

Ubi Societas Ibi Ius en Línea

VOLUMEN IV • AÑO III • ENERO - JUNIO 2025



CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
DE LA FACULTAD DE DERECHO

Ubi Societas Ibi Ius en Línea

Ubi Societas, Ibi Ius en Línea. Volumen V, número 1, año 2025, enero-junio 2025, es una publicación continua semestral, gratuita, financiada y editada por el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Secretaría de Investigación y Posgrado de la Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Chihuahua, México. (C. Escorza núm. 900, Col. Centro, Chihuahua, Chihuahua, México. C.P. 31000). Tel. (614) 4391500, ext. 4332 y 4330. Editor responsable: Dr. Eduardo Medrano Flores. Reservas de Derechos al Uso Exclusivo: 04-2023-063014014100-102 e ISSN 2992-8656 ambos otorgados por el Instituto Nacional de Derechos de Autor. E-mail principal: revista.ubi@uach.mx, e-mail secundario: cij@uach.mx. Periodicidad de dos veces al año. Esta publicación sigue una política de acceso abierto; no se realizan cargos por publicar ni acceder a los contenidos, que son descargables en PDF. Responsable de la última actualización de éste número, Centro de Investigaciones Jurídicas FD-UACH. Fecha de la última modificación: agosto de 2025.



Todos los contenidos de **Ubi Societas, Ibi Ius en Línea** se publican bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional, y pueden ser usados gratuitamente para fines no comerciales, dando los créditos a los autores y a la revista, como lo establece la licencia:





UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CHIHUAHUA



Mtro. Luis Alfonso Rivera Campos

Rector

C.P. Jesús Ignacio Rodríguez Bejarano

Secretario General

Dra. Ruth del Carmen Grajeda González

Directora de Extensión y Difusión Cultural

FACULTAD DE DERECHO

Mtro. César Eduardo Gutiérrez Aguirre

Director de la Facultad de Derecho

Dr. Eduardo Medrano Flores

Secretario de Investigación y Posgrado

Mtra. Maribel Peinado Machuca

Secretaria Administrativa

Mtro. Jesús Alberto Esparza Rosales

Secretario Académico

Mtro. Rogelio Ángel Cuéllar Salasplata

Secretario de Extensión y Difusión Cultural

Mtro. Héctor Iván Celestín García

Secretario de Planeación y Desarrollo Institucional

Centro de Investigaciones Jurídicas

Misión

Investigar fenómenos jurídicos en la búsqueda del desarrollo integral de los ciudadanos, aportando conocimiento experto derivado de la confrontación de ideas, estudios y opiniones con estricto orden y excelencia académica.

Visión

Somos pilar del desarrollo integral de la sociedad, generando estudios que aportan soluciones a los problemas jurídicos, políticos y sociales que aquejan a la comunidad en una estrecha vinculación con la misma.

Se cuenta con una planta de investigadores altamente capacitados y comprometidos con la construcción de un orden jurídico justo y eficaz y con instalaciones modernas y equipadas que nos permiten desempeñar eficientemente nuestras funciones, gracias a ello somos el asesor natural de instituciones públicas y privadas difundiendo la cultura jurídica en los ámbitos nacional, estatal y municipal.

PRESENTACIÓN

Ubi Societas Ibi Ius en Línea es una revista de investigación de publicación semestral con contenidos de interés académico. Publicada en Chihuahua, México y editada por el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua.

Dirigida a las y los alumnos, docentes, profesores e investigadores nacionales e internacionales, con el objetivo de ser un recurso que ofrezca alta calidad académica.

El contenido son artículos de investigación estrictamente originales y legibles, arbitrados de parte de nuestro panel de dictaminadores.

Dicho panel está debidamente descrito en la revista y se hace mención del nombre y de la institución a la que pertenecen.

Enfoque y alcance. *Es una revista de divulgación científica y de creación de conocimiento dirigida a docentes, alumnos de posgrado, investigadores y profesionales en el área jurídico-social.*

Se aceptarán colaboraciones de investigadores procedentes de cualquier instituto o país siempre y cuando sus trabajos sean originales, inéditos y resultado de una investigación y labor personal.

La revista se guarda el derecho de publicación. La cobertura temática es: derecho privado, derecho público, derecho social, derecho internacional y estudios sociológicos, así como Teoría del Derecho, Filosofía del

Derecho, Historia del Derecho, Sociología Jurídica, Derechos Humanos, Derecho Constitucional y Política.

Aviso de derechos de autor/a. *El autor firmará y enviara una Carta de Postulación con copia de identificación oficial; por la cual el(los) autor(es) otorga(n) a Ubi Societas Ibi Ius en Línea el consentimiento para editar, reproducir y publicar la obra. Los aspectos antes mencionados se llevarán a cabo sin fines de lucro y libres de cargo o regalías.*

Los derechos morales y patrimoniales de las obras quedan en el dominio de los autores, estos solamente ceden el derecho a la publicación de estas. Por lo que una vez culminada la publicación en la revista, el autor tiene plena libertad de uso del formato pdf que suministra el editor para su difusión pública en cualquier medio.

Consejo editorial.

Editor en Jefe: *Dr. Eduardo Medrano Flores, Secretario de Investigación y Posgrado, Universidad Autónoma de Chihuahua, México.*

Asistente editorial: *Dra. Lila Maguregui Alcaraz, Universidad Autónoma de Chihuahua, México. (Candidata a SNII)*

Editores adjuntos:

Dra. Claudia Patricia González Cobos, Universidad Autónoma de Chihuahua, México.

Dr. Jesús Javier Herrera Gómez, Universidad Autónoma de Chihuahua, México. (SNII Nivel 1)

Secretario del comité editorial: *Dr. Roberto Aude Díaz, Universidad*

Autónoma de Chihuahua, México. (Candidato a SNII)

Editores asociados: *Dra. Imelda Guadalupe Alcalá Sánchez, Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de Chihuahua, México.*

Procesos técnicos: *Mtro. Adolfo Rico Vázquez, Titular del Centro de Investigaciones Jurídicas en la Sria. De Investigación y Posgrado-FD, Universidad Autónoma de Chihuahua, México.*

Comité científico.

Dr. Luis Gerardo Ortiz Corona, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Chihuahua, México. (Candidato a SNII)

Dr. Jaime Ernesto García Villegas, Universidad Autónoma de Chihuahua, México. (SNII Nivel 1)

Dra. Alicia Ramos Flores, Universidad Autónoma de Chihuahua, México. (Candidata a SNII)

Dr. Isaac Marcelo Basaure Miranda, Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Argentina.

Breves instrucciones para publicación. *No se hacen cargos por realizar la publicación. Ubi Societas, Ibi Ius en Línea se une a la iniciativa del acceso abierto, por lo que todos los contenidos se publicarán bajo una licencia de creative commons reconocimiento-nocomercial 4.0 internacional.*

Como parte del proceso de envío, los autores/as están obligados a comprobar que cumpla con: adhesión a los requisitos estilísticos y bibliográficos resumidos en los Lineamientos Editoriales para publicaciones en la Revista Ubi Societas Ibi Ius.

No se debe agregar su nombre o alguna identificación en el cuerpo del texto, de lo contrario será suprimido para ser enviado a evaluación.

Los envíos no deben haber sido publicados previamente ni se ha sometido a consideración por ninguna otra revista (o se ha proporcionado una explicación al respecto en los Comentarios al editor/a).

La revista no suspende la recepción de manuscritos en ningún periodo por ninguna razón, una vez cerrada las fechas de la convocatoria, se seguirán recibiendo artículos que serán publicados en el siguiente número.

El título tendrá 12 palabras máximo, un resumen de no más de 100 palabras en el que se describa brevemente el método, objetivo y desarrollo de los capítulos. Así como un mínimo de 5 hasta un máximo de 7 palabras clave. Además de su abstract y keywords.

Contacto

Equipo Ubi Societas Ibi Ius en Línea soporte técnico:

E-mail
principal: revista.ubi@uach.mx

E-mail secundario: cij@uach.mx

Política de autoría y contribución.

La autoría debe limitarse a aquellos que han hecho una contribución significativa a la concepción, diseño, ejecución o interpretación del estudio.

Todos aquellos que han hecho contribuciones significativas deben aparecer como coautores.

El/la o los/las autoras y autores principales deben asegurar que todos los (máximo 3) coautores se incluyan en el artículo, y que todos han visto y aprobado la versión final del documento y han acordado su presentación para su publicación.

Por lo que, en los artículos de investigación en coautoría, deberá incluirse un párrafo breve en el que se especifiquen sus contribuciones individuales al final del artículo.

(Ej.: conceptualización, metodología, software, validación, análisis formal, investigación, recursos, conservación de datos, redacción-redacción del borrador original, redacción-revisión y edición, visualización, supervisión, administración del proyecto, obtención de financiación).

Esta porción se encuentra disponible en la plantilla.

Autor de correspondencia. Es aquel que asegura que los demás autores reciban y estén de acuerdo con la versión final del manuscrito a ser enviado, así como toda la correspondencia subsiguiente con los editores y los evaluadores.

Es responsable de adecuar el artículo a las normas de la revista, así como asegurar que los datos sean preservados según las buenas prácticas en el área para ser recuperable para re-análisis; confirmar que los datos presentados reflejen con precisión el original; y prever y minimizar obstáculos para el intercambio de datos y materiales descritos en el trabajo de acuerdo con todos los autores.

Política de preservación digital. Se establece la preservación digital como responsabilidad y compromiso de todo el personal implicado del Centro de Investigaciones Jurídicas perteneciente a la Secretaría de Investigación y Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua en su gestión editorial.

Por lo que se han establecido métodos de preservación digital, asegurando el contenido intelectual de los documentos electrónicos de archivo, por largos periodos de

tiempo, manteniendo su integridad, autenticidad, inalterabilidad, originalidad, fiabilidad y accesibilidad de cada uno de los recursos de información publicados de forma oficial. Rigiéndose por:

El almacenamiento de los recursos digitales con sumo cuidado.

El uso de estrategias de preservación como el rejuvenecimiento, la migración, la preservación de la tecnología y la arqueología digital; con las evaluaciones pertinentes para comprobar la eficacia de las mismas. Encapsulado de la información preservada junto con metadatos descriptivos.

Disponibilidad de contenidos retrospectivo. Ubi Societas Ibi Ius en Línea permite el acceso a números y documentos en texto publicados desde sus inicios. Es una publicación exclusivamente electrónica.

Declaración de privacidad. El autor, al enviar los trabajos a la Revista, acepta recibir la comunicación sobre el estado del envío, revisión, publicación y la aceptación o rechazo de la publicación de su obra, así como recibir comunicación de la invitación a ser evaluador de la Revista.

Los trabajos rechazados serán eliminados del sistema, y no se pondrán a disposición de terceros ni serán usados para ningún propósito.

Los correos electrónicos y los nombres introducidos en este sitio, necesarios para ser una revista científica de impacto, se utilizarán exclusivamente para publicar la Revista y no se usarán con ninguna otra finalidad. Debe tener en cuenta que los datos introducidos son para su comunicación pública.

Política de evaluación por pares académicos. Una vez recibidos, los artículos serán sometidos a una revisión preliminar por parte del

Consejo Editorial el cual determinará si cumplen con los lineamientos, sólo aquellos manuscritos que se ajusten a dichos lineamientos serán sometidos al proceso de evaluación.

Posteriormente el Comité Editorial de la Revista será el responsable de aprobar o no la publicación de los artículos. Para tomar esta decisión se apoyará en el resultado de la evaluación por pares académicos.

Cada artículo recibido es enviado de manera anónima a dos árbitros, quienes emiten sus dictámenes, también de manera anónima.

En caso de haber discordancia entre los árbitros, el texto se envía a un nuevo árbitro.

Apenas recibidos, dichos dictámenes se hacen del conocimiento de los autores a través de la Coordinación de Arbitrajes del Centro de Investigaciones Jurídicas, a fin de que lleven a cabo las correcciones señaladas o cubran debidamente las omisiones en la información.

Los trabajos aceptados serán sometidos a una revisión de estilo, por parte del CIJ, donde se buscará subsanar problemas de redacción, ortografía, citación y formato que no hayan sido detectados en el proceso de evaluación.

El manuscrito revisado por el corrector de estilo o editor será enviado al autor o autor de correspondencia para que dé su visto bueno.

En esta etapa los autores ya no pueden realizar cambios sustanciales.

Sobre la dictaminación. La revisión por pares académicos es la base de las decisiones relacionadas con la publicación en revistas científicas y la que determina la calidad de su contenido.

El proceso de dictaminación por pares académicos a doble ciego consiste en que la investigación presentada sea examinada por dos dictaminadores con especialización y/o experiencia en el tema central del artículo.

Se le denomina “doble ciego” cuando ni el autor ni el árbitro conocen al otro actor.

De este proceso se pueden derivar tres posibles resultados: publicable, no publicable y publicable con observaciones.

Cuando el trabajo haya sido revisado, el manuscrito con los dictámenes de los revisores se enviará a los autores para realizar las modificaciones pertinentes.

Si los dictaminadores emiten votos opuestos se llevará a cabo un tercer dictamen para emitir voto definitivo. El resultado del tercer dictamen es inatacable.

Se hace del conocimiento del público en general que los criterios de evaluación a considerar son:

- importancia del tema abordado;
- originalidad;
- impacto;
- diseño del estudio;
- estructura del escrito científico;
- claridad de la presentación.

Específicamente:

a).- Originalidad e importancia del tema.

b).- Planteamiento del problema.

c).- Fundamentación teórica suficiente.

d).- Existe una hipótesis o tesis.

e).- Existe una exposición sistematizada u ordenada del tema

que se apega a las Políticas editoriales para la revista.

f).- Análisis sustantivo del problema y solución planteada.

g).- Se propone una solución.

h).- Argumentación.

i).- Respaldo de la información, existen notas al pie de página.

j).- Referencias suficientes y pertinentes para dar sustento al trabajo.

En los pasajes de otro autor, deberá hacerse la oportuna aclaración, de lo contrario los autores pueden incurrir en situaciones tales como coincidencias o plagios.

Por lo que se utilizará la herramienta de servicio de detección de similitud de contenidos iThenticate de la empresa Turnitin, verificando la similitud de los manuscritos o trabajos contra contenido académico y científico de distintas fuentes como: bases de datos, revistas y libros académicos, publicaciones jurídicas, patentes, tesis, pre-prints, actas de conferencias y contenidos, sitios web, entre otros.

Aquellas citas de 40 palabras o más se escriben en párrafo aparte, con sangría, sin comillas, sin cursiva, con mismo tipo y tamaño de fuente.

Se hace un mínimo de 15 citas y al final de todas las citas se deberá citar la fuente al pie de la página, utilizando el formato MLA.

Siempre que sea posible, los autores deben proporcionar direcciones URL y DOI para las referencias.

Política de conflicto de intereses. Son aquellos intereses personales, académicos, políticos, económicos o comerciales que puedan influir en el

proceso de evaluación sesgada de una propuesta de publicación.

Por lo que recomendamos tanto a autores como revisores que comuniquen al Comité editorial aquellos posibles conflictos de interés que puedan influir en la aceptación o rechazo de cualquier comunicación científica.

Se tomará la decisión que considere más adecuada para evitar la presencia de conflictos de intereses en cualquier momento del proceso editorial.

Los autores deberán escribir un párrafo señalando la inexistencia de conflicto de intereses, en la publicación de estos resultados que se ubica al finalizar el artículo. Esta porción se encuentra disponible en la plantilla.

Buenas prácticas editoriales en igualdad de género. La revista está comprometida con las políticas de género que conducen a una igualdad real en nuestra sociedad entre mujeres y hombres mediante las siguientes acciones.

- Participación editorial. Esta revista persigue obtener un equilibrio en el porcentaje de mujeres y hombres que componen el Equipo Editorial, así como de las personas que realizan la revisión de los artículos

-Uso del lenguaje inclusivo. Recomendar el uso del lenguaje inclusivo en los artículos científicos, para ello se recomienda la consulta de la Guía para lenguaje no sexista elaborado por la Universidad de Granada (PDF).

- Sexo y género en la investigación. Se requerirá que se informe sobre si los datos de origen de la investigación tienen en cuenta el sexo, con el fin de

permitir la identificación de posibles diferencias.

Inclusión en el artículo del nombre completo de los/as autores/as de los trabajos que publica.

Se recomienda a este respecto la consulta de la Guía práctica para la inclusión de la perspectiva de género en los contenidos de la investigación (PDF).

Política de propiedad intelectual.

Las y los autores deben de firmar la carta de postulación brindada en la página oficial de la Facultad y remitir copia de su identificación oficial.

Todo artículo postulado para publicación debe ser original o inédito y no estar postulado para publicación simultáneamente en otras revistas u órganos editoriales.

Este será leído y evaluado por el Consejo Editorial, quien decidirá si el artículo debe pasar a la etapa de arbitraje, siempre y cuando cumpla con los presentes Lineamientos.

Los autores conservan los derechos morales y patrimoniales de sus obras.

Solamente otorgan a la revista la licencia de uso no exclusiva para la primera publicación de su trabajo.

Por lo tanto, posterior a la publicación los autores pueden realizar otros acuerdos contractuales independientes y adicionales para la publicación del artículo, reseña u otro texto originalmente publicado en Ubi Societas Ibi Ius en Línea o con modificaciones (incluido el título) siempre que indiquen claramente que el trabajo se publicó por primera vez en Ubi Societas Ibi Ius en Línea.

Panel de Arbitros

Mtro. Joaho Borgart Acosta
López, **Universidad**
Autónoma de Ciudad Juárez,
México.

Dr. Alejandro Agüero,
Universidad Nacional de
Córdoba, Argentina.

Dr. Jesús Aguilera Durán,
Universidad Autónoma de
Guerrero, México.

Dra. Elsa Marina Álvarez
González, **Universidad de**
Málaga, España.

Mtro. Jason Alexander Andrade
Castro, **Universidad del**
Externado de Colombia.

Dr. Jesús Arellano Gómez,
Universidad de Guanajuato,
México.

Dr. Federico José Arena,
Universidad Nacional de
Córdoba, Argentina.

Dr. Leandro Eduardo Astraín
Bañuelos, **Universidad de**
Guanajuato, México.

Dr. Roberto Aude Díaz,
Universidad Autónoma de
Chihuahua, México.

Dr. Juan Manuel Ávila Silva,
Universidad Autónoma de
Guerrero, México.

Dr. Santiago Agustín Bello
Paredes, **Universidad de**
Burgos, España.

Miembro ad honorem

Dr. Isaac Marcelo Basaure
Miranda, **Universidad**
Nacional de Lomas de
Zamora, Argentina.

Dra. Nuria Belloso Martín,
Universidad de Burgos,
España.

Dra. Patricia Guillermina
Benavides Velasco,
Universidad de Málaga,
España.

Dra. Constanza Blanco Barón,
Universidad Externado de
Colombia.

Dr. Federico Bueno de Mata,
Universidad de Salamanca,
España.

Dr. Lorenzo Mateo Bujosa
Vadell, **Universidad de**
Salamanca, España.

Dr. Luisa Fernanda Caldas
Botero, **Universidad**
Externado de Colombia.

Dra. María de Jesús Camargo
Pacheco, **Universidad de**
Sonora, Navojoa, México.

Dra. María Isabel Candelario
Macías, **Universidad Carlos**
III de Madrid, España.

Dra. Eloísa Carbonell Porras,
Universidad de Jaén, España.

Mtro. Carlos David Carrasco
Muro, **Consultor en el Centro**
Regional del Programa de
las Naciones Unidas para el
Desarrollo, Panamá.

Mtro. Alejandro Carrasco
Talavera, **Comisión Estatal de**
Derechos Humanos,
Chihuahua, México.

Dr. Juan Antonio Chinchilla
Peinado,
Universidad Autónoma de
Madrid, España.

Dr. Emilio Cortés Bechiarelli,
Universidad de
Extremadura, España.

Dr. María Carmen Crespo
Mora, **Universidad Carlos III**
de Madrid, España.

Dr. Eduardo De la Cruz Díaz,
Universidad Autónoma de
Guerrero, México.

Dra. Julia María Díaz Calvarro,
Universidad Carlos III De
Madrid, España.

Mtro. José Manuel Díaz Soto,
Universidad del Externado
de Colombia.

Dra. Rocío Diéguez Oliva,
Universidad de Málaga,
España.

Dr. Mohamed El-Madkouri
Maataoui, **Universidad**
Autónoma de Madrid,
España.

Dra. Sorily Figuera Vargas,
Instituto Jurídico Bartolomé
de las Casas en Valencia,
Venezuela.

Mtro. Fernando García-Moreno
Rodríguez, **Universidad de**
Burgos, España.

