République Française, http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp#titre_8.

Bill of Rights (1689), https://www.law.gmu.edu/assets/files/academics/founders/English_BillofRights.pdf.

Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=343.

Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, P. 81, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf.

Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_119_esp.pdf.

Código Nacional de Procedimientos Penales, <http://www2.scjn.gob.mx/Penal/Anexo/CodNalProcPenales.pdf>.

Constitución de Apatzingán, http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const-apat.pdf.

Constitución Española, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>.

Convenio europeo de derechos humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América (1776), <http://hmc.uchbud.es/Materiales/DeclaraUSA.pdf>.

Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf.

Diccionario de la Real Academia Española, <http://dle.rae.es/?id=3QAUXFg>.

Enciclopedia británica, <https://www.britannica.com/topic/discovery-law>.

European Court of Human Rights, Convenio Europeo de Derechos Humanos, pp. 9-10, https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, http://www.gesetze-im-internet.de/gg/art_1.html.

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, http://www.gesetze-im-internet.de/gg/art_104.html.

Grupo de trabajo sobre la detención arbitraria (GTDA): Hallazgos preliminares de la visita a la Argentina (8 al 18 de mayo de 2017).
<https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21636&LangID=S>.

Habeas Corpus Amendment Act (1679),
<https://lecturasddhh.files.wordpress.com/2016/09/habeas-corporis-amendment-act-1679.pdf>.

<http://dle.rae.es/?id=TdX1luM>

<http://museodelasconstituciones.unam.mx/1917/wp-content/uploads/1814/10/22-octubre-1814-Decreto-Const.-para-la-Libertad-de-la-Amer-Mex.pdf>.

http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1824.pdf.

http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1836.pdf.

http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/reformas-1847.pdf.

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_270818.pdf.

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf

http://www.englishmonarchs.co.uk/plantagenet_3.htm

<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1843.pdf>.

<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1865.pdf>.

<http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110810104618492>.
<https://biblia.com/bible/niv/Rom%2013>

<https://www.biblegateway.com/passage/?search=Romanos+13&version=RVR1960>

<https://www.bibliacatolica.com.br/la-biblia-de-jerusalen/mateo/16/>

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>.

<https://www.britannica.com/topic/assize>.

<https://www.loc.gov/exhibits/magna-carta-muse-and-mentor/executive-power.html>

[https://www.unav.edu/departamento/constitucional/files/file/Derecho%20constitucional/Declaracion%20de%20derechos%20de%20Virginia%20\(1776\).pdf](https://www.unav.edu/departamento/constitucional/files/file/Derecho%20constitucional/Declaracion%20de%20derechos%20de%20Virginia%20(1776).pdf)

INEGI, Encuesta Nacional de Seguridad Pública Urbana (junio 2018), http://www.beta.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2018/ensu/ensu2018_07.pdf.

Institute Français d'Information Juridique, Code de procédure civile, p. 9, http://codes.droit.org/CodV3/procedure_civile.pdf.

Justia US law, <https://law.justia.com/constitution/us/amendment-14/04-due-process-of-law.html#fn-66>.

Justia US Supreme Court, *Hurtado* v. *California*, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/110/516/>

Justia US Supreme Court, *Mugler* v. *Kansas*, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/123/623/>.

La Constitución de los Estados Unidos de América 1787, National archives, <https://www.archives.gov/espanol/constitucion>.

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, <http://www.elysee.fr/la-presidence/la-declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen/>.

LE CLERCQ Ortega, Juan Antonio y Gerardo RODRÍGUEZ Sánchez Lara (coord.), Índice Global de Impunidad México. La impunidad subnacional en México y sus dimensiones IGI-MEX 2018, UDLAP, México, 2018, pp. 7, 8 y 9, https://www.udlap.mx/igimex/assets/files/2018/igimex2018_ESP.pdf.

Legal information institute, *Davidson* v. *Nueva Orleans*, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/96/97>.

Legal information institute, *Goldberg* v. *Kelly*, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/397/254>

Legal information institute, *Munn* v. *Illinois*, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/94/113/>.

Legal information institute, *Slaughter-House* Cases, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/83/36>.

Ley de Migración, México, 2018, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LMigra_120718.pdf.

OCDE/CAF/CEPAL (2018), *Perspectivas Económicas de América Latina 2018. Repensando las instituciones para el desarrollo*, Editions OCDE, París. P. 256, https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43513/1/LEO2018_es.pdf.

Petition of Right (1628), <https://www.britannica.com/topic/Petition-of-Right-British-history>.

Rechtsstaatlichkeit und faires verfahren: Das konzept der rechtsstaatlichkeit in demokratischen gesellschaften das faire verfahren – kernelement der rechtsstaatlichkeit die elemente eines fairen verfahrens, pp. 202, 203, http://www.etc-graz.at/typo3/fileadmin/user_upload/ETC-Hauptseite/manual/versionen/deutsch-2.aufgabe/MRe_verstehen_Rechtsstaatlichkeit.pdf.