*Dr. Jaime Ernesto García Villegas, **Universidad Autónoma de Chihuahua, México.***

*Dra. María Eugenia Gastiazoro, **Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.***

*Dra. M. Isabel Garrido Gómez, **Universidad de Alcalá, España.***

*Dr. José María Goerlich Peset, **Universitat de València, España.***

*Dra. María Luisa Gómez Jiménez, **Universidad de Málaga, España.***

*Mtro. Andrés Gómez Rey, **Universidad del Rosario, Colombia.***

*Dr. Juan Manuel Gómez Rodríguez, **Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México.***

*Dr. Guillermo Rafael Gómez Romo De Vivar, **Universidad de Guanajuato, México.***

*Dra. Emilssen González de Cancino, **Universidad del Rosario, Colombia.***

*Dra. Claudia Patricia González Cobos, **Universidad Autónoma de Chihuahua, México.***

*Dra. Irene González Pulido, **Universidad de Salamanca, España.***

*Dr. Marcos González Sánchez, **Universidad Autónoma de Madrid, España.***

*Dra. Adoración Guamán Hernández, **Universitat de València.***

*Dr. Demetrio Hernández Navarrete, **Universidad Autónoma de Guerrero, México.***

*Dr. Jesús Javier Herrera Gómez, **Universidad Autónoma de Chihuahua, México.***

*Dra. Alma Delia Herrera Márquez, **Universidad Autónoma de Coahuila, México.***

*Dra. Isabel Huertas Martin, **Universidad de Salamanca, España.***

*Dra. Ada Marina Lara Meza, **Universidad de Guanajuato, México.***

*Dra. Mabel López García, **Universidad de Málaga, España.***

*Mtra. Ana López Navío, **Universidad de Jaén, España.***

*Dr. Francisco Lozano Lares, **Universidad de Málaga, España.***

*Dra. Lila Maguregui Alcaráz, **Universidad Autónoma de Chihuahua, México.***

*Dra. Rosalba Guadalupe Mancinas Chávez, **Universidad de Sevilla, España.***

*Dra. María Laura Manrique, **Investigadora CONICET, Argentina.***

*Dr. Octavio Martínez Michel, **Universidad del Claustro de Sor Juana, México.***

*Dr. Jesús Abraham Martínez Montoya, **Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, México.***

*Lic. Alfonso Mendoza Juárez, **Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo-RIJDA, México.***

*Dr. Glodel Mezilas, **Universidad Nacional Autónoma de México.***

*Mtro. Juan Arturo Mila Maldonado, **Aichi Prefectural University, Japón.***

*Dra. María del Rosario Molina González, **Universidad de Sonora, México.***

*Dr. Carlos Murillo Martínez, **Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, México.***

*Dr. Oscar Antonio Müller Creel, **Universidad Autónoma de Chihuahua, México.***

*Dr. Hernán Olaeta, **Universidad de Buenos Aires, Argentina.***

*Mtra. Alejandra Olave Albertini, **Universidad de Buenos Aires, Argentina.***

*Dr. Antonio Olguín-Torres, **Universidad de Guanajuato, México.***

*Dr. Ángel Orgaz Valle, **Universidad de Extremadura, España.***

*Dr. mult. D. H. C. Alfonso Ortega Giménez, **Universidad Miguel Hernández de Elche, España.***

**Dr. Luis Gerardo Ortiz Corona,
Instituto Tecnológico y de
Estudios Superiores de
Monterrey, Chihuahua,
México.**

**Dr. Rolando Pavó Acosta,
Universidad de Oriente en
Cuba.**

**Dr. Juan Ramón Pérez Carrillo,
Universidad San Gregorio de
Portoviejo, Ecuador.**

**Dr. Edgar Tomás Quiñonez
Ríos, Universidad Autónoma
de Chihuahua, México.**

**Mtra. Paula Andrea Ramírez
Barbosa, Universidad del
Externado de Colombia.**

**Dra. Angélica Rosas Huerta,
Universidad Autónoma
Metropolitana, Unidad
Xochimilco, México.**

**Dr. Rodrigo Ramírez Tarango,
Universidad Autónoma de
Chihuahua, México.**

**Dra. Alicia Ramos Flores,
Universidad Autónoma de
Chihuahua, México.**

**Dr. Pablo Ramos Hernández,
Universidad de Salamanca,
España.**

**Dr. Joan Ridao Martín,
Instituto de Estudios del
Autogobierno de la
Generalidad de Cataluña,
España.**

**Dr. Pedro Ródenas Cortés,
Universidad de
Extremadura, España.**

**Dr. Miguel Rodríguez Blanco,
Universidad de Alcalá,
España.**

**Mtro. Juan Camilo Rodríguez
Vizcaíno, Universidad
Externado de Colombia.**

**Dra. Remedios Roqueta Buj,
Universidad de Valencia,
España.**

**Mtra. Noelia Rozanski,
Investigadora del
Laboratorio de
Investigaciones sobre
Procesos Penales (UNPAZ)**

**Dr. Mercedes Sabido
Rodríguez, Universidad de
Extremadura, España.**

**Dra. Paloma Saborido Sánchez,
Universidad de Málaga,
España.**

**Dr. Alejandro Sahui
Maldonado, Universidad
Autónoma de Campeche,
México.**

**Dra. María Inmaculada
Sánchez Barrios, Universidad
de Salamanca, España.**

**Mtra. Ana Sánchez Rubio,
Universidad Pablo de
Olavide de Sevilla, España.**

**Dr. Pietro Sferrazza,
Universidad Andrés Bello en
Santiago, Chile.**

**Mtro. Gustavo Silva de la Rosa,
Universidad Autónoma de
Chihuahua, México.**

**Dra. Soledad Torrecuadrada
García-Lozano, Universidad
Autónoma de Madrid,
Campus de Cantoblanco,
España.**

**Dra. María Isabel Torres
Cazorla, Universidad de
Málaga, España.**

**Dra. Anna Vall Rius,
Universidad de Barcelona,
España.**

**Dra. Arantzazu Vicandi
Martínez, Universidad de
Deusto, Bilbao, España.**

**Dra. Patricia Zambrana Moral,
Universidad de Málaga,
España.**

**Dr. José Zamora Grant,
Universidad Autónoma de
Tlaxcala, México.**

**Dr. Roberto Wesley Zapata
Durán, Universidad La Salle,
Pachuca, México.**

**Dra. Daniela del Pilar Zavando
Cerdeira, Universidad de
Deusto, España.**

ÍNDICE

Páginas

CONSTRUCCIÓN DE LA PAZ MEDIANTE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS EN MÉXICO HERNÁNDEZ NAVARRETE DEMETRIO, MAYO CASTREJÓN HUGO ENRIQUE, & HERNÁNDEZ GARCÍA MARYSOL ESTRELLA.	14-28
PRUEBA PERICIAL EN CRIPTOGRAFÍA EN EL PROCESO CIVIL MEXICANO HERNÁNDEZ NAVARRETE DEMETRIO, & HERNÁNDEZ GARCÍA MARYSOL ESTRELLA	29-40
REFLEXIONES EN TORNO A LA INCONVENCIONALIDAD DEL MODELO DE PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA EN MÉXICO MEDRANO FLORES EDUARDO, QUIÑONEZ RÍOS EDGAR. TOMÁS, & ARAIZA REYES HELIODORO	41-54
EL ORIGEN DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO OPOSICIÓN A LA TORTURA JUDICIAL LÓPEZ RODRÍGUEZ MANUEL ALEJANDRO	55-72
REDISEÑO Y ESTRUCTURACIÓN DE LA INSTITUCIONALIDAD DE LOS PEQUEÑOS MUNICIPIOS SALAMANCA ARDILA SALOMÓN	73-90

CONSTRUCCIÓN DE LA PAZ MEDIANTE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS EN MÉXICO

Peacebuilding through Electronic Media in Mexico

HERNÁNDEZ-NAVARRETE LUIS DEMETRIO¹, MAYO-CASTREJÓN HUGO ENRIQUE², HERNÁNDEZ-GARCÍA MARYSOL ESTRELLA³

SUMARIO I. Introducción. II. Los medios electrónicos en la construcción de la paz, III. Marco jurídico para la construcción de la paz mediante los medios electrónicos en México, IV. Problemática en la construcción de la paz mediante los medios electrónicos en México, V. Conclusiones, VI. Fuentes de investigación

KEYWORDS

*Electronic media,
Positive peace,
Culture of peace,
Technology for
peacebuilding,
Digital violence.*

ABSTRACT

This paper analyzes electronic media's possible contribution of peacebuilding in Mexico. Starting on the study of positive peace as an approach to developing a culture of peace, also digital violence is examined as a threat to peace in the digital world such as social media, and some formative elements are stated through which electronic media can contribute to the practice of values and behaviors. Finally, it is suggested that there is a need to legislate and update current legislation according to technological advances to peacebuilding.

PALABRAS CLAVE

*Medios electrónicos,
Paz positiva,
Cultura de paz,
Tecnología para la
construcción de la
paz,
Violencia digital.*

RESUMEN

En este artículo se analiza cómo los medios electrónicos pueden contribuir a la construcción de la paz en México. Se parte del estudio de la paz positiva como el enfoque para desarrollar una cultura de paz, así también se plantea la violencia digital como la amenaza a la paz en el mundo digital, y se exponen elementos formativos mediante los cuales los medios electrónicos pueden contribuir a la práctica de valores y comportamientos. Finalmente, se sugiere sobre la necesidad de legislar y actualizar los ordenamientos vigentes acorde a los avances tecnológicos para la construcción de la cultura de paz.

Recibido: 22/05/2024

Aceptado: 11/09/2024

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0 International License. Como lo indica la licencia:



<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.en>

Como citar este artículo: HERNÁNDEZ-NAVARRETE Demetrio, MAYO-CASTREJÓN Hugo Enrique, HERNÁNDEZ-GARCÍA Marysol Estrella, "La Construcción de la Paz mediante los Medios Electrónicos en México", en Ubi Societas Ibi Ius en Línea, México, Año III, Número IV, enero-diciembre de 2025, pp. 14-28

¹ Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Guerrero, México, registro ORCID:

<https://orcid.org/0000-0002-5112-1967>

² Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Guerrero, México, hugoemc21@gmail.com, registro ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3144-1699>.

³ Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Guerrero, México. Registro ORCID:

<https://orcid.org/0009-0001-6989-1142>.

1. Introducción

Las tecnologías de la información han sentado precedente a nivel mundial en lo concerniente a la comunicación. Desde sus orígenes la red de la Internet, vino a revolucionar el pensamiento del ciudadano al poder intercambiar bienes, productos y servicios, en donde la distancia, el tiempo, el esfuerzo físico y económico no es factor determinante para detener el desarrollo.

La comunicación es ahora más sencilla, solo es necesario una conexión a través de un dispositivo tecnológico con el servicio de internet para que los usuarios puedan tener una comunicación con cualquier persona del mundo.

A lo largo de la historia digital, ha habido hechos trascendentales que han cambiado la forma de actuar del usuario. En ese caso, no solo es el correo electrónico, sino hoy en día son las redes sociales, entre ellas, Facebook, Instagram, Telegram, WhatsApp, Tik-Tok.

Dichas redes sociales se encuentran dentro de un sistema electrónico libre, es decir, todos los usuarios tienen el acceso para poder interactuar con otro u otros usuarios que así lo consideren pertinente.

Ahora bien, lo anterior pareciera ser de color de rosa sin que existiera problema alguno al navegar libremente dentro de la red de Internet, y en particular sus redes sociales. Es cierto, que, al acceder a las plataformas citadas, el usuario es conducido por un cuestionario de preguntas que implican su consentimiento para poder conocer, ver, enviar, recibir, guardar todo tipo de información, documentos, fotografías, videos, entre otros.

Sin embargo, la inteligencia humana despierta y pone en marcha su imaginación negativa al hacer mal uso de la información mediante engaños, suplantación de persona o falsedad, frente al usuario ingenuo.

La era de la tecnología en los medios electrónicos y en particular sus redes sociales, han sido aprovechadas por los malos usuarios quienes toman ventajas de su conocimiento cibernético para tener un beneficio, la gran mayor parte económica.

El dinero fácil obtenido por las extorsiones puede no llenar las ambiciones de los ciberdelincuentes, quienes, escudados en un anonimato y vacío legal de la norma jurídica, ha permitido la rentabilidad y aumento de los delitos cibernéticos como el acoso sexual.

Es verdad que en México existe la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Poder de Particulares, la que tiene como objetivo proteger la información personal; así también se encuentra el Código Penal Federal y en el Estado de Guerrero, la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y el Código Penal.

Pero también es cierto, no existe una ley especial que regule el Internet y los medios electrónicos a nivel nacional menos estatal; por lo que este vacío es ocupado por usuarios maliciosos que se aprovechan de sus conocimientos cibernéticos para extorsionar, engañar o manifestar su odio, racismo y discriminación en contra del usuario del otro lado de la pantalla del computador.

Los medios electrónicos pueden servir para la prevención de daños a las personas en el mundo digital. Un ejemplo es que también las redes sociales pueden usarse para transmitir mensajes y comunicación hacia una educación para la paz.

La estrategia es el uso positivo de los medios electrónicos como instrumentos intermediarios en la construcción de la cultura de paz.

Objetivo. De lo anterior, surge la pregunta ¿Cómo pueden los medios electrónicos contribuir a la construcción de la paz en México?, la cual se propone responder mediante este estudio cuyo objetivo es orientar sobre la aplicación de la cultura de paz y no violencia para evitar las consecuencias negativas que tienen los usuarios al navegar en Internet y las redes sociales a través de los medios electrónicos e ir con ello construyendo una paz cibernética para todos los usuarios en México.

Método. Para ello, el presente estudio se realiza a través del método analítico y la técnica documental sobre el rol de los medios electrónicos en la construcción de la paz.

La primera parte de este estudio aborda la conceptualización de medios electrónicos, la paz

y su evolución y aplicación actual y la violencia digital; en la segunda parte se estudia el marco jurídico sobre violencia digital en la Constitución Federal, leyes secundarias y algunos criterios jurisprudenciales; la tercera parte describe las problemáticas para la paz en línea con algunas estadísticas de la violencia digital en México; por último, se explican algunas conclusiones y posibles alternativas para construir la paz en medios electrónicos.

2. Los Medios Electrónicos en la Construcción de la Paz

2.1. Conceptualización de la paz

En plena evolución de la era de la información, los medios electrónicos juegan un papel preponderante para el desarrollo del ser humano. Los medios electrónicos son herramientas para la comunicación surgidas del desarrollo de la tecnología. Un medio electrónico es el: “Mecanismo, instalación, equipo o sistema que permite producir, almacenar o transmitir documentos, datos e informaciones, incluyendo cualesquiera redes de comunicación abiertas o restringidas como internet, telefonía fija y móvil u otras.”¹

Los medios electrónicos se han vuelto parte de la variedad de herramientas para difundir la información. También la forma impresa es otra modalidad, en forma tradicional, de presentar la información. Ambas modalidades han tenido el propósito de comunicar ideas, pensamientos, opiniones, y acontecimientos a las personas. La diferencia con el formato electrónico frente a lo impreso es la presentación física de toda información de esta última² frente a la modalidad digital que “se presta a ser comprimida, procesada con tecnologías informáticas, y almacenada.”³

Uno de los medios electrónicos más usados en la actualidad es el internet y todos los medios

digitales creados con la red y para su uso. Esto ha llegado a expandirse de manera exponencial en los últimos cincuenta años por el acompañamiento del computador. Este fenómeno trajo como resultado una mayor comunicación entre todos los habitantes del planeta.

La comunicación mediante la red del Internet es y será uno de los avances más destacados en la carrera de la información en donde las distancias se acortaron considerablemente, rompiendo la barrera del tiempo y la distancia, pues solo con un clip al ordenador o equipo de cómputo, la comunicación es viable sin importar el idioma.

Así, el manejo de la información en grandes cantidades y a una velocidad rápida con su amplia expansión del conocimiento son de las grandes ventajas del Internet.⁴

Es por ello mencionar, que ahora el comunicarse entre los usuarios de los servicios de Internet, es fácil, sencillo y rápido, en la comodidad del hogar, la oficina o donde uno se encuentre, pues físicamente no existen obstáculos para mantener contacto con otras personas.

Los cibernautas navegan en una red libre contando con neutralidad. El libre acceso y la neutralidad del Internet son dos características esenciales para garantizar el uso de la red. Así, se presupone que toda información o datos no pasan por discriminación y su transmisión se hace de manera imparcial.⁵

Cada uno de los usuarios tiene diferentes objetivos de su estancia en el mundo digital; algunos lo hacen por enriquecer sus conocimientos, buscar temas académicos, otros para realizar actos de comercio o de prestación de servicios, la mayoría lo hace por conocer y facilitar su vida más a través de ese mundo cibernético.

¹ Real Academia Española, *Diccionario panhispánico del español jurídico*, “medio electrónico”, disponible en <https://dpej.rae.es/lema/medio-electr%C3%B3nico> (fecha de consulta: 11 de diciembre de 2023).

² Cambridge University Press, *Cambridge Dictionary*, “electronic media”, disponible en <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/electronic-media> (fecha de consulta: 20 de diciembre de 2023).

³ HERNÁNDEZ OCHOA, César Emiliano, “Transición de la tecnología analógica a la digital”, en Huber, Rudolf y Villanueva, Ernesto, *Reforma de medios electrónicos ¿Avances o retrocesos?*, México, IJ-UNAM, 2007, p. 137.

⁴ BARRIO ANDRÉS, Moisés, “Génesis y desarrollo de los derechos digitales”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 110, Primer semestre de 2021, p. 201: <https://doi.org/10.33426/rcg/2021/110/1572>.

⁵ BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Manual de derecho digital*, Valencia, tirant lo blanch, 2020, p. 46

No obstante, también los medios electrónicos necesitan ser fuentes y sitios de construcción de una cultura de paz como transmisores de información y conocimiento en la sociedad de la información y el conocimiento.

La paz es una aspiración de toda la humanidad organizada en respuesta a las situaciones de violencia presentes a nivel global. Según la Organización de las Naciones Unidas, la paz es una cultura que construir en la sociedad moderna. Y así, dicho organismo internacional define “que la paz no sólo es la ausencia de conflictos, sino que también requiere un proceso positivo, dinámico y participativo en que se promueva el diálogo y se solucionen los conflictos en un espíritu de entendimiento y cooperación mutuos”.⁶

Actualmente el concepto de la paz se aborda desde un punto de vista amplio acorde a la modernidad. De acuerdo con Tuvilla Rayo:

La paz en su concepción actual es la suma de tres tipos de paces: paz directa (regulación no violenta de los conflictos), paz cultural (existencia de valores mínimos compartidos) y paz estructural (organización diseñada para conseguir un nivel mínimo de violencia y máximo de justicia social).⁷

En la actualidad la paz es un estado y desarrollo de la humanidad y del ser humano en el logro de su plenitud. Es un término que no sólo significa la inexistencia de violencia sino un reconocimiento y logro de los derechos humanos tanto individual como colectivamente.

La acepción de paz implica “buscar una armonía, un equilibrio tanto con nosotros mismos y con los demás, como con el medioambiente.”⁸

La paz cultural se fundamenta y construye en los valores de una sociedad. También, siguiendo a Tuvilla Rayo, la paz es una de las metas del mundo contemporáneo por alcanzar lo que denomina una cultura de la paz, y describe sus características así:

Una cultura caracterizada por ser: una cultura de la convivencia y de la participación, fundada en los principios de libertad, justicia, democracia, tolerancia y solidaridad; una cultura que rechaza la violencia, se dedica a prevenir los conflictos en sus causas y a resolver los problemas por el camino del diálogo y de la negociación; y una cultura que asegura a todos los seres humanos el pleno ejercicio de sus derechos y los medios necesarios para participar plenamente en el desarrollo endógeno de su sociedad.⁹

La paz enmarca una forma de vida entre los individuos. Según Loera Ochoa y Loera Ochoa, Johan Galtung identifica dos categorías de paz: “la paz negativa (no guerra) y paz positiva (no violencia)”,¹⁰ y la violencia es lo opuesto a la paz, y de ahí que para el logro de la paz se necesita la “ausencia o disminución de todo tipo de violencia”.¹¹

La guerra, relacionada originalmente a lo opuesto a la paz, no es la primera manifestación contra la paz sino la violencia misma en sus distintas manifestaciones. La paz es un concepto amplio en la actualidad después de los conflictos y guerras mundiales que se han vivido. Para Galtung hay dos definiciones de paz: “Paz es la ausencia/reducción de violencia de todo tipo, y paz es la transformación no violenta y creativa del conflicto”.¹²

El primer concepto se centra en la violencia, como un estado de cosas, y el segundo en el

⁶ Naciones Unidas, Asamblea General, “53/243. Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz”, en línea, 6 de octubre de 1999, firmado en la 107ª. Sesión plenaria el 13 de septiembre de 1999, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/774/46/PDF/N9977446.pdf?OpenElement> (fecha de consulta: 23 de diciembre de 2023).

⁷ TUVILLA RAYO, José, “Cultura de Paz y Educación”, en Molina Rueda, Beatriz y Muñoz Muñoz, Francisco A., *Manual de paz y conflictos*, España, Universidad de Granada, 2004, p. 391.

⁸ *Ibidem*, p. 392.

⁹ *Ibidem*, pp. 396 – 397.

¹⁰ LOERA OCHOA, Esperanza y Loera Ochoa, Thais, “Un desafío para México: la cultura de la paz”, *Misión Jurídica*, vol. 10, núm. 13, julio – diciembre de 2017, p. 191. DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.165>.

¹¹ *Idem*.

¹² GALTUNG, Johan, *Peace by peaceful means. Peace and conflict, development and Civilization*, Londres, Instituto Internacional para la Investigación de la Paz, 1996, p. 9 (traducción del original en inglés por el autor)

conflicto, en un quehacer dinámico para su transformación.¹³

El nuevo paradigma en la concepción de la paz se plantea una mayor profundidad en sus elementos constitutivos. La paz no es la ausencia de conflicto, violencia o guerra sino también la prevención de los factores detonantes que trastornan el entorno de los individuos. Por eso, los enfoques para el estudio de la paz varían de acuerdo con el escenario o situación, prevención, proceso, y atención del conflicto como un paso previo a la violencia.

El enfoque de Galtung sobre la paz como un proceso de transformación del conflicto de manera no violenta y creativa, plantea que:

La paz depende de la transformación de otra relación entre las partes, el conflicto. Y, lo opuesto a la paz, la violencia, es vista como el resultado del conflicto no transformado. Pero la transformación del conflicto tiene que ser pacífica para no empeorar la situación sembrando nuevas semillas para violencia futura.¹⁴

La construcción de la paz mediante la transformación de los conflictos es un proceso complejo. Galtung sugiere una visión holística para la transformación del conflicto que no sólo quede en lo temporal sino más allá de los objetivos presentes de las partes, a través de la composición de una nueva realidad, la cual conlleve a considerar la prevención del conflicto.¹⁵

Todos los fenómenos sociales de violencia tienen una fuente para su desarrollo posterior. Una comprensión de las fases de la pérdida de la paz a partir del conflicto, luego la violencia, y finalmente una posible guerra, desde un nivel individual hasta lo colectivo, nacional o internacional, contribuye a la transformación del conflicto. Actualmente este es el trabajo de la paz como un concepto dinámico para su vivencia en la sociedad.

Los medios electrónicos mediante las TICs contribuyen al desarrollo de esos valores mediante su difusión. El papel de los medios electrónicos, especialmente de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, permiten la realización de diferentes oportunidades para el desarrollo de las personas. De ahí, hay organizaciones civiles enfocadas en el uso potencial de las TICs para la construcción de la paz, señalando algunas como:

El acceso a oportunidades económicas que favorezcan la existencia de medios de vida sostenibles y servicios sociales básicos; en la contribución a la promoción y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos ya que favorecen un mayor conocimiento por parte de los ciudadanos de los propios derechos, para exigirlos y denunciar su violación; en la promoción de la participación activa de los ciudadanos en todos los aspectos de la vida política, económica y social y, particularmente, en los asuntos que les afectan directamente; y en la prevención del uso de armas y la erradicación de las casusas que provocan su demanda.¹⁶

La paz como una construcción social a través de la cultura se puede alcanzar mediante el apoyo de los medios electrónicos. Uno de esos medios electrónicos son las TICs con las ventajas para el crecimiento y desarrollo.

Los medios electrónicos, ahora en su desarrollo digital, son una herramienta útil en potencia que necesita orientarse a la mejora de las condiciones de vida de las personas.

La educación es la alternativa para la construcción de la paz. Con la prevención del conflicto mediante la inclusión de principios y valores fundados en los derechos humanos y los objetivos de las personas se puede lograr vivir en una sociedad en armonía.

Pero la educación para la paz no sólo debe realizarse en la escuela sino en todos los medios con influencia en las personas, y ahí está el caso

¹³ *Idem*.

¹⁴ GALTUNG, Johan, "Peace by peaceful conflict transformation – the TRANSCEND approach", en Webel, Charles y Galtung, Johan (eds.), *Handbook of peace and conflict studies*, Nueva York, Routledge - Taylor & Francis Group, 2007, p. 14.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ TIC para la Paz, "Que es TIC para la Paz. Estos son los objetivos del proyecto", disponible en: <https://ticparalapaz.org/tic-para-la-paz/> (fecha de consulta: 30 de diciembre de 2023).

de los medios electrónicos en sus diferentes modalidades para permitir la comunicación.¹⁷

2.2. La violencia digital

En ese quehacer de intercambio de comunicación, se han filtrado a lo largo de su creación, diferentes historias *negras* consagradas a los medios de comunicación electrónica y esto ha llevado a la conceptualización del fenómeno de la violencia digital, como, por ejemplo: Suplantación de persona; fraudes; extorsiones, acoso sexual y otros tipos de violencia digital. Estos actos y hechos fueron creciendo cuando los usuarios se unen a las redes sociales, entre las que existen: Facebook, TikTok, WhatsApp, Instagram, entre otras.

Estas son plataformas digitales que traen consigo la distracción, el entretenimiento, el intercambio de información y por supuesto, el aprovechamiento de algunos usuarios con fines lucrativos. En ese contexto, se quiere destacar en este análisis, la violencia digital, entendida esta como:

La Organización de Naciones Unidas ONU-Mujeres señala que es la violencia que se comete y expande a través de medios digitales como redes sociales, correo electrónico o aplicaciones de mensajería móvil que causa daños a la dignidad, la integridad y/o la seguridad de las víctimas. Algunas formas de violencia digital son: monitoreo y acecho, acoso, extorsión, desprestigio, amenazas, suplantación y robo de identidad, así como abuso sexual relacionado con la tecnología, entre otras.¹⁸

La violencia también se manifiesta en el contexto de los medios electrónicos digitales. Aunado a la comunicación e interacción entre los diferentes usuarios del mundo digital, también se presenta la violencia en diferentes manifestaciones según el medio electrónico digital utilizado por los victimarios.

Generalmente se ha apuntado al cibercoso como una de las formas de violencia digital más recurrente.

Dentro de todos estos medios digitales, las TICs son los medios más utilizados para la realización de esta vulneración a la seguridad y paz de los usuarios. Otro concepto de violencia digital es el establecido en la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia es:

ARTÍCULO 20 Quáter.- Violencia digital es toda acción dolosa realizada mediante el uso de tecnologías de la información y la comunicación, por la que se exponga, distribuya, difunda, exhiba, transmita, comercialice, oferte, intercambie o comparta imágenes, audios o videos reales o simulados de contenido íntimo sexual de una persona sin su consentimiento, sin su aprobación o sin su autorización y que le cause daño psicológico, emocional, en cualquier ámbito de su vida privada o en su imagen propia.¹⁹

Esta violencia se distingue por ser hecha a través de medios digitales por usuarios que sólo están dedicados a ser ciberdelincuentes desde el primer momento que su conducta la tipifican a un hecho criminoso.²⁰

Así, este tipo de vulneración a los usuarios de los medios electrónicos digitales afecta su derecho a un acceso libre, seguro, y en un ambiente de paz.

La paz es un derecho para la vida de todas las personas ahora en el mundo físico como en el digital. Las Naciones Unidas afirman que los derechos humanos deben respetarse tanto en el internet como en el exterior. Y la atención de este organismo internacional se enfoca en “La protección de los datos y la privacidad, la

¹⁷ JOHAN, Galtung, “Peace by peaceful conflict...”, *cit.*, p. 27.

¹⁸ Instituto de las Personas con Discapacidad de la CDMX, “Violencia Digital: ¿qué es?”, 14 de diciembre de 2012, en línea, disponible en: <https://www.indiscapacidad.cdmx.gob.mx/comunicacion/nota/violencia-digital-parte-1> (fecha de consulta: 30 de diciembre de 2023).

¹⁹ LEY General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de febrero de 2007, p. 10, disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGAM_VLV.pdf (fecha de consulta: 1 de enero de 2024).

²⁰ TÉLLEZ VALDÉS, Julio, *Derecho informático*, 4a. ed., México, McGraw-Hill, 2008, p. 188.

identidad digital, el uso de tecnologías de vigilancia y la violencia y el acoso en línea”.²¹

La atención a la violencia en línea como lo opuesto a la paz es uno de los objetivos de atención de los derechos humanos. El objetivo 16 Paz, justicia e instituciones sólidas de los ODS establece al respecto: “16.1 Reducir significativamente todas las formas de violencia y las correspondientes tasas de mortalidad en todo el mundo”.²²

El concepto dinámico de paz como una construcción cultural social abre el espacio de participación de los medios electrónicos. Los proveedores de los servicios de comunicación a través de estos instrumentos de comunicación juegan un papel muy importante para la construcción de la paz.

Los medios electrónicos también contribuyen al intercambio de ideas entre las personas, especialmente los medios electrónicos digitales que permiten la interacción y construcción del conocimiento.

2.3. Los medios electrónicos en la construcción de la paz

Los seres humanos buscan estar en contacto y socializar unos con otros por diferentes medios. La comunicación a través de medios electrónicos digitales como una manera de intercambiar puntos de vista entre seres humanos puede ayudar a evitar el conflicto y la violencia en todas sus manifestaciones.

Esta práctica social permitirá desarrollar una cultura de paz con pasos para resolver nuestras diferencias y dar una mejor calidad de vida en nuestros entornos.

Un desarrollo de la cultura de paz como parte de la paz positiva toma en cuenta la educación para la formación de las personas.

De ahí, la construcción de la paz se puede llevar a cabo como un proceso de formación con situaciones reales de aplicación de principios, valores, comportamientos, y experiencias.

Las TICs como medios electrónicos ampliamente usados en la actualidad pueden apoyar a esta concientización formativa de una cultura de paz.

El potencial comunicativo de los medios electrónicos tiene un impacto en la conducta, valores, y cultura de los individuos. Según Grunewald y Hedges, “Con seguridad se puede asumir que la tecnología sí influye en el comportamiento humano, y de la misma literatura, podemos concluir que la tecnología influye en nuestra moral y valores.”²³

El contenido transmitido a través de los medios electrónicos los constituye en herramientas de comunicación con un objetivo intencional. Esto significa que se puede estar frente a un diseño de contenidos e ideas para transformar el comportamiento de las personas.

El enfoque en los contenidos en los medios electrónicos no es suficiente para lograr la construcción de la paz.

Se necesita la intervención de los participantes mediante la práctica de: “valores, actitudes, tradiciones, comportamientos y estilos de vida”²⁴, y también el uso del contexto de cada usuario, de lo contrario hoy se estará cayendo en lo que Castells denomina como informacionalismo.²⁵

Esta misma idea acerca de práctica en la cultura de paz es la propuesta por Grunewald y

²¹ Naciones Unidas, Oficina del Enviado del Secretario General para la Tecnología, “Derechos humanos digitales. Garantizar la protección de los derechos humanos en la era digital”, disponible en: <https://www.un.org/techenvoy/es/content/digital-human-rights> (fecha de consulta: 1 de enero de 2024).

²² Naciones Unidas, Objetivos de Desarrollo Sostenible, “Objetivo 16: Promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas. 16 Paz, justicia e instituciones sólidas”, en línea, disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/> (fecha de consulta: 1 de enero de 2024).

²³ GRUNEWALD, Philipp y Hedges, Mark, “An Integrative Approach to Building Peace Using Digital Media”, *Journal of Peacebuilding & Development*, vol. 16 (2), 2021, p. 186, <https://doi.org/10.1177/1542316620966256> (fecha de consulta: 2 de enero de 2024). (traducción del original en inglés por el autor).

²⁴ Naciones Unidas, Asamblea General, “53/243. Declaración y Programa de Acción... cit., p. 2.

²⁵ CASTELLS, Manuel, “La teoría de la sociedad red”, en Castells, Manuel (ed.), *La sociedad red: una visión global*, Madrid, Alianza Editorial, 2006, p.34.

Hedges, con el concepto de la conciencia sociotécnica con intervención mediante prácticas formativas en el contenido y diseño de los medios electrónicos para la comunicación.²⁶

Los medios electrónicos digitales son diseñados con fines diferentes a los educativos o para la formación de las personas. También, sin la búsqueda de limitar su diseño original de propósitos de comunicación y entretenimiento, se ha afirmado que los medios digitales pueden ser una extensión de las capacidades humanas, y facilitan para la comisión de violencia digital cuando su diseño ayuda al victimario en sus propósitos.²⁷

La construcción de la paz a través de medios electrónicos digitales puede estudiarse como un proceso en la cultura de la sociedad. Las experiencias de movimientos sociales y políticos en diferentes países, en los cuales se usan las redes sociales, dan muestra del intercambio de ideas, pensamientos mediante textos y videos.

Este fenómeno ha llevado al estudio de la influencia del conflicto a través del contagio del conflicto por medio de la extensión por los participantes.²⁸

El fenómeno de la manifestación de la violencia en los medios electrónicos abre la ventana al acceso a los medios electrónicos, pero también permite la mirada de las problemáticas sociales. La prevención de los conflictos para la construcción de la paz positiva, según la teoría de transformación de los conflictos de Lederach, busca atender estas necesidades básicas de la población sustentadas en las demandas manifestadas.²⁹

Y este fenómeno se puede observar en el uso de los medios electrónicos como canales de expresión de las problemáticas enfrentadas por las personas en sus contextos.

Las alternativas de los medios electrónicos en la atención a los conflictos pueden ayudar a disminuir la violencia.

La paz positiva es el nuevo escenario en el cual los medios electrónicos, especialmente los digitales, pueden colaborar, desde una educación para la cultura de la paz, en los objetivos de la no violencia y una mejor convivencia entre las personas dentro y fuera del mundo digital, y también para el desarrollo en mejorar la calidad de vida de toda la sociedad.

3. Marco Jurídico para la Construcción de la Paz Mediante los Medios Electrónicos

3.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

El derecho a la información, difusión de las ideas, y de acceso al uso de las tecnologías digitales está consagrado como derecho fundamental en el artículo 6º de la Constitución Federal en los siguientes textos:

a. "El derecho a la información será garantizado por el Estado".³⁰ Todo ser humano tiene la necesidad de conocer los hechos y situaciones en donde vive, y también el uso de la información le proporciona la oportunidad de tomar decisiones diariamente.

La búsqueda de información a través de los medios electrónicos es muy útil para contar con datos necesarios que ayuden al desarrollo personal y profesional de los individuos.

b. "Toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión".³¹

No debe existir censura, manipulación o control injustificado en el acceso a datos

²⁶ GRUNEWALD, Philipp y Hedges, Mark, *op. cit.*, p. 188.

²⁷ MITCHELL, Matthew, et al., "Technology-facilitated violence: A conceptual review", *Criminology & Criminal Justice*, Diciembre de 2022, p.8, Disponible en: <https://doi.org/10.1177/17488958221140549>.

²⁸ SALAS VALDÉS, Cristina, "Paz por medios electrónicos", *Revista de educación, cooperación y bienestar social IEPC*, año I, núm. 1, junio de 2013, p. 61, en línea, disponible en:

<https://revistadecooperacion.com/numero1/01-06.pdf> (fecha de consulta: 14 de diciembre de 2023).

²⁹ *Ibidem*, p. 62.

³⁰ CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de febrero de 1917, p. 12, disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf> (fecha de consulta: 2 de enero de 2024).

³¹ *Idem*.

mediante los medios electrónicos, y tampoco en la difusión de las ideas de las personas salvo los casos “de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público”.

c. “El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet”.³²

En este párrafo se reconoce el derecho de acceso a las TICs y al internet como un derecho humano en México.

Por su parte, el artículo 3º, párrafo tercero de la Constitución Federal establece la cultura de paz como una de las metas de la educación, con enfoque intencional:

La educación se basará en el respeto irrestricto de la dignidad de las personas, con un enfoque de derechos humanos y de igualdad sustantiva.

Tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a todos los derechos, las libertades, la cultura de paz y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia; promoverá la honestidad, los valores y la mejora continua del proceso de enseñanza aprendizaje.³³ (énfasis añadido)

Desde esta perspectiva, el enfoque formativo desde el ámbito educativo, la cultura de paz se plantea desde una paz positiva que se construye con principios, valores, actitudes y prácticas por los estudiantes en las escuelas.

México, a través de su marco normativo supremo, considera vital la construcción de la cultura de paz para disminuir la violencia y resolver los conflictos desde una edad temprana de las personas.

3.2. *Leyes secundarias*

Siguiendo el área de la educación para la construcción de la cultura de paz, también se ha incluido algunas disposiciones en leyes secundarias:

a. La Ley General de Educación en su artículo 15, fracción V establece:

Formar a los educandos en la cultura de la paz, el respeto, la tolerancia, los valores democráticos que favorezcan el diálogo constructivo, la solidaridad y la búsqueda de acuerdos que permitan la solución no violenta de conflictos y la convivencia en un marco de respeto a las diferencias.³⁴

El artículo 30, fracción XXI del mismo ordenamiento, señala la promoción de la cultura de la paz y la no violencia dentro de los planes y programas de estudio.³⁵

b. La Ley federal de telecomunicaciones y radiodifusión en su artículo 226 fracción II señala que la programación radiodifundida dirigida a niñas, niños y adolescentes debe, entre otros aspectos, “Evitar transmisiones contrarias a los principios de paz”.³⁶

3.3. *Jurisprudencia sobre protección contra la violencia digital*

En el caso, la SCJN, ha sentado precedente, en el sentido de que, si bien es verdad, la Constitución Federal Mexicana, otorga el derecho a la libre expresión, así como la libertad de comunicarse con todos y cada uno de los individuos que existen en el mundo de la red de Internet y sus plataformas digitales, cierto es también, que ese derecho está condicionado a que el usuario no emplee una conducta inadecuada o contraria a la moral, las buenas costumbres y los modismos sociales, por ser estos un comportamiento abusivo, tal y como se puede observar del siguiente criterio:

³² *Idem*.

³³ *Ibidem*, p. 5.

³⁴ LEY General de Educación, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de septiembre de 2019, p. 8, disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGE.pdf> (fecha de consulta: 2 de enero de 2024).

³⁵ *Ibidem*, p. 14.

³⁶ LEY Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, *Diario Oficial de la Federación*, 14 de julio de 2014, p. 95, en línea, disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFTR.pdf> (fecha de consulta: 3 de enero de 2024).

“LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN REDES SOCIALES. NO PROTEGEN EL COMPORTAMIENTO ABUSIVO DE LOS USUARIOS. La libertad de expresión y el derecho de acceso a la información, reconocidos por el artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se han potencializado gracias a las oportunidades de fácil acceso, expansión e inmediatez que el internet y las redes sociales brindan. No obstante, debe reconocerse también la posible comisión de abusos dentro de esos medios virtuales que se ven agravados por las mismas razones. Por tanto, las interacciones dentro de la comunidad digital no pueden ser ajenas a los límites y estándares de protección de los derechos fundamentales. En el caso de las redes sociales, existe la posibilidad de encontrar comportamientos abusivos derivados de su propia naturaleza, como son la comunicación bilateral y el intercambio de mensajes, opiniones y publicaciones entre los usuarios, razón por la cual el receptor de estos contenidos puede estar expuesto a amenazas, injurias, calumnias, coacciones o incitaciones a la violencia, que pueden ir dirigidas tanto al titular de la cuenta como a otros usuarios que interactúen en ella; en consecuencia, es posible que los comportamientos abusivos puedan ocasionar una medida de restricción o bloqueo justificada, pero para que ésta sea válida será necesario que dichas expresiones o conductas se encuentren excluidas de protección constitucional en términos del artículo 6o. mencionado y de los criterios jurisprudenciales emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que rigen en la materia. Sin embargo, debe dejarse claro que las expresiones críticas, severas, provocativas, chocantes, que puedan llegar a ser indecentes, escandalosas, perturbadoras, inquietantes o causar algún tipo de molestia, disgusto u ofensa no deben ser consideradas un comportamiento abusivo por parte de los usuarios de la red”.³⁷

En base con el contenido anterior, es reprobable la conducta delictiva del usuario al momento de navegar en la red de Internet, y

sobre todo en las redes sociales, en donde gracias al anonimato realizan actos de violencia mediante el ciberacoso, la extorsión, las amenazas, o el monitoreo a la víctima con dar a conocer información íntima, personal o profesional que implique un descrédito o atentado en su pudor o dignidad humana, y de lo cual la obligación de las autoridades es proteger los derechos digitales de uso de las TICs, tal y como se observa del siguiente argumento:

“VIOLENCIA DIGITAL O RELACIONADA CON EL USO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN CONTRA LAS MUJERES. EN EL MARCO DE JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO, LAS PERSONAS JUZGADORAS TIENEN LA OBLIGACIÓN DE SALVAGUARDAR LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD, A LA VIDA PRIVADA, AL HONOR Y A LA PROPIA IMAGEN.

Hechos: En un juicio ordinario civil la parte actora demandó, entre otras cosas, el daño moral que le había ocasionado el demandado por la distribución digital de sus fotografías íntimas.

La juzgadora de primera instancia consideró que la acción se encontraba acreditada, por lo cual condenó al demandado al respectivo pago por daño moral, disculpas públicas y a abstenerse de acercarse a la actora.

Con posterioridad, la Sala responsable resolvió confirmar la sentencia recurrida.

Criterio jurídico: Este Tribunal Colegiado de Circuito determina que las personas juzgadoras tienen la obligación de salvaguardar los derechos a la intimidad, a la vida privada, al honor y a la propia imagen, ante la violencia digital o relacionada con el uso de las tecnologías de la información contra las mujeres.

Justificación: Lo anterior, porque una persona tiene absoluta libertad de compartir aspectos íntimos de su vida, incluso de su vida sexual a través de medios digitales, sin que eso signifique una autorización tácita para que los contenidos que resulten de ello sean

³⁷ Tesis [A.]: 2a. XXXVIII/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época,

Libro 67, Tomo III, junio de 2019, página 2327, Registro digital 2020010.

compartidos con terceros ajenos a esa conversación que nada tienen que ver con la interacción privada con una o varias personas; ese nuevo paradigma, en el que se contempla a los medios digitales como espacios en los que de igual manera tienen que garantizarse los derechos de las personas, particularmente los relativos a la vida privada y a la propia imagen, deben crearse entendiendo de manera plena y con la mayor amplitud posible el tipo de interacciones que se dan a través de éstos, dando por hecho que las personas pueden y van a compartir aspectos personalísimos de su vida, fincando nuevas responsabilidades al Estado para garantizar derechos primordiales, como a la privacidad, a la intimidad personal, al honor y a la imagen pública, sin coartar por ningún motivo su derecho a la libre expresión o el acceso a una tutela judicial efectiva.

En ese tenor, atendiendo a la obligación que tienen los órganos jurisdiccionales de juzgar con perspectiva de género, es que existe la obligación de salvaguardar los derechos antes mencionados, pues es un hecho notorio que existe violencia sistemática contra las mujeres, quienes sufren particularmente de violaciones contra su intimidad y que, por tal motivo, se ven afectadas en todas las esferas de su vida.

Cabe agregar que la violencia en la dimensión tecnológica contra las mujeres y niñas conlleva factores relevantes, como la facilidad de encontrar el contenido (obtenido y publicado sin el consentimiento de las afectadas), la permanencia en línea de dicha información, así como la facilidad de replicar y escalar la distribución del material.

En ese tenor, cada vez que se reenvía contenido, se promueve y refuerza la violencia hacia las mujeres y niñas y puede derivar en la re victimización y nuevos traumas para víctimas y sobrevivientes, puesto que se generan archivos digitales

permanentes difíciles de eliminar; incluso existen instituciones internacionales que han reconocido que los derechos protegidos fuera de línea también deben ser procurados en Internet; sin embargo, varios reportes indican que los Estados han fallado en su obligación de adoptar medidas apropiadas para ello, o bien, están utilizando leyes contra la violencia de género como un pretexto para restringir libertades, incluyendo el derecho de libre expresión.

Este tipo de violencia tiene impacto y consecuencias reales y graves en la vida de las mujeres, puesto que pone en riesgo sus derechos e, incluso, supone peligros a su integridad”.³⁸

En ese contexto, la violencia digital debe ser erradicada en su totalidad, bajo condiciones que puedan permitir a los usuarios navegar tranquilamente en una red que, si bien es cierto, es abierta, cierto es también que la información personal no es compartida libremente por el usuario, aun cuando éste (el usuario) otorgue su consentimiento, la protección a la intimidad es eso: guardar, proteger, cuidar todo aquello que rodea a la persona en su sexualidad.

4. Problemática en la Construcción de la Paz mediante los Medios Electrónicos

El uso de medios electrónicos en su modalidad digital es cada vez más creciente. Según la Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares (ENDUTIH) 2022, hubo un total de 93.1 millones de personas usuarias de internet, siendo un 78.6% de la población con 6 o más años.

Esta cifra pasó de 88.6 en 2021 a 93.1 en 2022 con un incremento de 3% de usuarios de internet.

También, el teléfono celular fue el dispositivo de mayor uso en la población y tuvo un incremento de 8.3 millones de usuarios más en comparación a 2019.³⁹

³⁸ Tesis [A.]: I.3o.C.469 C, T.C.C., Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Undécima Época, Tomo III, abril de 2023, página 2676, Registro digital 2026347.

³⁹ INEGI – IFT, “Comunicado de Prensa. Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares (ENDUTIH) 2022”, p. 1

y 14, en línea, disponible en: <https://www.ift.org.mx/sites/default/files/comunicacion-y-medios/comunicados-ift/comunicadoendutih2022.pdf> (fecha de consulta: 3 de enero de 2024).

Con los datos previos, se puede observar el impacto de los medios electrónicos digitales en la comunicación de la información y el conocimiento en la actualidad en México.

Esto ilustra cómo los medios digitales forman parte de la vida cotidiana con propósitos de, entre otros, “comunicarse, acceder a redes sociales, entretenimiento, buscar información, y apoyar la capacitación o educación”.⁴⁰

La vida de las personas también está inmersa en el mundo digital, y necesita protegerse de las diferentes manifestaciones de violencia.