Tribunal Constitucional de España, Sentencia 50/1982, <http://hj.tribunalconstitucional.es/pt/Resolucion/Show/92>.

Us legal, <https://definitions.uslegal.com/r/rule-of-decision/>

Tesis y jurisprudencias.

1ª./J. 21/2004, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Primera Sala, Tomo XX, Julio de 2004, https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1000000000&Apendice=10000000000000&Expresion=1a.%2FJ.%252021%2F2004&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=2&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=181222&Hit=2&IDs=2013953,181222&tipoTesis=&Semenario=0&tabla=&Referencia=&Tema=

CLXXII/2013 (10a.). Primera Sala. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XX, Mayo de 2013, Pág. 535, <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2003/2003544.pdf>.

I.10º.P.J/7, Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo XXII, Agosto de 2005, pág. 1630, https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1000000000&Apendice=10000000000000&Expresion=inculpado%2520su%2520negativa%2520a%2520declarar&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=9&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=177603&Hit=8&IDs=2013459,2003957,2003257,168190,168074,168073,172760,177603,190309&tipoTesis=&Semenario=0&tabla=&Referencia=&Tema=

I.8o.C.13 K. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo III, Junio de 1996, Pág. 845, <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/202/202098.pdf>.

Pleno. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XX, mayo de 2013, Pág. 191, <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2003/2003572.pdf>.

Pleno. Novena Época. Apéndice 1917-septiembre 2011. Tomo I. Constitucional 3. Derechos Fundamentales Primera Parte - SCJN Décima Segunda Sección - Debido proceso, Pág. 1110, <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/1011/1011466.pdf>.

Pleno. Octava Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Núm. 53, mayo de 1992, Pág. 34, <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/205/205679.pdf>.

Tesis 1ª. CCCXCVII/2014 (10a), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo I, p. 718, [https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1000000000&Apendice=10000000000000&Expresion=2007985&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2007985&Hit=1&IDs=2007985&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema=.](https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1000000000&Apendice=10000000000000&Expresion=2007985&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2007985&Hit=1&IDs=2007985&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema=)

Tesis Aislada, Tribunales Colegiados de Circuito, Séptima Época, Semanario judicial de la federación, Volumen 205-216, sexta parte, enero de 1986, pág. 358, [https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/\(F\(VVONafK2571V3Q--KV_A_1h_gWCt4cj1NwqzdnAlgecrbWWBgvVmLSzf1sSiMkaRXeED-yFjOxNmv7QPc_5SvRIJehCZhCkzVhm3ZmboOSZz_BD4IQKa8QKV-R2D3qMQfAU6ZGGYJsX6SzkG-vXaSvp4T02V8lyf9nUQrqfWuMI1\)\)/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=247988&Clase=DetalleTesisBL&Semanario=0](https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/(F(VVONafK2571V3Q--KV_A_1h_gWCt4cj1NwqzdnAlgecrbWWBgvVmLSzf1sSiMkaRXeED-yFjOxNmv7QPc_5SvRIJehCZhCkzVhm3ZmboOSZz_BD4IQKa8QKV-R2D3qMQfAU6ZGGYJsX6SzkG-vXaSvp4T02V8lyf9nUQrqfWuMI1))/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=247988&Clase=DetalleTesisBL&Semanario=0).

Tesis CCCLXVII/2015 (10a), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 24, Noviembre de 2015, p. 989, [http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/\(F\(xVmXeU3BHguQiAS3uKhL4k_JRdowbP5KcOxA7aj09BR_Q3jGLAm8XMirf-AJXxafUOPidf-1YG5JWPvju0XInZszFyWqJxNTNn1-a-08DAz3Le9Zo9AnQ60iLcBPze-2A_yriBbJnuXpQ4J2ZUwZ-5mg8VC8wE_os7spdPQVZJ41\)\)/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2010506&Clase=DetalleTesisBL&Semanario=0](http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/(F(xVmXeU3BHguQiAS3uKhL4k_JRdowbP5KcOxA7aj09BR_Q3jGLAm8XMirf-AJXxafUOPidf-1YG5JWPvju0XInZszFyWqJxNTNn1-a-08DAz3Le9Zo9AnQ60iLcBPze-2A_yriBbJnuXpQ4J2ZUwZ-5mg8VC8wE_os7spdPQVZJ41))/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2010506&Clase=DetalleTesisBL&Semanario=0).

Tesis I.8o.P.12 P. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XIX, junio de 2004, Pág. 1471. <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/181/181274.pdf>.

Tesis XXI.1o.P.A. J/27, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIII, marzo de 2011, Pág. 2167.
<http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/162/162603.pdf>.

Tribunales Colegiados de Circuito. Séptima Época. Semanario Judicial de la Federación. Volumen 82, Sexta Parte, Pág. 24,
<http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/254/254190.pdf>.

Dirección General de Bibliotecas UAQ