Las manifestaciones de los diferentes tipos de violencia en los medios electrónicos digitales también están en constante crecimiento y diversificación.

De acuerdo con el Módulo sobre Ciberacoso (MOCIBA) 2022, al considerar a la población usuaria de internet a las personas de 12 años en adelante, el 20.8% sufrió ciberacoso, y el ciberacoso más frecuente fue el contacto mediante identidades falsas.

Otras de las situaciones de ciberacoso fueron mensajes y llamadas ofensivas, provocaciones para reaccionar de forma negativa, suplantación de identidad, y recibir contenido sexual sin consentimiento.⁴¹

Los medios digitales en los cuales se sufrieron los diferentes actos de ciberacoso o violencias digitales fueron WhatsApp, Facebook, llamadas de teléfono celular, Messenger, Instagram principalmente.

También hubo violencia digital en otras redes sociales como Twitter, Telegram, YouTube, y TikTok.⁴²

La violencia en línea es una amenaza permanente a una convivencia en paz entre los usuarios de las tecnologías digitales en México.

También es imprescindible la práctica de los principios, valores, comportamientos, y vigencia de los derechos humanos para la construcción de una cultura de paz en el mundo digital a través de todos estos medios electrónicos.

La regulación jurídica actual está cada vez lejana en su atención a la construcción de una cultura de paz.

Existe una falta de legislación referente a los medios electrónicos en específico para atender los actos de violencia digital de una manera integral y acorde al contexto actual.

El anonimato sigue siendo un elemento aprovechado por los victimarios para la comisión de violencia digital.

Según las Naciones Unidas, “Las tecnologías digitales proporcionan nuevas vías para promover, defender y ejercitar los derechos humanos, pero también se pueden utilizar para suprimirlos, coartarlos y vulnerarlos”.⁴³

Este fenómeno es permitido también por las lagunas en la legislación cuya creación se hizo antes de la era digital tanto a nivel internacional como local.

5. Conclusiones

El artículo 6º, párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece la obligación del Estado mexicano de garantizar el derecho al acceso a las tecnologías de la información y comunicación y, además proveerá las condiciones efectivas para ese servicio; asimismo, el diverso 16 párrafo doce del ordenamiento Constitucional, cita que las comunicaciones privadas son inviolables, y en estas deben incluirse todo lo digital.

La supremacía constitucional en todo sistema democrático, federal y autónomo es el máximo ordenamiento legal y, las autoridades en uso de

⁴⁰ *Ibidem*, p. 9.

⁴¹ INEGI, Módulo sobre ciberacoso 2022, “Comunicado de prensa núm. 404/23”, 13 de 2023, p. 1, en línea, disponible en <https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2023/MOCIBA/MOCIBA2022.pdf> (fecha de consulta: 3 de enero de 2024).

⁴² *Ibidem*, p. 16.

⁴³ Naciones Unidas, *Hoja de ruta para la cooperación digital: aplicación de las recomendaciones del Panel de Alto Nivel sobre la Cooperación Digital*, p. 11, en línea, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N20/102/54/PDF/N2010254.pdf?OpenElement> (fecha de consulta: 3 de enero de 2024).

sus atribuciones deben de acatar fehacientemente cada línea, dotando a sus leyes reglamentarias de los mecanismos necesarios para su buen desahogo y aplicación.

Con el estudio de la legislación internacional y nacional, se encontró que existe la necesidad de actualización y creación de legislación para atender la educación para la paz y los mecanismos para su construcción de la paz por los medios electrónicos digitales.

Es indispensable crear preceptos legales que sientan las bases para que el usuario utilice las tecnologías de la información mediante las redes sociales, siempre y cuando no atenten contra la moral, las buenas costumbres, la intimidad y la dignidad humana. Con ello, queda protegida la información privada.

Es indudable que la violencia digital en las redes sociales debe terminarse e ir construyendo la paz mediante los medios electrónicos; aunque la tecnología de la información permite acortar las distancias y ahora tiempo, esfuerzo y dinero, pero como todo, debe tener sus limitaciones, sanciones y penas que disminuyan esa violencia que puede terminar hasta con la muerte del usuario o víctima exhibido.

La construcción de la cultura de paz se debe dar en dos vertientes:

- a. La prevención del conflicto a través de la educación digital en el uso de los medios electrónicos digitales con el uso pacífico y sin vulnerar los derechos de los otros usuarios, y
- b. La implementación de políticas de vigilancia en el uso de los medios electrónicos digitales con respeto a la privacidad y protección de los datos personales para garantizar un ambiente de seguridad y paz, libre de violencia para todos los usuarios.

Hay que aprovechar las ventajas de los medios digitales en la construcción de la paz mediante los medios electrónicos implica desarrollar la participación de sus usuarios a través del conocimiento y práctica de principios, valores y comportamientos formativos.

Para este objetivo será necesario también contar con asesorías de tipo pedagógico-educativas en la regulación jurídica para cuidar la seguridad y libertad de las personas en el mundo digital.

Conflicto de Interés.

Los autores declaran que la investigación se realizó en ausencia de relaciones comerciales o financieras que pudieran interpretarse como un potencial conflicto de intereses, en la publicación de estos resultados.

Contribuciones de los autores.

Se especifican las contribuciones individuales: Conceptualización: Demetrio Hernández Navarrete y Hugo Enrique Mayo Castrejón. Metodología, análisis formal, investigación: Demetrio Hernández Navarrete, Hugo Enrique Mayo Castrejón y Marysol Estrella Hernández García. Recursos: Marysol Estrella Hernández García. Supervisión y administración del proyecto, Demetrio Hernández Navarrete. Todos los autores han leído y aceptado la versión publicada del manuscrito.

Fuentes de Investigación

- AA. VV. Cambridge University Press, *Cambridge Dictionary*, en línea, disponible en: <https://dictionary.cambridge.org/es/>
- AA. VV. Real Academia Española, *Diccionario panhispánico del español jurídico*, disponible en: <https://dpej.rae.es/>
- BARRIO Andrés, Moisés, “Génesis y desarrollo de los derechos digitales”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 110, Primer semestre de 2021, disponible en: <https://doi.org/10.33426/rcg/2021/110/1572>.
- BARRIO Andrés, Moisés, *Manual de derecho digital*, Valencia, tirant lo blanch, 2020.
- CASTELLS, Manuel, “La teoría de la sociedad red”, en Castells, Manuel (ed.), *La sociedad red: una visión global*, Madrid, Alianza Editorial, 2006.
- CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de febrero de 1917, disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- GALTUNG, Johan, *Peace by peaceful means. Peace and conflict, development and Civilization*, Londres, Instituto Internacional para la Investigación de la Paz, 1996.
- GALTUNG, Johan, “Peace by peaceful conflict transformation – the TRANSCEND approach”, en Webel, Charles y Galtung, Johan (eds.), *Handbook of peace and conflict studies*, Nueva York, Routledge - Taylor & Francis Group, 2007.
- GRUNEWALD, Philipp y Hedges, Mark, “An Integrative Approach to Building Peace Using Digital Media”, *Journal of Peacebuilding & Development*, vol. 16 (2), 2021, Disponible en: <https://doi.org/10.1177/1542316620966256>.
- HERNÁNDEZ Ochoa, César Emiliano, “Transición de la tecnología analógica a la digital”, en Huber, Rudolf y Villanueva, Ernesto, *Reforma de medios electrónicos ¿Avances o retrocesos?*, México, IJ-UNAM, 2007.
- INEGI – IFT, “Comunicado de Prensa. Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares (ENDUTIH) 2022”, , en línea, disponible en: <https://www.ift.org.mx/sites/default/files/comunicacion-y-medios/comunicados-ift/comunicadoendutih2022.pdf>
- INEGI, Módulo sobre ciberacoso 2022, “Comunicado de prensa núm. 404/23”, 13 de 2023, en línea, disponible en <https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2023/MOCIBA/MOCIBA2022.pdf>
- Instituto de las Personas con Discapacidad de la CDMX, “Violencia Digital: ¿Qué es?”, 14 de diciembre de 2012, en línea, disponible en: <https://www.indiscapacidad.cdmx.gob.mx/comunicacion/nota/violencia-digital-parte-1>
- LEY Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, *Diario Oficial de la Federación*, 14 de julio de 2014, en línea, disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFTR.pdf>
- LEY General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, *Diario Oficial de la Federación*, 1 de febrero de 2007, en línea, disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGAMVLV.pdf>
- LEY General de Educación, *Diario Oficial de la Federación*, 30 de septiembre de 2019, en línea, disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGE.pdf>
- LOERA Ochoa, Esperanza y Loera Ochoa, Thais, “Un desafío para México: la cultura de la paz”, *Misión Jurídica*, vol. 10, núm. 13, julio – diciembre de 2017, disponible en: DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.165>.
- MITCHELL, Matthew, et al., “Technology-facilitated violence: A conceptual review”, *Criminology & Criminal Justice*, Diciembre de 2022, disponible en: <https://doi.org/10.1177/17488958221140549>.
- Naciones Unidas, Asamblea General, “53/243. Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz”, en línea, 6 de octubre de 1999, firmado en la 107ª. Sesión plenaria el 13 de septiembre de

- 1999, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/774/46/PDF/N9977446.pdf?OpenElement>
- Naciones Unidas, *Hoja de ruta para la cooperación digital: aplicación de las recomendaciones del Panel de Alto Nivel sobre la Cooperación Digital*, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N20/102/54/PDF/N2010254.pdf?OpenElement>
- Naciones Unidas, Objetivos de Desarrollo Sostenible, “Objetivo 16: Promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas. 16 Paz, justicia e instituciones sólidas”, disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>
- Naciones Unidas, Oficina del Enviado del Secretario General para la Tecnología, “Derechos humanos digitales. Garantizar la protección de los derechos humanos en la era digital”, disponible en: <https://www.un.org/techenvoy/es/content/digital-human-rights>
- Registro digital 2020010, Tesis [A.]: 2a. XXXVIII/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 67, Tomo III, junio de 2019, página 2327.
- Registro digital 2026347, Tesis [A.]: I.3o.C.469 C, T.C.C., *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, Tomo III, abril de 2023, página 2676.
- SALAS Valdés, Cristina, “Paz por medios electrónicos”, *Revista de educación, cooperación y bienestar social IEPC*, año I, núm. 1, junio de 2013, disponible en: <https://revistadecooperacion.com/numero1/01-06.pdf>
- TÉLLEZ Valdés, Julio, *Derecho informático*, 4a. ed., México, McGraw-Hill, 2008.
- TIC para la Paz, “Que es TIC para la Paz. Estos son los objetivos del proyecto”, disponible en: <https://ticparalapaz.org/tic-para-la-paz/>
- TUVILLA Rayo, José, “Cultura de Paz y Educación”, en Molina Rueda, Beatriz y Muñoz Muñoz, Francisco A., *Manual de paz y conflictos*, en línea, España, Universidad de Granada, 2004.

PRUEBA PERICIAL EN CRIPTOGRAFÍA EN EL PROCESO CIVIL MEXICANO

Cryptographic evidence in the Mexican civil procedure

HERNÁNDEZ-NAVARRETE LUIS DEMETRIO¹, HERNÁNDEZ-GARCÍA MARYSOL ESTRELLA²

SUMARIO I. Introducción. II. La prueba y su conceptualización, III. La prueba digital en materia civil, IV. El método de fiabilidad de la prueba digital en materia civil, V. Algunos criterios jurisdiccionales sobre la prueba digital en materia civil, VI. Resultados, VII. Discusión, VIII. Conclusiones, IX. Bibliografía.

KEYWORDS

*Cryptography
Electronic evidence
Expert evidence
Civil and family procedures
Mexico*

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyse the cryptographic expert evidence in the Mexican civil procedure. Through the analytic method and documentary technique, the concept of evidence and its implications is addressed, also the legal provisions of the Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares and some jurisdictional criteria on cryptographic expert evidence are studied. It was concluded that, although the means of proof provided by technology are included, the cryptographic expert evidence is not expressed in the Mexican civil process, as an exact mechanism of support in controversies about the falsity of a digital document.

PALABRAS CLAVE

*Criptografía
Prueba electrónica
Prueba pericial
Proceso civil y familiar
México*

RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo analizar la prueba pericial en criptografía en el proceso civil mexicano. Mediante el método analítico y la técnica documental se aborda el concepto de prueba y sus implicaciones, las disposiciones del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares y criterios jurisdiccionales sobre la prueba pericial en criptografía. Se concluyó que, aunque se aluda a los medios de prueba proporcionados por la tecnología, no existe expresamente la prueba pericial en criptografía en el proceso civil mexicano que cuente con un método de confiabilidad, mecanismo exacto de soporte en controversias sobre la falsedad de un documento digital.

Recibido: 27/03/2024

Aceptado: 08/10/2024

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0 International License. Como lo indica la licencia:



<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.en>

Como citar este artículo: HERNÁNDEZ-NAVARRETE Demetrio, HERNÁNDEZ-GARCÍA Marysol Estrella, "Prueba Pericial en Criptografía en el Proceso Civil Mexicano", en Ubi Societas Ibi Ius en Línea, México, Año III, núm. IV, Enero-Junio de 2025, pp. 29-40

¹ Profesor Investigador del Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Guerrero, México, registro ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5112-1967>

² Universidad Autónoma de Guerrero, México.

1. Introducción

En el sistema jurídico mexicano, todo lo que se afirma se debe probar y todo lo que se niega acepta prueba en contrario.

En consecuencia, un argumento no sólo debe de redactarse, motivarse o fundarse, sino que debe de probarse.

La etapa probatoria en este sistema representa la columna vertebral del proceso de que se trate; lo que significa que las pruebas son de una trascendencia demasiado importante para aquel que solicita justicia y para el otro que es acusado o resiste los embates de su contrario.

Por ello, quien ofrezca una prueba en el proceso jurisdiccional, lo hace con el motivo o propósito de demostrar un hecho o hechos narrados.

Esta etapa es realmente de suma importancia, por ser la parte medular del proceso, donde se deben de ofrecer las pruebas fehacientes, idóneas, directas, y las que, en realidad, acrediten el hecho controvertido.

Cabe mencionar, que cada proceso jurisdiccional tiene un catálogo de pruebas, que, con base en su sistema probatorio, se deben ofrecer y desahogar conforme a cada legislación en especial.

Es pertinente tener el conocimiento especializado en cada procedimiento por su propia naturaleza al ser certero en el ofrecimiento de la prueba correcta.

De todas las pruebas existentes, hay algunas que requieren de un conocimiento especializado, en donde el profesionista debe contar con la especialización o técnica, como un perito en la materia.

El perito, es el profesionista preparado para auxiliar al órgano jurisdiccional en descubrir la verdad mediante una técnica o descubrimiento que sólo puede ser aportado mediante métodos, procedimientos y esquemas sistematizados y ordenados.

Con ello, se expone la existencia de probar un hecho falso o un hecho controvertido, pero siempre debe demostrarse aun cuando sea falso o verdadero.

Sin embargo, en los juicios en línea cuando exista una controversia donde se esté cuestionando la autenticidad de un documento digital, el perito en materia de criptografía es el profesionista idóneo para descubrir la verdad legal buscada.

Método: En el presente trabajo se utilizó la técnica documental, explorando para poder encontrar la información idónea en fuentes bibliográficas, hemerográficas o archivísticas en materia de medios electrónicos y por supuesto, con las aportaciones encontradas en la red de la Internet.

El método fue el analítico porque se evaluaron los hechos referentes a las pruebas electrónicas llegando a encontrar elementos para comprender a profundidad la importancia de que un experto sea quien, de fe de la veracidad o nulidad de la misma, haciendo un análisis crítico de la necesidad de emplearlo en el sistema jurídico.

2. La prueba y su conceptualización

Desde que el hombre se organizó para convivir en sociedad, ha implementado diversos mecanismos para salvaguardar esa convivencia, ya no debía utilizar el adagio “diente por diente”, que venía a significar una venganza privada por su propia mano.

Ahora dependería de una tercera persona, a quien por mandato legal se confería facultades para dirimir una controversia, misma que debería estar en condiciones de escuchar a los contendientes en pleno respeto a la equidad, la justicia y hoy en día a los derechos humanos y perspectiva de género, acorde a cada una de las pruebas que soportaban el dicho de cada una de ellas.

Con ello, se pone de manifiesto la existencia de un estado de derecho con reglas de convivencia que serían aplicadas a todos los seres humanos que acudieran a solicitar la protección de sus derechos más elementales, siempre y cuando otorgaran las bases con aquellos mecanismos que llegaran a convencer al juzgador que los argumentos alegados serían ciertos, y de no serlo,

el engaño debía ser castigado con la pérdida del derecho a ser reivindicado en sus pretensiones.

Por todo ello, el derecho probatorio viene a tener como objetivo directo la investigación de la verdad a través de los hechos que son ofrecidos por las partes al órgano jurisdiccional competente para resolver un litigio planteado.

En base a lo argumentado, es de suma importancia que exista dentro de la reglamentación de nuestras leyes procesales, un catálogo de medios probatorios en donde se incluya como medio de prueba, la pericial en criptografía para darle a los litigantes un derecho más de defensa en iguales condiciones, cuando exista una duda respecto de la autenticación de los documentos digitales allegados al juicio.

Con dicha prueba se pretenderá demostrar aquellos acontecimientos dudosos y controvertidos y no probar sólo la existencia de un hecho notorio que, desde luego, será aquel que no forzosamente debe ser acreditado por ser susceptible de apreciación; además la prueba que se propone vendría a revolucionar junto con la supercarretera de la información un ordenamiento legal que omite pronunciarse sobre esta cuestión.

Ahora bien, con ese medio de prueba el oferente de la misma pretenderá que el juzgador le conceda la verdad de sus pretensiones, cuando manifieste inconformidad de la autenticación del medio electrónico allegado al juicio; respetando en todo momento, los principios generales de la prueba, entre ellos, la moral y las buenas costumbres, entendiéndose la primera como aquella que no contradiga cuestiones que afecten el decoro, la dignidad y el respeto y la segunda, que se encuentren encaminadas a rebatir actos de conducta negligente, injerencias externas como alguna recomendación de terceras personas para lograr su admisión cuando la prueba no cumple con estos requisitos.

3. La prueba digital en materia civil

Tomando en cuenta lo anterior, la falta de reglamentación precisa que existe en materia procesal civil respecto al medio de prueba que se propone, deviene de suma importancia ante la omisión respecto de la prueba digital en dicha legislación la cual no la contempla en su catálogo de pruebas.

Entonces, es de un valor trascendental que exista una correcta regulación con la incursión en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y familiares, la prueba de mérito, así como el mecanismo para ofrecerla y valorarla conforme a derecho una vez que haya sido presentada, admitida y desahoga por el Órgano Impartidor de Justicia, pero no como lo regulará el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, sino con sus propias reglas y métodos de valoración; que por supuesto formen parte del sistema valorativo en dicho cuerpo normativo.

Puesto que esta última legislación, es omisa no sólo en tenerla dentro de su catálogo de pruebas, sino que es confusa porque no reglamenta el método de fiabilidad que servirá de base para otorgar o negar valor probatorio a un documento electrónico, pero en el caso, como lo es, la prueba pericial en criptografía, la omisión es aún más grande.

Por ello, debe de reglamentarse en la legislación referida no tan sólo el valor probatorio de ese tipo de documentos, sino que también la prueba digital en virtud de que no se debe de atender el principio de supletoriedad en una norma del derecho común, cuando existe la posibilidad de reglamentar correctamente en un ordenamiento especial todas y cada una de las reglas de ofrecimiento, admisión y valoración de la prueba pericial en criptografía.

En ese tenor, en la doctrina se tienen diferentes conceptos de prueba, como el mecanismo para demostrar un hecho controvertido y que, desde el inicio del proceso, se dictan las reglas para saber quién de las partes le corresponden la carga de probar sus hechos o sus excepciones y defensas, según el caso.

Es cierto, que en el artículo 335 del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares dice:

De otros Medios de Prueba

Artículo 335. Para acreditar hechos o circunstancias que tengan relación con el procedimiento que se ventile, **las partes pueden presentar otros medios de prueba que no estén expresamente reconocidos y regulados en el Código Nacional**, como son, ejemplificativamente, videos, fotografías, cintas cinematográficas, disquetes o discos compactos, de sistemas computacionales, grabaciones de imágenes y sonidos, **así como la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, magnéticos, ópticos, u otros medios de reproducción**; o bien, copias digitales, impresiones de documentos electrónicos, simples o al carbón, documentos taquigráficos; así como registros dactiloscópicos, fonográficos y, en general, cualesquiera otros elementos proporcionados por la ciencia y la tecnología, que puedan producir convicción en el ánimo de la autoridad jurisdiccional.

Las pruebas ofrecidas que, por su naturaleza, requieran de dispositivos electrónicos para su reproducción o percepción, o de alguna traducción o interpretación técnica, serán admitidas siempre y cuando la autoridad jurisdiccional cuente con ellas, y en caso contrario el oferente proporcione dichas herramientas para su desahogo en la audiencia respectiva, bajo el apercibimiento de dejar de recibir la prueba.

Los registros electrónicos generados y publicados en un expediente electrónico, únicamente podrán ofrecerse precisando la liga respectiva, la parte conducente que se desea aportar como prueba, así como el nombre de las partes, número de expediente, tipo de juicio, juzgado en el que se tramita o tramitó el procedimiento respectivo, y cualquier otro dato que permita a la autoridad jurisdiccional su localización electrónica.

En todo caso, **deberán respetarse los principios de equivalencia funcional o no**

discriminación y de neutralidad tecnológica de todo documento electrónico, conforme a las reglas de la prueba documental, atendiendo a la naturaleza del mismo.¹ (*énfasis añadido*)

También es verdad, como se puede observar en lo antes transcrito, la legislación nacional procesal en primer lugar, no establece un catálogo secuencial de los medios de prueba, sino que simplemente inicia con el medio de prueba y como debe de substantiarse; en segundo término, es muy vago, escueto y sin explicación alguna, que se mencione: *las partes pueden presentar otros medios de prueba que no estén expresamente reconocidos y regulados en el Código Nacional*, dando por hecho que en este apartado, entran todas aquellas pruebas que no atenten contra la moral, las buenas costumbres o no sean contrarias a derecho.

Sin embargo, la prueba pericial en criptografía es aquella que:

Es la ciencia de representar información de forma opaca para que sólo los agentes autorizados (personas o dispositivos diversos) sean capaces de desvelar el mensaje oculto. El proceso de ocultar la información se llama cifrado, pero a menudo también se le llama encriptado por influencia del inglés.²

No se puede pasar por alto, que en Materia Civil y Familiar, las resoluciones deben de resolverse acorde a los principios Constitucionales: “a la letra, a la interpretación de la norma o en su defecto, a los principios generales del derecho,”³ pero en el caso que nos ocupa, aun cuando se reglamente la “posibilidad” de aportar un medio de prueba al proceso civil mexicano no regulado por el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, la modernidad en el lenguaje sobre medios electrónicos, ópticos, equivalente funcional, mensaje de datos es nuevo para el derecho procesal civil y familiar, aun cuando ya está plenamente conceptualizado en materia fiscal y mercantil.

¹ CÓDIGO Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.

² DEL RIO MATEOS, Ángel. Introducción a la Criptografía. 2021.

³ CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, Art. 14, disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf> (fecha de consulta: 24 de septiembre de 2024).

Es por ello, que debe considerarse con toda claridad no solo la incursión de la prueba pericial en materia criptográfica, sino su ofrecimiento, sustanciación y desahogo de la misma, sobre todo, que se debe recordar el apartado del abrogado Código Federal de Procedimientos Civiles, cuando establecía la valoración de la prueba documental electrónica, mismo que a la letra decía:

Artículo 210-A.- Se reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología.

Para valorar la fuerza probatoria de la información a que se refiere el párrafo anterior, se estimará primordialmente la **fiabilidad del método** en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y, en su caso, si es posible atribuir a las personas obligadas el contenido de la información relativa y ser accesible para su ulterior consulta.

Cuando la ley requiera que un documento sea conservado y presentado en su forma original, ese requisito quedará satisfecho si se acredita que la información generada, comunicada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, se ha mantenido íntegra e inalterada a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva y ésta pueda ser accesible para su ulterior consulta.”⁴

Con base al contenido antes descrito, el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, en su artículo 348 y 349, regula el valor probatorio de los medios de prueba, mismo que dice:

Artículo 348. Se reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos, digitales, en una cadena de bloques o en cualquier otra tecnología.

Artículo 349. Para valorar la fuerza probatoria de la información a que se refiere el artículo anterior, se estimará primordialmente la **fiabilidad del método** en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y, en su caso, si es posible atribuir a las personas obligadas el contenido de la información relativa y ser accesible para su ulterior consulta.”⁵

Ahora bien, cabe mencionar, que los comentarios a los preceptos antes transcritos y sobre todo lo subrayado con negrilla, es para sostener que en ninguna de las legislaciones procesales citadas se explicó o se expresa cual es el “método de confiabilidad”, que la Autoridad Jurisdiccional, empleará en caso de duda de la autenticidad del documento electrónico.

4. El método de fiabilidad de la prueba digital en materia civil

El análisis a la legislación civil expone la falta de un esquema que aborde el método de verificación de la prueba.

No obstante, en la doctrina, según Hernández Navarrete, en el estudio sobre “la eficacia jurídica de los documentos electrónicos”, señala lo siguiente:

MÉTODO DE VERIFICACIÓN DEL DOCUMENTO DIGITAL

La legislación positiva vigente mexicana, no cuenta con el procedimiento para identificar la autenticidad del documento electrónico en caso de impugnación de falsedad; lo que hace ineficaz que se hable de un valor probatorio con base en la confiabilidad del método empleado, cuando la ley procesal civil federal, marca la pauta para que el juzgador tenga la libertad de otorgar o negar valor jurídico a un documento digital controvertido.

La autoridad jurisdiccional tenga a su alcance respecto a la valoración del documento electrónico, todos los mecanismos que rodean al sistema de valoración de la prueba digital como son: indagar desde el momento mismo

⁴ Art. 210, Código Federal de Procedimientos Civiles, Código Abrogado DOF 07-06-2023, disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CFPC.pdf> (fecha de consulta: 24 de septiembre de 2024).

⁵ CÓDIGO Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.

que fue elaborado, quién intervino, si fue firmado, a quién fue enviado, porqué fue dirigido, qué circunstancias de tiempo, modo y lugar acontecieron, para que así el juzgador jurisdiccional pueda otorgar o negar el valor probatorio que merece, con la adminiculación de la opinión técnica especializada del perito en criptografía y la inspección judicial al equipo de cómputo de donde fue enviado y recibido el documento digital impugnado y sobre todo fundado en el principio de la valoración de pruebas en base a la sana crítica, la lógica y la experiencia.

Desde esa perspectiva, la autoridad jurisdiccional, tendrá a su alcance la metodología para otorgar o negar valor probatorio pleno en los supuestos de que se objetara la autenticación de un documento digital, de no ser así, seguiría prevaleciendo la ineficacia jurídica de ese tipo de documentos y no sólo porque constitucionalmente no se encuentran regulados, sino porque existe una deficiente regulación en la legislación positiva vigente que reglamenta los documentos digitales. Por lo que, creemos de suma importancia que se reformen desde el texto constitucional, hasta los ordenamientos legales secundarios, que regulen los medios electrónicos y en particular el documento digital, para otorgar al gobernado un auténtico estado de derecho.

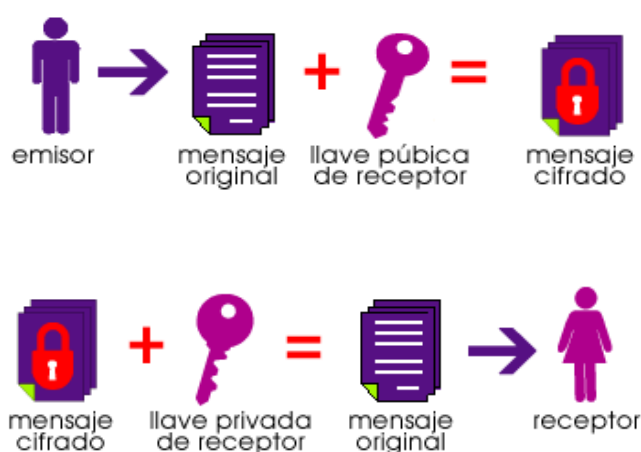
Caso en particular merece la incorporación a la legislación positiva vigente la prueba pericial en criptografía e inspección judicial al equipo de cómputo, una vez que sean desahogadas por el órgano impartidor de justicia, deberán de adminicularse, para establecer la verdad legal buscada, sobre la autenticidad o no de un documento electrónico que se incluyen en el método de verificación del documento digital.

De esa manera, se conceptualiza el método de confiabilidad que debe prevalecer en la legislación procesal civil de México, para valorar correctamente el documento electrónico, sin dejar de atender el método asimétrico que se utiliza en la creación de este

tipo de documentos y que nos permitimos insertar en este apartado para una mejor ilustración:

CIFRADO ASIMÉTRICO

Este método utiliza dos claves complementarias y diferentes entre sí, conocidas como llave pública y llave privada. Para transmitir un mensaje, el emisor encripta el texto con la llave pública del receptor.



Por su parte, el receptor del mensaje lo descifra con su llave privada (que sólo él conoce) eliminando así el intercambio de llaves.

En este ejemplo, se puede observar la manera de cómo se envía y recibe un documento electrónico, utilizando llaves públicas o privadas.

La documentación electrónica que generen los órganos jurisdiccionales, en ese procedimiento no es suficiente, cuando exista la posibilidad de una impugnación de autenticidad de un mensaje de datos, es necesaria la creación de un método alternativo como el que se expone en esta obra.”⁶

⁶ HERNÁNDEZ NAVARRETE, Demetrio, *La Eficacia Jurídica de los Documentos Electrónicos*, Tesis Doctoral, México, 2008, p. 118.

5. Algunos criterios jurisdiccionales sobre la prueba digital en materia civil

Para mayor abundamiento e ilustración, el presente argumento tiene su apoyo en dos criterios jurisprudenciales, que a la letra dicen:

PRUEBA DOCUMENTAL OBTENIDA POR MEDIOS ELECTRÓNICOS EN EL JUICIO LABORAL. AL NO GOZAR DE VALOR PROBATORIO PLENO, LA OBTENIDA DE SISTEMAS DE CONTROL DE REGISTRO REQUIERE DE PERFECCIONAMIENTO PARA ACREDITAR LOS HECHOS QUE CONTIENE.

De la interpretación de los artículos 776, 836-B, 836-C y 836-D de la Ley Federal del Trabajo, se advierte que en el proceso laboral son admisibles todos los medios de prueba que no sean contrarios a la moral y al derecho, entre los que destacan, las pruebas derivadas de las distintas tecnologías de la información y la comunicación, tales como sistemas informáticos, medios electrónicos ópticos, documento digital y, en general, los medios aportados por los descubrimientos de la ciencia.

Asimismo, se establece que para su desahogo y valoración deberá presentarse una impresión o copia del documento digital ofrecido y acompañarse de los datos mínimos para su localización, en el medio electrónico en que se encuentre, respecto del cual podrán designarse el o los peritos que se requieran para determinar si la información contenida en ese documento digital se encuentra íntegra e inalterada, tal como fue generada desde el primer momento, ubicándola en tiempo y espacio entre emisor y destinatario.

Además, en caso de que la prueba en cuestión se encuentre en poder del oferente, éste deberá poner a disposición del o los peritos designados, los medios necesarios para emitir su dictamen, apercibido que, de no hacerlo, se

decretará desierta la prueba, entre otras hipótesis.

En este sentido, la prueba documental consistente en la impresión obtenida de un sistema digital de control de registro, cuya información sólo puede ser generada, consultada, modificada y procesada por medios electrónicos, en términos del referido artículo 836-B, por sí sola, no goza de pleno valor probatorio, sino que, al ser un medio de prueba distinto a la documental convencional, su valoración debe sujetarse a las reglas propias de los elementos aportados por los avances de la ciencia; de ahí que su eficacia probatoria se encontrará sujeta al cercioramiento de los datos que en ella se adviertan, en la medida en que coincidan con aquellas condiciones en que tal documento digital haya sido generado.

En consecuencia, para que pueda gozar de valor pleno para acreditar los hechos que consigna, debe ofrecerse su perfeccionamiento.⁷

Así como la tesis denominada *DOCUMENTOS Y CORREOS ELECTRÓNICOS. SU VALORACIÓN EN MATERIA MERCANTIL*, que a la letra dice:

La doctrina explica que en la época contemporánea cuando se habla de prueba documental no se puede pensar sólo en papel u otro soporte que refleje escritos perceptibles a simple vista, sin ayuda de medios técnicos; se debe incluir también a los documentos multimedia, es decir, los soportes que permiten ver estos documentos en una computadora, un teléfono móvil, una cámara fotográfica, etcétera.

En varios sistemas jurídicos se han equiparado totalmente los documentos multimedia o informáticos, a efectos de valoración.

Esa equivalencia es, básicamente, con los privados, y su admisión y valoración se sujeta

⁷ Registro digital: 2023914. PRUEBA DOCUMENTAL OBTENIDA POR MEDIOS ELECTRÓNICOS EN EL JUICIO LABORAL. AL NO GOZAR DE VALOR PROBATORIO PLENO, LA OBTENIDA DE SISTEMAS DE CONTROL DE REGISTRO REQUIERE DE PERFECCIONAMIENTO PARA ACREDITAR LOS

HECHOS QUE CONTIENE, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Undécima Época. Materias(s): Laboral. Tesis: VII.2o.T. J/1 L (11a.). Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 8, diciembre de 2021, Tomo III, página 2193. Tipo: Jurisprudencia

a requisitos, sobre todo técnicos, como la firma electrónica, debido a los problemas de fiabilidad de tales documentos, incluyendo los correos electrónicos, ya que es posible falsificarlos e interceptarlos, lo cual exige cautela en su ponderación, pero sin desestimarlos sólo por esa factibilidad.

Para evitar una pericial en informática que demuestre la fiabilidad del documento electrónico, pero complique su ágil recepción procesal, el juzgador puede consultar los datos técnicos reveladores de alguna modificación señalados en el documento, aunque de no existir éstos, atenderá a la posibilidad de alteración y acudirá a la experticia, pues el documento electrónico puede quedar en la memoria RAM o en el disco duro, y podrán expedirse copias, por lo que para comprobar el original deberán exhibirse documentos asistidos de peritos para su lectura.

Así es, dado que la impresión de un documento electrónico sólo es una copia de su original. Mayor confiabilidad merece el documento que tiene firma electrónica, aunque entre esa clase de firmas existe una gradación de la más sencilla a la que posee mayores garantías técnicas, e igual escala sigue su fiabilidad, ergo, su valor probatorio.

Así, la firma electrónica avanzada prevalece frente a la firma electrónica simple, ya que los requisitos de producción de la primera la dotan de más seguridad que la segunda, y derivan de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre las Firmas Electrónicas.

Esta propuesta de normatividad, al igual que la diversa Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, fue adoptada en el Código de Comercio, el cual sigue el criterio de equivalencia funcional que busca equiparar los documentos electrónicos a los tradicionales elaborados en soporte de papel, mediante la satisfacción de requisitos que

giran en torno a la fiabilidad y trascienden a la fuerza probatoria de los mensajes de datos.

Por ende, conforme a la interpretación de los artículos 89 a 94, 97 y 1298-A del Código de Comercio, en caso de que los documentos electrónicos reúnan los requisitos de fiabilidad legalmente previstos, incluyendo la existencia de una firma electrónica avanzada, podrá aplicarse el criterio de equivalente funcional con los documentos que tienen soporte de papel, de manera que su valor probatorio será equivalente al de estos últimos.

En caso de carecer de esa firma y haberse objetado su autenticidad, no podrá concedérseles dicho valor similar, aunque su estimación como prueba irá en aumento si en el contenido de los documentos electrónicos se encuentran elementos técnicos bastantes, a juicio del juzgador, para estimar altamente probable su autenticidad e inalterabilidad, o bien se complementan con otras probanzas, como la pericial en informática que evidencie tal fiabilidad.

Por el contrario, decrecerá su valor probatorio a la calidad indiciaria si se trata de una impresión en papel del documento electrónico, que como copia del original recibirá el tratamiento procesal de esa clase de documentos simples, y se valorará en conjunto con las restantes pruebas aportadas al juicio para, en función de las circunstancias específicas, determinar su alcance demostrativo.⁸

Bajo esas consideraciones, el gobernado debe tener a su alcance con toda claridad los alcances de la norma jurídica, para que pueda en su momento aplicarla en los casos en concreto.

Y por supuesto la Autoridad Jurisdiccional, en su análisis al examinar los documentos electrónicos cuestionados, para que, con el apoyo del perito en criptografía, tenga una mejor luz jurídica para resolver conforme derecho.

⁸ Registro Digital: 2002142, DOCUMENTOS Y CORREOS ELECTRÓNICOS. SU VALORACIÓN EN MATERIA MERCANTIL, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Materias(s):

Civil. Tesis: I.4o.C.19 C (10a. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XIV, noviembre de 2012, Tomo 3, página 1856. Tipo: Aislada

De ahí, la gran importancia de ese medio de prueba sea incursionado en el proceso civil y familiar de México.

6. Resultados

La prueba pericial en materia de criptografía dentro del proceso civil mexicano tiene su sostén en la parte medular de la etapa de ofrecimiento de pruebas, en donde cada una de las partes exhibe sus medios probatorios para demostrar sus hechos o sus excepciones y defensas, según el caso. En ese sentido, el objetivo de este trabajo es precisar con exactitud la falta de omisión expresa de la prueba pericial en criptografía en el proceso civil mexicano, para que se encuentre relacionado en el catálogo de medios de prueba, aunque si bien es verdad, el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares hace alusión a la incursión de todos los medios de prueba que la tecnología proporcione, debe ser claro, preciso y congruente el lenguaje utilizado en materia procesal.

De ahí, que reviste de suma importancia la incursión en la legislación adjetiva civil mexicana, para darle un nuevo paradigma al proceso civil mexicano, tomando en cuenta que los gobernados tendrán a su alcance de manera clara, precisa un medio de prueba señalado en la norma jurídica y la autoridad jurisdiccional tendrá a su alcance mediante un método de confiabilidad, el mecanismo exacto para apoyarse en el momento en que tenga una controversia sobre la falsedad de un documento digital.

En ese contexto, la teoría de la prueba presupone la aceptación que nos da Cipriano Gómez Lara, en su obra *La teoría general del proceso*, al exponer que las pretensiones de las partes se controvierten dentro de un proceso contencioso y en donde cada uno de ellos pretende demostrar que tiene la verdad legal absoluta, pero no es hasta que el juzgador emita su consideración de quien de los litigantes cuenta con la razón; dándose así, la trilogía de la relación jurídico procesal.⁹

En ese aspecto, el Código Procesal Civil del Estado de Guerrero, en su artículo 2o. prevé el principio de lealtad y probidad, en el sentido de que las partes al acudir ante el Órgano

Jurisdiccional a deducir sus derechos lo hacen de buena fe buscando la equidad y el derecho, de la misma manera los litigantes deben de ofrecer su caudal probatorio en los términos que la ley aplicable al caso exige y no para obtener un fallo favorable sin tener la razón legal.

Sin embargo, corresponderá a la habilidad de cada una de las partes para destruir la eficacia jurídica de cada medio probatorio que sea allegue al proceso, ya que no olvidemos que cada prueba de las permitidas por la ley tiene su forma y tiempos de ofrecerse; por lo que, el Juzgador tendrá el cuidado necesario para que antes de admitirlas, las analice y acepte todas aquellas que considere cumplieron con las exigencias de la ley.

No obstante la anterior consideración, es necesario que quede bien claro la importancia de la pruebas dentro de un proceso, ya que sin la existencia de los medios de prueba, el derecho probatorio no es nada, tomando en cuenta en primer lugar, si el hecho es conocido, entonces será necesario probarlo para convencer al Juzgador de la existencia de la verdad, y en segundo término, si no se conoce o existe duda al respecto, cabe decir, que mayor será el compromiso asumido por las partes para hacer valer el derecho probatorio que les concede la ley para probar cuentan con la verdad legal controvertida.

En ese orden de ideas, la teoría de la prueba se encuentra vinculada con el derecho probatorio y con el procesal, en virtud de que es en este último donde las pruebas se presentan, se desahogan, se califican de procedentes o improcedentes y desde luego, se valoran por el Juzgador para su decisión final, sin olvidar que cada una de las pruebas no debe violentar las reglas esenciales del proceso respecto del principio procesal de igualdad de las partes o que las mismas atenten contra la moral, la buenas costumbres y el derecho mismo.

Suele suceder por otra parte, que las pruebas deben presentarse con independencia de que exista un litigio, cuando por ejemplo se pretende demostrar un acto voluntario que no conllevaba a una controversia como solicitar una medida cautelar, pero cuando existe un conflicto dentro de un proceso contencioso jurisdiccional, las

⁹ GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría general del proceso*, México, Oxford, 2004.

pruebas deben prepararse con oportunidad, para establecer, de acuerdo a la naturaleza de las mismas, cuales deben de ser admitidas y cuáles no.

Es pues, el derecho procesal quien reglamenta los medios probatorios, desde luego, debe de atenderse a cada caso en particular y si estamos ante un proceso fiscal, las pruebas existentes en su Legislación, es demasiada restringida, ya que solo enumera a la prueba pericial, la testimonial y el informe de autoridad, pero este siempre y cuando se solicite acorde a la prueba documental ya existente. De ahí, que en conclusión es de suma importancia que se regule en materia criptográfica como medio probatorio, la prueba pericial en criptografía sin alterar las características de la prueba pericial tradicional, puesto que una vez que sea ofrecida, admitida y valorada, representará un mecanismo idóneo para la administración de justicia al momento de someter a consideración del perito especializado un documento digital controvertido. Tomando en consideración que el Código Nacional de Procedimientos Civiles y familiares, al respecto dice:

Artículo 335. Para acreditar hechos o circunstancias que tengan relación con el procedimiento que se ventile, las partes pueden presentar otros medios de prueba que no estén expresamente reconocidos y regulados en el Código Nacional, como son, ejemplificativamente, videos, fotografías, cintas cinematográficas, disquetes o discos compactos, de sistemas computacionales, grabaciones de imágenes y sonidos, así como la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, magnéticos, ópticos, u otros medios de reproducción; o bien, copias digitales, impresiones de documentos electrónicos, simples o al carbón, documentos taquigráficos; así como registros dactiloscópicos, fonográficos, y, en general, cualesquiera otros elementos proporcionados por la ciencia y la tecnología, que puedan producir convicción en el ánimo de la autoridad jurisdiccional.¹⁰

Por ello, ante la existencia del documento electrónico, y la posibilidad de impugnarlo de

falso, es claro que también debe incursionarse en ese ordenamiento legal, el ofrecimiento, admisión y desahogo de la prueba pericial en criptografía.

7. Discusión

El papel del perito es ayudar al tribunal a entender y evaluar cuestiones técnicas relacionadas con la criptografía.

La prueba pericial en criptografía desempeña un papel importante en casos legales relacionados con la seguridad de la información.

La experiencia y la credibilidad del perito son fundamentales para la aceptación de la evidencia en el tribunal. Debe en consecuencia, establecerse el procedimiento para la incoación del referido medio de prueba, sin que exista duda alguna para su ofrecimiento.

La prueba pericial en criptografía debe cumplir con los requisitos de admisibilidad de evidencia en el sistema legal en cuestión. Esto puede incluir la demostración de la competencia del perito, la relevancia de la evidencia y la fiabilidad de los métodos utilizados.

El perito puede ser llamado a analizar algoritmos criptográficos utilizados en un caso específico. Esto podría incluir la evaluación de la fortaleza del algoritmo y la identificación de posibles vulnerabilidades.

En casos donde se hayan utilizado cifrados o firmas digitales, el perito puede ser solicitado para descifrar mensajes cifrados o verificar la autenticidad de firmas digitales.

Si las claves de cifrado son parte integral de la disputa legal, el perito podría estar involucrado en el análisis de cómo se generaron, utilizaron o comprometieron las claves.

El perito en criptografía puede ser llamado como testigo en el tribunal para proporcionar explicaciones técnicas, responder preguntas y respaldar sus conclusiones. Es crucial que el perito pueda comunicar conceptos técnicos de manera comprensible para el tribunal y los jurados.

¹⁰ CÓDIGO Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.

Hernández García. Supervisión: Demetrio Hernández Navarrete. Todos los autores han leído y aceptado la versión publicada del manuscrito."

8. Conclusiones

PRIMERA. En el proceso civil mexicano es de suma importancia la incursión en su catálogo de medios de prueba: La Prueba Pericial en Materia de Criptografía.

SEGUNDA. Ese medio de prueba debe relacionarse en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, de forma expresa.

TERCERA. En ese mismo apartado, debe de explicarse el método de confiabilidad por medio del cual, será valorada la prueba documental electrónica.

CUARTA. El Juzgador de que se trate, tendrá a su alcance el mecanismo que servirá de apoyo al valor el medio de prueba documental electrónico aunado al sistema de valoración acorde con la lógica, la sana crítica y las máximas de la experiencia.

QUINTA. En base al estudio plasmado, el órgano jurisdiccional cumplirá con su misión de administrar justicia clara y expedita en los tiempos marcados con la misma Constitución Federal en su artículo 17.

Conflicto de Interés

Los coautores declaramos que la investigación se realizó en ausencia de relaciones comerciales o financieras que pudieran interpretarse como un potencial conflicto de intereses, en la publicación de estos resultados.

Contribuciones de los autores

Se especifican las contribuciones individuales: Conceptualización, metodología, investigación: Demetrio Hernández Navarrete, Marysol Estrella Hernández García. Recursos, conservación de datos: Marysol Estrella Hernández García. Redacción-redacción del borrador original, redacción-revisión y edición: Demetrio Hernández Navarrete, Marysol Estrella

Bibliografía y/o fuentes de información

CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación.

CÓDIGO Federal de Procedimientos Civiles, Código Abrogado DOF 07-06-2023, disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CFPC.pdf> (fecha de consulta: 24 de septiembre de 2024).

CÓDIGO Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.

CÓDIGO Procesal Civil del Estado de Guerrero

DEL RIO MATEOS, Ángel. Introducción a la Criptografía. 2021.

GÓMEZ LARA, Cipriano, Teoría general del proceso, México, Oxford,.2004.

HERNÁNDEZ NAVARRETE, Demetrio, La Eficacia Jurídica de los Documentos Electrónicos, Tesis Doctoral, México, 2008, p. 118.

REGISTRO DIGITAL: 2023914. PRUEBA DOCUMENTAL OBTENIDA POR MEDIOS ELECTRÓNICOS EN EL JUICIO LABORAL. AL NO GOZAR DE VALOR PROBATORIO PLENO, LA OBTENIDA DE SISTEMAS DE CONTROL DE REGISTRO REQUIERE DE PERFECCIONAMIENTO PARA ACREDITAR LOS HECHOS QUE CONTIENE, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Undécima Época. Materias(s): Laboral. Tesis: VII.2o.T. J/1 L (11a.). Libro 8, diciembre de 2021, Tomo III, página 2193.

REGISTRO DIGITAL: 2002142, DOCUMENTOS Y CORREOS ELECTRÓNICOS. SU VALORACIÓN EN MATERIA MERCANTIL, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Materias(s): Civil. Tesis: I.4o.C.19 C (10a. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XIV, noviembre de 2012, Tomo 3, página 1856. Tipo: Aislada

REFLEXIONES SOBRE LA INCONVENCIONALIDAD DEL MODELO DE PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA EN MÉXICO

Considerations over the unconventionality of the unofficial Preventive Prison model in Mexico

MEDRANO-FLORES EDUARDO¹, QUIÑONEZ-RÍOS EDGAR TOMÁS², ARAIZA-REYES HELIODORO
EMILIANO³

SUMARIO I. Planteamiento del problema. II. Marco Constitucional de la Prisión Preventiva Oficiosa, III. La prisión preventiva oficiosa y la presunción de inocencia, IV. El estándar de valorización de la prueba en la prisión preventiva oficiosa, V. El Test de proporcionalidad y su vinculación con la figura de prisión preventiva oficiosa, VI. La prisión preventiva oficiosa y el trato diferenciado, VII. Conclusiones, VIII. Propuesta, IX. Fuentes de Información

KEYWORDS

Unofficial preventive
detention
Presumption of innocence
Evidentiary standard
Human Rights
Violations

ABSTRACT

This research analyses the problems of the application of pretrial detention in Mexico, recognized by Article 19 of the Constitution, which orders judges to automatically apply this precautionary measure, without prior debate and in flagrant violation of the presumption of innocence and the right to equality before the law. Additionally, we address the existing contradiction between what is established in the constitutional framework and the conventional perspective, analysing its significance, the evidentiary standard and the applicability of the proportionality test as a measure to counteract the negative effects of unrestricted obedience to the constitutional mandate.

PALABRAS CLAVE

Prisión Preventiva Oficiosa
Presunción de Inocencia
Estándar Probatorio
Derechos Humanos
Violaciones

RESUMEN

La presente investigación, analiza las problemáticas de la aplicación de la prisión preventiva oficiosa en México, reconocido por el artículo 19 constitucional, que ordena a las personas juzgadas, la aplicación automática de esta medida cautelar, sin debate previo y en flagrante violación a la presunción de inocencia y al derecho a la igualdad ante la ley. Adicionalmente, abordamos la contraposición existente entre lo establecido en el marco constitucional y la perspectiva convencional, analizando su trascendencia, el estándar probatorio y la aplicabilidad del test de proporcionalidad como medida para contrarrestar los efectos negativos que conlleva la obediencia irrestricta al mandamiento constitucional.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0 International License. Como lo indica la licencia:



<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.en>

Recibido: 18/04/2024

Aceptado: 18/09/2024

Como citar este artículo: MEDRANO FLORES, Eduardo, Et.Al. "Reflexiones sobre la inconventionalidad del modelo de prisión preventiva oficiosa en México" en Ubi Societas Ibi Ius en Línea, México, Año III, núm. IV, enero-junio de 2025, pp. 41-54

¹ Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua. Maestro de tiempo de completo por la misma Universidad. Coordinador del Grupo Disciplinar de: Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. ORCID: 0009-0004-6746-0797

² Doctor en Derecho por Instituto Internacional del Derecho y del Estado. Maestro de tiempo de completo por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua. Miembro del Grupo Disciplinar de: Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. ORCID: 0000-0001-5669-4484

³ Doctor en Derecho por Instituto Internacional del Derecho y del Estado. Maestro de tiempo de completo por la Universidad Autónoma de Chihuahua. Miembro del Grupo Disciplinar de: Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. ORCID: 0009-0002-1072-5091.

1. Planteamiento del problema

Uno de los temas más relevante para los estudiosos de la materia penal, ha sido el actual modelo constitucional que reconoce la prisión preventiva oficiosa, conocida como prisión preventiva en automático. Nuestro legislador frente a los crecientes índices delictivos en el país, ha optado por implementar una serie de medidas restrictivas con el propósito de contener los embates de la delincuencia, sin embargo, sus acciones y modelos no han generado el efecto esperado en la disminución de los índices delictivos.

Contrariamente, su operatividad por parte del Estado Mexicano, solo ha causado múltiples violaciones cometidas de forma sistemática, generando numerosos señalamientos internacionales, entre las que se encuentran dos sentencias condenatorias dictadas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH). La primera de ellas es llamada caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México, cuya resolución fue dictada el día 07 de noviembre de 2022, en la que declara de manera categórica la violación de los derechos a la integridad personal, libertad personal, garantías judiciales y protección judicial de los quejosos, contenidos en los artículos 5, 7, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En términos similares fue dictada la segunda sentencia internacional identificada como el caso García Rodríguez y otro vs. México el día 25 de enero de 2023, en la que vuelve a cuestionar el actual modelo de prisión preventiva oficiosa aplicada automáticamente en perjuicio de las personas privadas de su libertad.

En ese entendido, la vigencia de la prisión preventiva oficiosa en México, tal y como se encuentra diseñada, sólo revela un fracaso inminente en los objetivos propios del sistema acusatorio adversarial, porque en lugar de estar focalizado en la realización de una investigación activa de carácter científica y en salvaguardar las garantías judiciales, vulnera automáticamente la esfera jurídica de derechos, basta con tan solo que el agente del Ministerio Público formule la imputación sobre algunos de los delitos establecido en el catálogo de los que se refiere el artículo 19 constitucional, siendo motivo suficiente para la imposición de tal medida.

En ese sentido, al someterse el modelo ante los tribunales supranacionales a través de la vía Control de Convencionalidad, éstos sostiene que, con la implementación del modelo de prisión preventiva oficiosa, el Estado Mexicano es responsable de diversas violaciones a derechos humanos que atentan en contra del derecho a la libertad, la igualdad ante la ley, la presunción de inocencia, y en general las garantías judiciales, por lo que cobra especial énfasis las consecuencias internacionales sobre el tema y sus legítimas repercusiones que se convierten hoy en día, en reclamos dignos de ser escuchados.

Contrariamente a lo señalado en lo reclamos internacionales, es observable la insistencia permanente e injustificada del Estado Mexicano en custodiar la continuidad de un modelo anacrónico de la prisión preventiva oficiosa a pesar de no reunir los estándares internacionales de protección de los derechos humanos, prueba de ello es lo resuelto por nuestro Máximo Tribunal al decretar la constitucionalidad de la medida cautelar, sin resaltar la necesidad de observar el principio de presunción de inocencia.

Así tenemos un hecho que resulta irrefutable: mantener vigente esta figura calificada como violatoria a derechos humanos, da motivo a la CIDH para ordenar al Estado Mexicano la modificación de la Constitución y sus criterios de interpretación que apelan por la continuidad del modelo.

Ciertamente, mientras no se modifique el modelo constitucional actual que prevé la figura denominada prisión preventiva oficiosa, no terminará la problematización existente que derivará en múltiples condenas internacionales y en el pago de elevadas medidas de reparación por daño material e inmaterial causado por la aplicación de esta medida.

2. Marco Constitucional de la Prisión Preventiva Oficiosa

Iniciaremos nuestro estudio, con la descripción del contenido del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en la parte que nos interesa, que señala:

El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia

organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.¹

De la descripción del precepto de mérito, desprende que nuestra Constitución, impone la obligación a todos los juzgadores –locales y federales–, para imponer prisión preventiva oficiosa a todas las personas que sean acusadas de determinados delitos.

Esto origina múltiples violaciones de sus derechos fundamentales, previstos en la misma Carta Suprema, como lo es el principio de presunción de inocencia, las garantías judiciales e igualdad ante la ley.

Precisamente esa aplicación automática de la prisión preventiva, vulnera la esfera de actuación del juzgador impidiendo la valorización de los hechos y las circunstancias especiales de cada caso concreto, pues tratándose de los delitos descritos en el catálogo contenido en el arábigo 19 antes citado, obliga la imposición justificada o no de la prisión preventiva oficiosa, sin valorar los hechos, pruebas y los alegatos que presenten las partes, aunado a la circunstancia de que para el dictado de la prisión preventiva oficiosa, el estándar de valorización y exigibilidad de la prueba es muy bajo, comparativamente con otros modelos, lo que pone en relieve, como una figura constitucional entraña un cúmulo de violaciones procesales en perjuicio del ciudadano.

Lo cierto es que, en un sistema constitucional de derecho, los jueces tienen la libertad de decidir plenamente la procedencia o no de la aplicabilidad de ésta figura, al tener la facultad de valorar cada una de las pruebas que ofrezcan las partes y escuchar los alegatos de las mismas, previa dictaminación de la prisión preventiva.

Por el contrario, de continuar esta vigente, el procesado se encuentra en flagrante estado de indefensión, independientemente de las pruebas que puedan acreditar su inocencia, deberá de imponerse la prisión preventiva oficiosa.

Por ello, el modelo constitucional que reconoce expresamente la prisión preventiva oficiosa, es calificado de arbitrario por los tribunales internacionales, ya que su regulación oficiosa, transgrede las disposiciones inherentes en la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Ante la evidente contradicción, si nuestro país persiste en dar continuidad a este modelo, se hará acreedor a múltiples medidas de reparación, debido a éstas violaciones a derechos humanos.

Lo grave de todo es que esas violaciones a la libertad personal, provienen bajo el amparo de una política pública del gobierno federal, y ordenadas desde la perspectiva constitucional, evidenciando su fuerza y vigor bajo el amparo de la obligatoriedad del sistema de precedentes judiciales.

En un Estado Constitucional de Derecho, es sorprendente encontrar una figura de tal naturaleza y gozando de una aceptación unánime, sin ser legítimamente cuestionada en el interior, por las violaciones a los derechos humanos que ello entraña. Y máxime a sabiendas de las repercusiones internacionales que traerán a corto, mediano y largo plazo.

En sí podemos concluir que la llamada prisión preventiva oficiosa, lejos de ser una solución, es un problema en sí mismo y es el origen de muchos más. Evidentemente el modelo actual de prisión preventiva oficiosa, tal y como está diseñado es la causa generadora de múltiples violaciones a los

¹ Artículo 19, reformado el 12 abril 2019, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación (D.O.F.) Cámara De Diputados

Del Congreso De La Unión, publicada el 05 de febrero de 1917.

derechos humanos, que se cometen de manera indiscriminada en perjuicio de todos los ciudadanos que actualicen la hipótesis normativa y que dará lugar al pago inherente de numerosas indemnizaciones por conceptos de violaciones a los derechos humanos, entre ellos, destaca la reparación del daño, medidas de reparación, entre otras.

Para el destacado autor Sergio García Ramírez, sostiene lo siguiente:

La prisión preventiva es una figura anómala frente a la proclamación —que gobierna el orden procesal desde finales del siglo XVIII— de que se presume la inocencia de una persona mientras no se dicte sentencia condenatoria en su contra.

Es una pena que se anticipa a la condena, señaló César Beccaria en ese siglo. Por otro lado, se admite la prisión preventiva —y antes de ella, la detención cautelar— como un “mal inevitable.”²

Ahora bien, para darnos una idea desde el ámbito cuantitativo, el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) dio a conocer los resultados de los Censos Nacionales de Sistemas Penitenciarios en los ámbitos federal y estatal (CNSIPEE-F), 2023.

Estos programas estadísticos ofrecen información sobre la gestión y desempeño de los centros penitenciarios federales y centros especializados en cada entidad federativa, específicamente, en la función de sistema penitenciario.

Su finalidad es vincular los datos con el quehacer gubernamental dentro del proceso de diseño, implementación, monitoreo y evaluación de las políticas públicas de alcance nacional en el tema referido.

Al cierre de 2022, en los ámbitos federal y estatal, la población privada de la libertad/ internada se conformó por 226 116 personas: 94.4 % eran hombres y 5.6 %, mujeres. Con respecto a 2021, se registró un aumento de 2.6 por ciento. En promedio, 39.0 % de las personas privadas de la libertad/ internadas en 2022 no contó con una sentencia: para las mujeres este porcentaje fue de 49.3 y para los hombres, de 38.4. En 2022, del total de la población privada de la libertad sin sentencia, 50.2 % se encontró en prisión preventiva oficiosa; 23.9 %, en prisión preventiva justificada; 11.4 %, en otro supuesto jurídico y, para 14.5 %, no se identificó el tipo de estatus jurídico.³

Como podemos observar de la presente estadística, el 50.2% de las personas privadas de su libertad, se encuentra en prisión preventiva oficiosa, es decir, es un número superior a la establecida por la prisión preventiva justificada, inclusive ese porcentaje pudiera elevarse debido a que un 14.5% no se identificó el estatus jurídico de las personas privadas de su libertad.

Esto es que, si se lograra clarificar o determinar esa cifra de no identificable, cabe la posibilidad de que bien pudiera ascender todavía más el número de personas sujetas a la prisión preventiva oficiosa.

3. La prisión preventiva oficiosa y la presunción de inocencia

Como punto de partida, utilizaremos la definición de presunción de inocencia del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, mediante el voto concurrente que en el amparo en revisión 406/2013,⁴ resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el que declaró lo siguiente:

El principio de presunción de inocencia es un pilar en un Estado de Derecho y constituye la base misma para el respeto a las garantías

² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Seguridad y Justicia: Plan Nacional y Reforma Constitucional. UNAM. México. Año 2019. P. 135. Colecciones. Libros (Biblioteca Jurídica Virtual) [5895]. Serie opiniones técnicas sobre temas de relevancia nacional.

³ Fuente: <https://www.inegi.org.mx/app/saladeprensa/noticia.html?id=8308#:~:text=En%202022%2C%20del%20total%20de,el%20tipo%20de%20estatus%20jur%C3%ADDICO>. Fecha de localización: 11 de junio de 2024.

⁴ Voto concurrente que formula el Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena en el amparo en revisión 406/2013, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de veintisiete de noviembre de dos mil trece.

judiciales de toda persona. De conformidad con la jurisprudencia internacional, la carga de la prueba de la comisión de un delito corresponde a quien acusa y no en el acusado.⁵

Dicho principio se reconoce constitucionalmente en la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14 y 16, además de estar sustentado en el artículo 8.2 de la Convención Americana y 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos”.

Por su parte la CIDH, sostiene en torno a la presunción de inocencia, los siguientes términos:

Por su parte, y en un sentido similar la CIDH destacó en el caso *Cabrera y Montiel vs. México* que el principio de presunción de inocencia “se vulnera si antes de que el acusado sea encontrado culpable, una decisión judicial relacionada con él refleja la opinión de que es culpable.”⁶

Agregó, siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que dicho principio “implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa (...).”⁷

Además, en los casos *Loayza Tamayo y Cantoral Benavides vs. Perú*, la Corte Interamericana destacó que la presunción de inocencia impone al Estado la obligación de no condenar informalmente a un individuo o emitir un juicio ante la sociedad que contribuya a formar una opinión pública, mientras no se acredite judicialmente su responsabilidad penal.⁸

4. El estándar de valorización de la prueba en la prisión preventiva oficiosa

Al referimos al estándar probatorio, se parte de la premisa que el conocimiento de los hechos se formula en un cierto grado de probabilidad. No obstante, si el conocimiento se realiza en una mayor o menor medida de probabilidad, nos permitirá imponerle una graduación para considerar probado o no a un determinado supuesto fáctico.

Hablando de probabilidad en materia probatoria, el destacado jurista Mauro Houed Vega, sostiene lo siguiente:

Entre la certeza positiva y negativa, aparte de la duda también pueden surgir dos estados intelectuales igualmente importantes y con trascendencia procesal. Ellos son la probabilidad y la improbabilidad. Habrá probabilidad, cuando la coexistencia de elementos positivos y negativos permanezca, pero los elementos positivos sean superiores en fuerza a los negativos. Cuando los elementos negativos sean superiores a los positivos, se dice que hay improbabilidad (o probabilidad negativa). Estos estados intelectuales, sin bien son también importantes procesalmente, no lo son tanto como el de duda.

Más bien son parecidos al de certeza en cuanto al grado de dificultad. En efecto, si es claro que los elementos negativos son superiores a los positivos, la decisión no es difícil; lo mismo a la inversa. El problema surge cuando la valoración de la prueba provoca la oscilación en uno u otro sentido. Por demás está indicar que la probabilidad, si bien permite llevar la causa hasta juicio inclusive, no es suficiente para condenar. La improbabilidad, por el contrario, no sólo impide llevar la causa a juicio, sino que dependiendo de su grado, puede resultar

⁵ Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 154. Corte I.D.H., *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 182. Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 32. Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia. CCPR/C/GC/32. 23 de agosto de 2007, párr. 30.

⁶ Corte I.D.H., *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 184.

⁷ Corte I.D.H., *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 184, citando ECHR, *Case of Barberà, Messegué and Jabardo v Spain*, Judgment of 6 December 1988, App. Nos. 10588/83, 10589/83, 10590/83, paras. 77 y 91.

⁸ Corte I.D.H., *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33.

insuficiente aún para iniciar la investigación de la causa.⁹

Para el destacado Jurisconsulto Jordi Ferrer Beltrán en torno al concepto de probabilidad en materia probatoria, sostiene lo siguiente:

Decir, no obstante, que estamos en el campo del razonamiento probabilístico es seguramente decir muy poco porque se usan en la literatura muchas nociones de probabilidad y, seguramente, no hay entre ellas más que un aire de familia, puesto que no comparten un mínimo común denominador.

En lo que sigue presentaré de un modo rudimentario una clasificación muy básica de los conceptos (o concepciones, si se prefiere) de la probabilidad a los efectos de la discusión que importa a este epígrafe: la metodología de la valoración de la prueba. En cambio, la probabilidad aplicada a proposiciones se mide de forma general, nuestro grado de conocimiento del mundo. Se trata en este caso de una noción epistemológica de la probabilidad, que gradúa las posibilidades de que una determinada proposición sea verdadera.¹⁰

Ahora bien, siguiendo esta línea de pensamiento, podemos concluir de que si las pruebas son contundentes y concatenadas entre sí, además que todas ellas en su conjunto nos apuntan a la posible acreditación de un hecho, obtenemos un grado superior de racionalidad en su valorización y, por ende, el grado de error en la apreciación de los hechos disminuye.

Visto de otra manera, nos generaría un margen amplio de convicción para condenar a una persona responsable o absolver a una inocente, según corresponda.

Así tenemos que, en esta lógica de construcción de estándares probatorios, el

estándar de prueba es un principio que se utiliza para disminuir los márgenes de error por parte de la persona operadora de justicia, sobre determinados hechos que competencialmente le sean sometidos. Para el autor Michelle Tariffó, refiriéndose a los estándares de prueba, señala lo siguiente:

Los estándares de prueba que se consideran adecuados en los diferentes tipos de proceso, constituyen el contexto en el que se coloca el esfuerzo probatorio de los conocimientos científicos. En línea general, estos conocimientos sirven como elemento para confirmar los enunciados sobre los hechos en función de su validez científica, y del grado de atendibilidad que les corresponde en el ámbito científico del que provienen. Así como se ha dicho anteriormente, es necesario distinguir cuidadosamente cuál es el tipo de ciencia de que se trata, cuál es el estatuto epistemológico de los conocimientos que suministra, cuál es su grado de atendibilidad, y cuál es el grado de confirmación que pueden aportar al enunciado de hecho sobre el que se despliega la decisión del juez. Esta diversidad de niveles de atendibilidad de los conocimientos científicos que se realizan, con fines probatorios, durante el proceso, implica una consecuencia importante: que solamente en casos particulares -con toda probabilidad no muy frecuentes- la prueba científica es capaz, por sí sola, de atribuirle a un enunciado de hecho un grado de probabilidad capaz de satisfacer el estándar de prueba que tiene vigor en esa clase de proceso.¹¹

Por su parte, el destacado maestro Alberto Bovino, señala una definición sobre el estándar probatorio en los siguientes términos: "Entendemos por estándar probatorio el grado de convicción que hay que dar por verificado para considerar probado un hecho en un momento procesal determinado".¹²

⁹ HOUÉAD, VEGA. Mario, La prueba y su Valorización en el Proceso Penal. Primera Edición. Editorial: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Nicaragua. 2007. Página 64.

¹⁰ FERRER, BELTRAN. Jordi. La Valorización Racional de la Prueba. Filosofía y Derecho. Editorial Marcial Pons. Madrid, España. 2007. Página 93.

¹¹ TARUFFO, MICHELLE. La prueba, Artículos y Conferencias. Editorial Metropolitana. México. 2020. Página 117.

¹² BOVINO, Alberto, La actividad probatoria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Sur revista internacional de derechos humanos, número 3, año 2, 2005, edición en español, Red Universitaria de

En cuanto a nuestro sistema acusatorio adversarial, tenemos que referirnos a la existencia de diversos estándares de prueba, esto dependerá de la etapa procesal en que se encuentre. Así las cargas y las exigencias son distintas en cada fase del proceso, lo que implica que los actores dentro del proceso están llamados al cumplimiento de los requisitos formales previstos por las leyes. Para el autor Zaferín Hernández, formula un estudio sobre el estándar de prueba en el contexto de la prisión preventiva oficiosa, al declarar lo siguiente:

El estándar probatorio requerido tiene el mismo rango que el exigido para el auto de vinculación a proceso y la razón estriba en que si bien la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa se impone como consecuencia de la vinculación a proceso por delito que amerite ese tratamiento cautelar, ambas determinaciones, esto es, la que vincula a proceso y la que impone la medida cautelar, no se pueden escindir, porque precisamente una deriva de la otra; por ello, la ponderación de datos de prueba para establecer su suficiencia y razonabilidad para dictar auto de vinculación a proceso, son exactamente los mismos que sirvieron de base para imponer aquella medida cautelar; dicho de otro modo, si bien en el dictado de la prisión preventiva oficiosa emitida previamente a la vinculación a proceso se parte de la presunción de que el Ministerio Público está actuando bajo los principios de objetividad y lealtad; para el momento en que el justiciable ya es vinculado a proceso, el juez de control ya no parte de presunciones del deber de lealtad de la institución ministerial, sino del análisis previo y mesurado que del auto de vinculación a proceso realizó, donde además hizo un ejercicio de ponderación de datos que lo determinó a precisar exactamente el hecho delictivo materia del proceso o incluso, ante lo expuesto por las partes, lo reclasificó; determinación que, desde luego, se basó en la actividad probatoria.¹³

Al margen de las consideraciones anteriores, el estándar probatorio exigido para el dictado de la prisión preventiva oficiosa en México, pudiera decirse que es de nivel bajo -para muchos inexistente-, ya que la sola exigencia del modelo se satisface de manera automática, basta con que el agente del Ministerio Público formule imputación, por tener por satisfecho el estándar probatorio para la procedencia de tal figura, incluso en su perjuicio y en vulneración flagrante de su presunción de inocencia.

Lo anterior acontece sin que el imputado ofrezca datos de prueba que acrediten fehacientemente su inocencia en juicio. Asimismo, se dictará dicha medida precautoria a pesar del ofrecimiento de pruebas y de su argumentación planteada y de la claridad de sus razonamientos expuestos. A diferencia de lo que acontece con la prisión preventiva justificada, en donde su diseño permite que los operadores de justicia, efectúen una valorización clara y objetiva de los hechos y de su relación implícita con los medios probatorios.

Esta medida precautoria, por su propia naturaleza, exige un debate previo entre las partes en base al principio de contradicción, para estricta observancia a las garantías de la presunción de inocencia y de igualdad ante la ley. Para el destacado estudioso Gilberto Daniel Corral López, en torno al tema, sostiene lo siguiente:

La prisión preventiva oficiosa es una pena anticipada, o como lo ha definido en un debate reciente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, una prisión automática que se impone al imputado al existir la probabilidad de su participación en un delito, de los que se encuentran en el catálogo constitucional y el catálogo que prevé el mismo CNPP. El encarcelamiento preventivo automatizado ha sido duramente criticado desde hace algunos años en la sede doctrinaria y sobre todo en la sede jurisdiccional convencional, porque entra en colisión con los principios de presunción de inocencia.¹⁴

Derechos Humanos, p. 76. Consultada en la página corteidh.or.cr/tablas/r21126.pdf

¹³ ZEFERIN, HERNANDEZ. Iván Aarón. La Prueba Libre y Lógica. Sistema Penal Acusatorio Mexicano. Instituto de la Judicatura Federal. Escuela Judicial. Poder

Judicial de la Federación. Primera Edición. 2016. México. Página 175-176.

¹⁴ CORRAL, LÓPEZ. Gilberto Daniel. Las Medidas Cautelares. Primera Edición. Editorial Flores Editor. México. Año 2023. Página 109

Al respecto Jan Jarab en su carácter de Representante en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, expone nueve razones que fundamenta la posición de la ONU-DH sobre la prisión preventiva oficiosa en México:

- 1.- La prisión preventiva oficiosa viola el derecho a la presunción de inocencia y del derecho a la libertad personal de las personas que son sujetas a estas medidas.
- 2.- La regulación y aplicación de la prisión preventiva oficiosa vulnera la independencia judicial.
- 3.- La existencia de la prisión preventiva oficiosa compromete el respeto al derecho a la integridad personal de las personas privadas de su libertad.
- 4.- La prisión preventiva oficiosa viola el principio de igualdad ante la ley y constituye una práctica discriminatoria.
- 5.- La prisión preventiva oficiosa es incompatible con las políticas de seguridad ciudadana y la apuesta por esta medida es una salida falsa en materia de seguridad.
- 6.- La existencia de la prisión preventiva oficiosa trastoca los principios y el funcionamiento del sistema de justicia penal acusatorio.
- 7.- La regulación de la procedencia de la prisión preventiva oficiosa es y podía ser aún más amplia, lo que puede derivar en el abuso de esta medida.
- 8.- La existencia y posible ampliación de la prisión preventiva oficiosa podría fomentar la falsa imputación de delitos.
- 9.- La ampliación de la prisión preventiva oficiosa viola el principio de progresividad en la protección de los derechos humanos.¹⁵

¹⁵ Fuente de localización:
https://hchr.org.mx/discursos_cartas/discurso-de-jan-jarab-audiencia-sobre-el-proceso-de-reforma-constitucional-en-materia-de-prision-preventiva-oficiosa/#:~:text=La%20prisi%C3%B3n%20preventiv

5. El Test de proporcionalidad y su vinculación con la figura de prisión preventiva oficiosa.

Tratamos con antelación que la prisión preventiva oficiosa, se aplica en automático al tratarse de algunos de los delitos que prevé el artículo 19 de la Constitución Federal, pues bien, una forma de contrarrestar su automática imposición, es a través de la herramienta hermenéutica llamada test de proporcionalidad.

Esa transición se logró mediante la sentencia dictada por la CIDH, conocida como caso *Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*, en la cual instruye al Estado Mexicano, la necesidad de desarrollar un juicio de proporcionalidad al momento de imponer una medida privativa de libertad.

Así tenemos que antes de explicar los términos de la sentencia, comenzaremos por definir los límites y alcances de la figura del test de proporcionalidad.

Daremos inicio con el posicionamiento según nuestro Máximo Tribunal Constitucional, el cual sostiene lo siguiente:

Los perfiles del test de proporcionalidad han sido delineados de modo suficientemente claro por el Pleno del tribunal constitucional: la limitación de un derecho humano por parte del legislador: a) debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) debe ser adecuada, idónea, apta, susceptible de alcanzar la finalidad constitucional perseguida por el legislador a través de la limitación respectiva; c) debe ser necesaria, es decir, suficiente para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima, de tal forma que no implique una carga desmedida e injustificada para el gobernado respectivo; y d) debe ser razonable, de tal forma que cuanto más intenso sea el límite del derecho, mayor debe ser el peso o jerarquía de las razones constitucionales que justifiquen dicha intervención.¹⁶

a%20oficiosa%20constituye,prisi%C3%B3n%20preventiva%20oficiosa%20ya%20existe. Fecha de consulta: 11 de junio de 2024.

¹⁶ Acción de inconstitucionalidad 2/2014 (p. 43). Cfr. Test De Proporcionalidad. Metodología Para Analizar

En el ámbito de la doctrina no es privativo el tema, tenemos a uno de los más grandes exponentes sobre el test de proporcionalidad, el autor Carlos Bernal Pulido, señala que:

Existen dos formas básicas para aplicar normas: la ponderación y la subsunción. Las reglas se aplican mediante la subsunción, al paso que la ponderación es la manera de aplicar los principios. Es por ello que la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente la que se desarrolla en los Tribunales Constitucionales, que se encargan de la aplicación de normas que, como los derechos fundamentales, tienen la estructura de principios. A pesar de ello, la ponderación se sitúa en el centro de muchas discusiones teóricas, que revelan que algunos aspectos tales como su estructura y sus límites, aun distan de estar del todo claros”.¹⁷

Al referirse al concepto de ponderación, sostiene: “es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan “que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.”

En lo referente a la sentencia *Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*, la CIDH sostiene:

104. Respecto del segundo punto, la Corte ha afirmado que corresponde a la autoridad judicial desarrollar un juicio de proporcionalidad al momento de imponer una medida privativa de libertad. La Corte ha considerado la prisión preventiva como una medida cautelar y no una medida de carácter punitivo, la cual debe aplicarse excepcionalmente al ser la más severa que se puede imponer al procesado por un delito, quien goza del derecho a la presunción de inocencia.

A su vez, este Tribunal ha indicado en otros casos que la privación de libertad de un imputado o de una persona procesada por un delito no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena. En consecuencia, ha subrayado que la regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal.¹⁸

Con ello, la propia CIDH, confirma la necesidad de que el Estado Mexicano, conciba a la prisión preventiva como una medida cautelar y no como una pena, como se pretende hacer ver.

Incluso gira la instrucción de manera directa a las personas operadoras de justicia, cuyo marco competencial, les faculta aplicar válidamente el test de proporcionalidad en aras de resaltar que la regla general es la libertad personal y no su debida restricción.

Resulta indudable la preeminencia que en la actualidad ha tomado el tema de la prisión preventiva oficiosa, por la sentencia emitida por la CIDH, en contra de nuestro país, en el caso: *Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*, dictada el 07 de noviembre de 2022, en la que declara la responsabilidad internacional, por la violación de diversas disposiciones de la Convención Americana de los Derechos Humanos. Al respecto, la CIDH, pone en relieve que después de agotadas sus fases procesales, declaró formalmente el reconocimiento de la responsabilidad internacional, y destacó que las figuras vinculadas a la controversia, subsisten en el ordenamiento jurídico mexicano, como son el arraigo y de la prisión preventiva oficiosa.

En ese sentido, la CIDH, establece la directriz para efecto de que los jueces -de manera obligada-, realicen una ponderación sobre una serie de elementos que son imprescindibles mismos que son localizables en el párrafo subsecuente:

105. Dado lo anterior, corresponde a la autoridad judicial imponer medidas de esta naturaleza únicamente cuando acredite que:

Medidas Legislativas Que Intervengan Con Un Derecho Fundamental (P. 915).

¹⁷ BERNAL PULIDO. Carlos. Estructura y Límites de la Ponderación. Editorial Doxa. Colombia. 2003. Página 225.

¹⁸ *Ibidem*. Página 225.

a) la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención;

b) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido;

c) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, y

d) que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.¹⁹

De esta forma, el argumento de la CIDH, descarta la posibilidad de que los operadores de justicia apliquen la medida precautoria de manera automática y sin valorar los enunciados facticos. Por el contrario, se marca la pauta a los estados miembros para la aplicación de los elementos secuenciales que conforman el principio de ponderación en la aplicación del modelo de prisión preventiva, como lo son:

a).- Idoneidad;

b).- Necesidad;

c).- Estricta ponderación.

6. La prisión preventiva oficiosa y el trato diferenciado

Ahora bien, derivado del contenido expreso de la sentencia internacional sobre el caso *García Rodríguez vs. México*, el modelo de prisión preventiva oficiosa, se vuelve a someter a estudio vía control de convencionalidad y en él se logra obtener el siguiente criterio:

172. Por otra parte, se podría también analizar si la prisión preventiva oficiosa dispuesta en el artículo 19 constitucional vulnera el principio de igualdad y no discriminación establecido en el artículo 24 de la Convención Americana puesto que el mismo introduce un trato diferente entre las personas imputadas por determinados delitos con respecto a las demás. A este respecto, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de iure o de facto. Asimismo, en caso de que el trato discriminatorio se refiera a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana en relación con las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención. La Corte recuerda que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido.²⁰

Otro de los posicionamientos emitidos por parte de la CIDH, es el establecido en el punto 173 cuya literalidad ser advierte en el siguiente párrafo:

173. En el caso de la prisión preventiva oficiosa, el trato diferenciado puede verificarse en el hecho de que quienes están imputados de cometer ciertos delitos no tendrán posibilidad de controlar ni de defenderse adecuadamente de la medida toda vez que hay un mandato constitucional que impone preceptivamente la medida cautelar privativa de la libertad. Sobre ese punto, es preciso recordar que el artículo 8.2 de la Convención estipula que, durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a distintas garantías mínimas del debido proceso. Para este Tribunal, es claro que la aplicación automática de la prisión

¹⁹ Sentencia *Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*. Consultable: 13 de abril 2024. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_c_470_esp.pdf. Página: 28.

²⁰ Datos de localización: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_c_482_esp.pdf. Fecha de consulta 17 de abril de 2024.

preventiva oficiosa sin considerar el caso concreto y las finalidades legítimas para restringir la libertad de una persona, así como su situación diferencial respecto de otros que, también al ser imputados por delitos, no están comprendidos en el elenco del artículo 19 de la Constitución mexicana, supone necesariamente una lesión al derecho a la igualdad ante la ley vulnerando el artículo 24 de la Convención Americana, y a gozar, en plena igualdad, ciertas garantías del debido proceso vulnerando el artículo 8.2 de dicho instrumento.²¹

De acuerdo a lo establecido en la sentencia internacional de mérito, el Estado Mexicano, realizó una nueva interpretación derivada del contenido del artículo 19 constitucional vía jurisprudencia, y siguiendo los criterios y directrices trazadas, se ha logrado la modificación del criterio de la prisión preventiva oficiosa, aplicable en automático en sustitución de una interpretación amplia y en consonancia con el principio pro persona reconocido en el artículo 1º de la Carta magna, en los siguientes términos:

PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA. LA IMPOSICIÓN DE ESTA MEDIDA CAUTELAR SIN UN DEBATE PREVIO ENTRE LAS PARTES, VIOLA LOS DERECHOS A LA LIBERTAD PERSONAL, A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DE IGUALDAD ANTE LA LEY.

Hechos: Se ejerció acción penal contra una persona por un delito que amerita prisión preventiva oficiosa, conforme al artículo 19, párrafo segundo, de la Constitución General. Después de ponerla a disposición de la autoridad judicial, sin debate entre las partes, se le impuso esa medida cautelar en atención al tipo penal materia de la imputación. La parte quejosa promovió juicio de amparo indirecto contra esa determinación y, como se le negó la protección constitucional, interpuso recurso de revisión.

Criterio jurídico: Este Tribunal Colegiado de Circuito determina que la imposición de la prisión preventiva oficiosa, conforme a su previsión en los artículos 19, párrafo

segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales, esto es, sin debate previo, no se ajusta al parámetro de regularidad constitucional, en contexto de los derechos del quejoso a la libertad personal, a la presunción de inocencia, así como de igualdad ante la ley, pues esa medida cautelar debe estar precedida de un juicio de proporcionalidad.

Justificación: En la sentencia del caso García Rodríguez y otro Vs. México, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado Mexicano al enjuiciar, a partir de un control concentrado de convencionalidad, a dos instituciones jurídicas domésticas, a saber: la "prisión preventiva oficiosa" y las "restricciones constitucionales."

Conforme a esta determinación y al principio pro persona, utilizado para armonizar el ordenamiento nacional con el internacional, se concluye que en los términos en que se instituye esa prisión, esto es, de forma automática, sin brindar a las partes la posibilidad de debatir su fundamento ni las razones que, en su caso, la sustenten, conlleva una pena anticipada para las personas imputadas por los delitos taxativamente previstos en el catálogo del segundo párrafo del artículo 19 constitucional, con respecto a las demás.²²

De esta manera, las sentencias antes citadas, en los casos Tzompaxtle Tecpile y otros contra México y García Rodríguez y otro contra México, - como puntualmente lo observamos-, han permeado la figura de la prisión preventiva oficiosa a grado tal, que la suspensión provisional en el Juicio de amparo indirecto, debe concederse para efecto de que la parte quejosa no sea detenida a consecuencia de una orden de aprehensión girada en su contra por algunos de los delitos enunciados en el numeral 19 constitucional que la ameriten.

Es decir, con el reciente criterio adoptado, se cumple cabalmente con los estándares

²¹ *Ibidem*. Fecha de consulta 17 de abril de 2024.

²² Registro digital: 2027993, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Tesis: I.4o.P.16 P (11a.),

Fuente:. Libro 33, Enero de 2024, Tomo VI, página 6089.

internacionales que fijó la CIDH en las sentencias internacionales de mérito.

Tan es así que al resolver un nuevo criterio de jurisprudencia sobre el tema de la prisión preventiva oficiosa, el Tribunal Federal encontró la valiosa oportunidad para pronunciarse sobre el tema, abandonando el criterio constitucional y adoptando un nuevo criterio en aras de dar cumplimiento a los fundamentos universalmente reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, avalando sobre todo el principio de interpretación conforme contenido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los siguientes términos:

SUSPENSIÓN PROVISIONAL EN AMPARO INDIRECTO. DEBE CONCEDERSE PARA EL EFECTO DE QUE LA PARTE QUEJOSA NO SEA DETENIDA, CUANDO RECLAME LA ORDEN DE APREHENSIÓN POR DELITOS QUE AMERITEN PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA.

Hechos: Los Tribunales Colegiados de Circuito contendientes sustentaron criterios contradictorios al resolver recursos de queja interpuestos contra determinaciones incidentales en relación con los efectos de la suspensión provisional solicitada contra órdenes de aprehensión por delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa.

Mientras que uno consideró inconveniente la prisión preventiva oficiosa por lo que inaplicó el artículo 166, fracción I, de la Ley de Amparo, y con fundamento en la fracción II del mismo precepto, concedió la suspensión provisional para que la persona quejosa no fuera detenida hasta que se notificara a las responsables la resolución que recayera sobre la definitiva; el otro consideró que las reglas especiales del referido artículo 166 sí resultan aplicables, pues las sentencias de la Corte Interamericana en los casos Tzompaxtle Tecpile y otros contra México y García Rodríguez y otro contra México, únicamente impactan en la figura de la prisión preventiva oficiosa y no en la orden de aprehensión ni en la regulación sobre la suspensión en la ley de la materia.

Criterio jurídico: El Pleno Regional en Materias Penal y de Trabajo de la Región

Centro-Norte, con residencia en la Ciudad de México, determina que cuando se reclame en amparo indirecto una orden de aprehensión por delito que amerite prisión preventiva oficiosa, debe concederse la suspensión provisional para el efecto de que, durante su vigencia, la parte quejosa no sea detenida.

Justificación: Es necesario adoptar un enfoque interpretativo pro persona, que busque maximizar la protección de los derechos humanos cuando se trata de delitos que ameriten prisión preventiva oficiosa.

De acuerdo con las reglas generales de la suspensión, la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora, los resolutores constitucionales no deben limitarse al efecto mencionado en la fracción I del artículo 166 citado, toda vez que no beneficia a la parte quejosani protege de manera efectiva su derecho humano a la libertad personal mientras se resuelve el caso.

Lo anterior no implica paralizar el proceso penal, pues el Juez de amparo puede conceder la suspensión provisional para efecto de evitar la detención del quejoso y a su vez tomar las medidas necesarias para asegurar su comparecencia mientras se resuelve el fondo del asunto.

Es decir, cuando la persona quejosa se presente a la audiencia inicial, el Juez natural podrá dictar las medidas cautelares pertinentes, como la prisión preventiva justificada a solicitud del Ministerio Público, sin embargo, debido a la suspensión concedida, esta medida no será ejecutable, ya que el solicitante estará bajo la jurisdicción del Juez de Distrito en lo que respecta a su libertad personal, siempre que la suspensión siga vigente.

Lo anterior implica el cumplimiento del mandato constitucional de aplicar y hacer valer en todo momento el principio pro persona contenido en el artículo 1o. de la Constitución Federal, sin que sea óbice a lo anterior que el pronunciamiento sobre la inconveniente del acto impugnado y los efectos e impacto que deben tener las sentencias internacionales en las ejecutorias

correspondientes serán abordados al resolver el fondo del asunto.²³

7. Conclusiones

PRIMERA: El actual modelo constitucional de la prisión preventiva oficiosa es inconveniente, dada su propia y especial naturaleza. Por ello, urge la implementación de las medidas legislativas necesarias a fin de que el Poder Reformador Constitucional derogue el actual modelo que ha traído repercusiones en el ámbito internacional.

SEGUNDA: El modelo vigente de prisión preventiva oficiosa representa para los especialistas, una incapacidad del Estado de actuar de manera técnica y calificada en los procesos de investigación, esto obedece esencialmente por la funcionalidad del modelo, ya que con las figuras del arraigo y de la prisión preventiva oficiosa, revelan su ineficiencia e ineptitud para investigar de manera técnica y científica por parte de las agencias del Ministerio Público del país. Si se derogan las figuras señaladas, se obligaría al Estado Mexicano a fortalecer las instituciones con fines de investigación, cuyos resultados traerían indagaciones sustentadas en datos de prueba idóneos.

8. Propuesta

Derogar la figura de la prisión preventiva oficiosa tanto de la Constitución y de las leyes secundarias, para evitar futuramente

señalamientos internacionales. En consecuencia, el Estado Mexicano debe instruir el cumplimiento irrestricto de las sentencias internacionales condenatorias que ordenan el pago por concepto de medidas de reparación.

²³ Datos de Localización: Registro digital: 2028568, Instancia: Plenos Regionales, Undécima Época, Materias(s): Común, Penal, Tesis: PR.P.T.CN. J/3 P

(11a.), Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tipo: Jurisprudencia

Fuentes de información

BERNAL PULIDO, Carlos. Estructura y Límites de la Ponderación. Editorial Doxa. Colombia. 2003. Página 225.

BOVINO, Alberto. La actividad probatoria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Sur revista internacional de derechos humanos, número 3, año 2, 2005, edición en español, Red Universitaria de Derechos Humanos, p. 76. Consultada en la página corteidh.or.cr/tablas/r21126.pdf

CORRAL, LÓPEZ, Gilberto Daniel. Las Medidas Cautelares. Primera Edición. Editorial Flores Editor. México. Año 2023. Página 109.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Seguridad y Justicia: Plan Nacional y Reforma Constitucional. UNAM. México. Año 2019. Página 135. Colecciones. Libros (Biblioteca Jurídica Virtual) [5895]. Serie opiniones técnicas sobre temas de relevancia nacional.

FERRER, BELTRAN, Jordi. La Valorización Racional de la Prueba. Filosofía y Derecho. Editorial Marcial Pons. Madrid, España. 2007. Página 93.

TARUFFO, MICHELLE. La Prueba, Artículos y Conferencias. Editorial Metropolitana. Primera Edición. México. Página 117.

ZEFERIN, HERNANDEZ, Iván Aarón. La prueba Libre y Lógica. Sistema Penal Acusatorio Mexicano. Instituto de la Judicatura Federal. Escuela Judicial. Poder Judicial de la Federación. Primera Edición. 2016. México. Páginas 175-176.

a).- Fuentes legales:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 05 de febrero de 1917 en el Diario Oficial de la Federación; 12 abril 2019. Consultada el 20 de marzo de 2023. Artículo 19.

b).- Fuentes Jurisprudenciales:

Acción de inconstitucionalidad 2/2014 (p. 43). Cfr. TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL (p. 915).

Registro digital: 2028568, Instancia: Plenos Regionales, Undécima Época, Materias(s): Común, Penal, Tesis: PR.P.T.CN. J/3 P (11a.), Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tipo: Jurisprudencia

c).- Fuentes jurisprudenciales internacionales:

ONU- Discurso del Representante en México de la Organización de las Naciones Unidas. (ONU). https://hchr.org.mx/discursos_cartas/discurso-de-jan-jarab-audiencia-sobre-el-proceso-de-reforma-constitucional-en-materia-de-prision-preventiva-oficiosa/#:~:text=La%20prisi%C3%B3n%20preventiva%20oficiosa%20constituye,prisi%C3%B3n%20preventiva%20oficiosa%20ya%20existe.

Sentencia García Rodríguez y otros contra México. Consultable: 13 de abril de 2024. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_482_esp.pdf

Sentencia Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México. Consultable: 13 de abril 2024. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_470_esp.pdf

Corte I.D.H., Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 154. Corte I.D.H., Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 182. Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 32. Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia. CCPR/C/GC/32. 23 de agosto de 2007, párr. 30.

Corte I.D.H., Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 184.

Corte I.D.H., Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 184, citando ECHR, Case of Barberà, Messegué and Jabardo v Spain, Judgment of 6 December 1988, App. Nos. 10588/83, 10589/83, 10590/83, paras. 77 y 91.

Corte I.D.H., Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33

EL ORIGEN DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO OPOSICIÓN A LA TORTURA JUDICIAL

The origin of Human Rights as opposition to Judicial Torture

MANUEL ALEJANDRO LÓPEZ RODRÍGUEZ ¹

SUMARIO 1. Introducción, 2. Objetivo, 3. Método, 4. Desarrollo, 4.1. Historia de la tortura judicial, 4.1.1 En la antigüedad, 4.1.2 La desaparición de la tortura judicial en la edad media, 4.1.3 La resurrección de la tortura medieval, 4.1.4 La tortura y la inquisición, 4.1.5 La tortura y el common law. 4.2 La oposición a la tortura, 5. Resultados y Discusión, 6. Conclusiones y recomendaciones, 7. Fuentes de información.

KEYWORDS

*Torture
Judicial Torture
Human Rights
Origins of Human Rights
History of Human Rights*

ABSTRACT

The origin of human rights is attributed to multiple cultures in different historical moments, the problem with these claims is that they tend to be anachronistic, thus is necessary to contextualize these possible origins, comparing it with these cultures and times attitudes towards judicial torture, a practice so old and universal and also so opposite to the contemporary idea of human rights that facilitate to determine the axiological context to these attributable origins.

PALABRAS CLAVE

*Tortura
Tortura Judicial
Derechos Humanos
Orígenes de los derechos humanos
Historia de los Derechos Humanos*

RESUMEN

El origen de los Derechos Humanos es atribuido a múltiples culturas en distintos momentos históricos, el problema con esto estas atribuciones es que tienden a ser anacrónicas, por ello es necesario contextualizar éstos posibles orígenes, comparándolos con las actitudes de dichas culturas y momentos a la tortura judicial, una practica tanto antigua y universal como opuesta a la idea contemporánea de los derechos humanos que facilita determinar el contenido axiológico de los orígenes atribuibles.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0 International License. Como lo indica la licencia: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.en>



Recibido: 02/09/2024
Aceptado: 04/01/2025

Como citar este artículo: LÓPEZ Rodríguez, Manuel Alejandro, "El origen de los Derechos Humanos como oposición a la Tortura Judicial.", en *Ubi Societas Ibi Ius*, México, Vol. IV, Año III, enero-junio de 2025, pp. 55-72

¹ Docente del Campus Parral de la Universidad Autónoma de Chihuahua, México, Maestro en Derechos Humanos, Datos de contacto: mlopezrod@uach.mx, ORCID: 0009-0009-2915-5296

1. Introducción

En la actualidad es incontrovertido decir que los *derechos humanos son el principio fundamental de los sistemas jurídicos contemporáneos*, siendo los instrumentos por lo cuales se limita el actuar de los agentes de los Estados y la base de los discursos de reivindicación de los grupos más desfavorecidos por los sistemas jerárquicos de la actualidad, por ello es no solo interesante sino muy importante para los estudiosos del Derecho conocer el origen de esta idea tan importante para la ciencia jurídica; existen varias hipótesis para plantear los orígenes de cada uno de estos, por ello analizaremos unas cuantas para comenzar con este análisis del origen.

Algunos proponen un origen con Ciro el Grande de Persia que tras conquistar Babilonia creó un edicto justificando su poder sobre los conquistados¹, otros consideran que el verdadero origen proviene de la idea de la existencia de un orden natural y justo precedente al poder, como lo menciona Sófocles en su tragedia de la Antígona cuyo conflicto trata de la existencia de un Derecho previo al creado por los hombres y que este último tiene que estar sujeto al primero.²

Otros tratan de encontrar un origen judeo-cristiano de los Derechos Humanos, ya sea partiendo de la existencia de garantías de protección de los más débiles en el Antiguo Testamento³, o que la noción de libertad humana existe gracias al desarrollo del pensamiento cristiano durante los últimos años de la edad media,⁴ o que durante la escolástica medieval

fueron surgiendo una serie de ideas sobre el derecho subjetivo y partiendo del *fas* y el *ius* Isidoro de Sevilla, hasta llegar a la segunda escolástica española de la escuela de salamanca que desarrollaron los conceptos del derecho natural y del internacional que con su laicización darían origen a los Derechos Humanos que después serían positivizados en las declaraciones del siglo de las revoluciones.⁵

Otros consideran que es a partir del llamado descubrimiento de América que la interacción entre colonos Europeos y habitantes nativos, entre ellos se menciona a Bartolomé de las Casas que en su obra crítica el tratamiento de los colonos españoles respecto al trato de los indígenas, lo cual es considerado como un eslabón esencial entre el pensamiento iusnaturalista europeo y las nociones de libertad que a la larga crearían el concepto de Dignidad Humana.⁶

Existe una noción muy difundida en los países de la tradición jurídica del *common law* que con la Carta Magna de 1215 comenzó el camino para el reconocimiento de éstos, o que con los puritanos ingleses que huyeron al nuevo continente que pudieron crear comunidades en las cuales practicar libremente su religión y que con esto se originó o al menos contribuyó en su posterior positivización.⁷

pero como en la actualidad no existe una uniformidad universal que condene tales conductas y es frecuente encontrar justificantes a éstas; es por ello que la tortura judicial es el contextualizador ideal.

¹BERNAL Ballesteros, María José, *Luces y sombras del ombudsman. un estudio comparado entre México y España*, Toluca, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México-Universidad de Santiago de Compostela, 2015, p.25,

²GABRIELIDIS, Graciela, "Reflexiones sobre la Antígona de Sófocles" En Melibea, Mendoza, Argentina, volumen 3, 2009, p. 43-50. <https://bdigital.uncu.edu.ar/7952>.

³LEFEBURE, Leo D., "Ancient mediterranean roots of perspectives on human rights", en *Philosophy and Canon Law*, Katowice, 2017, Vol. 3, pp. 7-18,

⁴ MARTÍ Sánchez, José Ma., "La Teoría de los Derechos Humanos: Evolución y Crisis." En DEJUÁN, Óscar, GONZÁLEZ Carrasco, Carmen et. al. (Eds.), *Construir sobre Roca*, Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, España, 2020 p.68-69,

⁵RODRÍGUEZ Moreno, Alonso, *Origen, evolución y positivización de los derechos humanos*, México, CNDH, 2015, Colección de Textos sobre derechos humanos, pp.13-47,

⁶PINO-MONTOYA, José Wilmar, "Aportes de Bartolomé de las Casas a la teoría actual de los derechos humanos" en Hallazgos, Bogotá, vol. 17, n.º 33, 2020, pp. 221-253, <https://doi.org/10.15332/2422409x.5240>

⁷WITTE, John Jr., "Puritan Sources of Enlightenment Liberty" en OWEN, John IV, y OWEN, J. Judd. (Eds.) *Religion, the Enlightenment, and the New Global Order*, New York, Columbia University Press, 2011, Columbia Series on Religion and Politics, pp. 140-173, <https://doi.org/10.7312/owen15006-007>

Por ello si se ha de preguntar *¿Cómo surgieron los Derechos Humanos?* o *¿Dónde?* se van a encontrar gran variedad de respuestas como se aprecia en los párrafos anteriores, un jurista iraní pudiera responder que en la Antigüedad con Ciro el Grande y su cilindro; un jurista español en la escuela de Salamanca con sus pensadores y contemporáneos como Suarez, De las Casas y Menchaca; un jurista estadounidense que con los puritanos de Plymouth que después influenciaron a los padres fundadores y así sucesivamente, cada quien puede estar influenciado ya sea por la convicción religiosa, el origen y orgullo nacional o incluso el desconocimiento de la historia jurídica de los otros pueblos, por ello es importante hacer una advertencia al estudio del origen de los derechos humanos.

Samuel Moyn hace tal advertencia sobre el estudio de la historia de los derechos humanos⁸, está la ejemplifica con citando a Jorge Luis Borges *Cada escritor crea sus precursores. Su labor modifica nuestra concepción del pasado, cómo ha de modificar el futuro.*⁹

Si bien ahora reconocemos la importancia de los derechos humanos tenemos también un problema para determinar su estudio, de dónde partimos, qué tan profundo hacemos este estudio y que tan atrás nos remontamos, tal como pudiéramos decir que Zenón, Hen Yui y Kierkegaard influyeron en la obra de Kafka y pudieran ser considerados sus predecesores, en verdad solo lo decimos en retrospectiva porque sus obras nos recuerdan a lo que Kafka escribió, así pasa con los derechos humanos; en el contexto contemporáneo la lectura del Cilindro de Ciro, la Antígona de Sófocles, El eclesiástico de Jesús Bin Sira, las obras de los eclesiásticos medievales, de los iusnaturalistas del renacimiento puedo hacer deducir la afirmación de que *están hablando de derechos humanos*, porque nos recuerdan a los derechos humanos que ya conocemos.

Por ello en este estudio para evitar caer en esta trampa es conveniente contraponer la idea moderna de los derechos humanos y nuestra

visión contemporánea de ella con el estudio de una institución jurídica que sea tan antigua y tan universal como todos estos posibles orígenes, y con esta *limpiar nuestro paladar* de toda noción posterior de estos posibles orígenes, también es necesario que esta idea sea distante y discordante con la idea de derechos y la figura que pudiéramos emplear es la tortura judicial.

2. Objetivo

Identificar las actitudes de las culturas y lugares que se han propuesto como posibles orígenes a los Derechos Humanos hacia la práctica de la tortura judicial para comparar dichas actitudes sobre la idea contemporánea de los derechos humanos para poder identificar si tal cultura en dicho momento adjudicaba un valor a la información obtenida por medio de la tortura u el orden social que propiciaba, mas que la integridad corporal de las personas.

3. Método

Al tratarse de una investigación sobre los orígenes de la idea moderna de los Derechos Humanos y sus antecedentes pre modernos es necesario emplear una metodología basada principalmente en el método histórico, esto debido a que se requiere comprender el entendimiento de los sistemas normativos en su tiempo y a la evolución de estos, también al poner en relieve la relación entre tortura judicial como contextualizador de los valores de los sistemas normativos es necesario aplicar en conjunto el Método analógico, para comparar la practica de la tortura judicial en aquellos tiempos con la idea contemporánea de la dignidad humana.

4. Desarrollo

4.1. Historia de la tortura judicial.

La tortura Judicial es útil para contextualizar todos los posible orígenes, de los Derechos Humanos pero antes de entrar en su estudio es necesario diferenciarla de la tortura en general; si bien el concepto jurídico de la tortura es muy

⁸MOYN, Samuel, *The last utopia human rights in history*, Cambridge, Massachusetts & London, Belknap-Harvard, 2010, pp. 11-12.

⁹ BORGES, Jorge Luis, "Kafka y sus precursores" en *Obras completas de Jorge Luis Borges*, 14ª ed., Buenos Aires, Emecé, 1974, p.712.

extenso y se caracteriza mas por los debates de las conductas que entran o no en su definición,¹⁰ el jurista se puede ver tentado a utilizar una definición de tortura, como la de la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura que la define en su primer artículo como:

Todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentes a éstas.¹¹

A pesar de que encontramos en esta idea lo que es el entendimiento de lo que es la tortura se puede caer en un error, el mismo error que queremos evitar, retroaplicar conceptos contemporáneos, incluso conceptos que están diseñados para una sociedad occidentalizada, en el entendimiento histórico de conceptos, por ello es importante buscar un concepto distinto de tortura,¹² si bien es cierto que para definir a la tortura en su totalidad, en especial la tortura absoluta se puede definir como el diseño de la *aplicación de lo insoportable*, tanto físico, emocional, psicológico, una definición que no soporta de distinciones de grado de daño, del sujeto o de intención.¹³

Por ello, para no confundir entre lo que es la tortura en la actualidad, como practica ilegal y antigarantista que se debe de combatir sin ningún tipo de distinción ni justificación de la que históricamente se efectuaba antes de su prohibición, porque esta era justificada, legal,

distinguida por sus sujetos, daño e intenciones, por ello a esta practica se le llamara como tortura judicial; también es necesario hacer la distinción, aunque sea a veces muy tenue, entre diversas practicas como las penas corporales, ejecuciones y otras practicas que son similares o sucesivas a la tortura judicial, las cuales tienen propósitos distintos, pero que producían efectos similares.

4.1.1 En la antigüedad.

El empleo de la tortura para encontrar la verdad durante los procedimientos judiciales ya era practicada en la Antigüedad, existen testimonios de su empleo desde Egipto y Cartago en el norte de África y en Persia, Asia Menor, Fenicia en el Oriente próximo, así como en Grecia y Roma en Europa.

En el caso del Imperio Aqueménida, el que fue fundado por Ciro de Persia, la practica de la tortura judicial se efectuaba en conjunto a rituales religiosos, en lo cuales la aplicación de metales fundidos, como el latón, en el cuerpo de un sospechoso de mentir se empleaba como un ritual de purificación, al honesto se decía que el metal fundido le sería como leche caliente, pero al mentiroso le quemaría la mentira y esta sería destruida con su muerte.

En el caso de la ley mosaica es interesante, porque el derecho judío, o Halajá, se practicó por extensos periodos de tiempos y a veces en simultaneo con otras tradiciones jurídicas por ello no es monolítico, existen varios debates sobre si es permitido o no la tortura judicial en la Halajá, por ello se ha mencionado que la postura mas neutra sobre este tema es que la coacción física leve existió como una técnica de interrogatorio de ultima instancia tanto en asuntos religiosos como mercantiles, pero a través del tiempo, literalmente siglos, estas

¹⁰GARCÍA Cívico, Jesús, *La tortura. Aspectos jurídicos, sociales y estético-culturales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019 p.29.

¹¹ Convención Contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Diario Oficial de la Federación, México, 6 de marzo de 1986.

¹² EINOLF, Christopher J., "The fall and rise of torture: a comparative and historical analysis" en *Sociological Theory*, Washington D.C., vol.25, núm. 2, 2007, pp. 101-121, <https://doi.org/10.1111/j.1467-9558.2007.00300.x>

¹³GARCÍA Cívico, Jesús, *op. cit.*, pp. 114-115.

técnicas quedaron insostenibles debido a la ansiedad rabínica respecto a esos usos de fuerza en los procedimientos judiciales.

En la antigua Grecia la práctica de la tortura era asociada con la esclavitud y esta era frecuente practicada para interrogar a esclavos para encontrar pruebas contra sus amos, o por sus amos como un medio discrecional de disciplina, en el caso específico de la Atenas de Sófocles existe duda sobre la existencia practica de la tortura en sus cortes, se considera que la tortura era aceptada como una forma confiable de conseguir evidencia verdadera, pero tal vez legada de tiempos inmemoriales y que para los tiempos de Aristóteles siendo obsoleta o al menos no practicada, aunque eso no limita su mención por el mismo filósofo dentro de su retórica como una de los cinco argumentos de los discursos forenses, junto con las leyes, contratos, testigos y juramentos, aunque con un escepticismo sobre su funcionamiento.

La tortura judicial se menciona en todas las constituciones imperiales del Codex Theodosianus de los años 312 a 423 de la Era común (E.C.) hacen mención y reglamentan la tortura como forma de acreditar pruebas en procesos.

Pero antes de entrar en el estudio de la tortura judicial en el derecho romano es necesario hacer una distinción entre ésta y la pena corporal, la cual consiste en el objetivo de cada una de estas, si bien es cierto que tanto la tortura como la pena corporal buscaban imponer un dolor en el cuerpo y a veces empleaban métodos idénticos para lograrlo, la última intenta castigar de forma publica y ejemplar una conducta llegando a matar; mientras que la segunda buscaba prolongar el dolor lo mas posible para conseguir un fin, como asegurar la confesión del reo o el testimonio de un testigo no cooperativo, a su vez la pena corporal no estaba limitada a una clase social determinada porque desde barbaros y esclavos hasta senadores y emperadores podían ser castigados corporalmente, mientras que la tortura tenia excepciones de clase y hereditarias.

Por ello la tortura se relaciona figura jurídica procesal romana de la quaestio que es un interrogatorio judicial a un testigo que no

necesariamente podía emplear la tortura, la cual se contempla desde tiempos de la república, en la cual se describen e imponen en qué casos era lícito y cuando no se podían aplicar.

Al igual que en Grecia, la tortura era una característica del servilismo social que existía en la antigua Roma, y a esto se le puede agregar la existencia de una clara relación que guardaba la tortura con la esclavitud ya que la libertad tenia allegada una excepción a ser puesto bajo tortura, tanto que existía en el derecho romano una excepción a la tortura de esclavos in capite dominorum esto significa que no se podía torturar a un esclavo para conseguir una testimonio en contra de sus dueños, en claro beneficio de estos últimos, que incluso en el Codex Theodosianus se estipulo la inscriptio que era una promesa en que el acusador se comprometía a sufrir la pena en caso de no probar la acusación y que también incluía la indemnización del daño, con bienes o con la propia cabeza, en caso de la inocencia de los esclavos torturados.

En los tiempos del Principado se empezó a aplicar cada vez más para hombres libres en casos de delitos graves, aunque ya en el siglo III el jurista Ulpiano consideraban que la practica de la tortura necesitaba de una pericia ya que el exceso de fuerza le quitaría credibilidad a la confesión obtenida, pero fue en el siglo siguiente cuando la tortura empieza a ampliarse a cada vez mas casos como los crimines contra la majestad imperial, la falsificación de moneda, la hechicería y cada vez con menos excepciones y aunque la credibilidad del testimonio obtenido bajo tortura se reconoce que es dudosa debido a la actitud respecto a su empleo es de insensibilidad.

Si bien ya para el siglo V el influyente pensador católico Agustín de Hipona se oponía al empleo generalizado de la tortura considerándola un error en los juicios humanos cuando la verdad permanece oculta, condenando la tortura porque en si se desconoce la condición de inocencia del acusado, si bien reconociendo que los jueces lo hacían para evitar la ejecución de un inocente, consideraba que ello seguía siendo intolerante porque si de la tortura llegaba a la muerte se seguiría ignorando la verdad de los hechos y

seguiría siendo un pecado, y que esta debería ser contenida, esto no necesariamente significa que Agustín buscará abolir la tortura, pero si limitarla a casos específicos, y tal es la actitud que el derecho eclesiástico adoptó respecto al empleo de la tortura, tratando de limitarla, para evitar tanto declaraciones falsas para evitar poner en peligro la salvación del alma del juez quien la empleaba.

Pero que a pesar de estos riesgos la tortura seguiría siendo empleada por la tradición jurídica germánica principalmente en el reino visigodo, en la antigua Hispania romana, si bien en un principio en esta tradición jurídica el delito era una ofensa personal y la función del juez era arbitrar conflictos entre particulares la idea de torturar a un hombre libre para forzar una confesión o conseguir testimonio resultaba ajena, pero al entrar en contacto con la tradición jurídica romana y sus instituciones se fueron infiltrando a las instituciones germánicas.

Se puede apreciar que en los tiempos de Ciro, como en los de Sófocles, como en los del antiguo reino de Judá la existencia de la tortura era común, frecuente y justificada por los sistemas jurídicos, tanto que el derecho romano no es único ni especial.

4.1.2 La desaparición de la tortura judicial en la edad media.

En el siglo VI con su breviario el Rey Visigodo Alarico incorpora a nueve de las constituciones del *Codex Theodosianus* y las sentencias de Paulo las cuales incluyeron reglas sobre la aplicación de la tortura como su limitación a solamente a causas criminales y sucesorias, estableciendo que su practica debe ser excepcional y no la primera forma de conseguir evidencia, copiando excepciones y protecciones de la misma forma que el derecho romano, como por ejemplo, que cuando se practica a varios se debe comenzar con el mas tímido o joven de los acusados, que no se debe de practicar a mujer embarazada y que no

existe excepción frente a crimen contra la majestad real.¹⁴

Ya para el siglo VII aparece en la recopilación del derecho visigodo llamada *liber iudiciorum* en donde la tortura se mantendría pero sería mas leve y se otorgaron mas garantías al hombre libre, prohibiéndola para sacar testimonio, dejando su empleo solo para confesiones de los reos, quedando esta forma de tortura exclusivamente aplicable a los siervos,¹⁵ posteriormente los reyes Chivandisto y Ervigio fueron elevando la cuantía necesaria para invocar la *inscriptio* y la *quaestio*, para hacer cada vez más difícil solicitarla y por esta vía se estaba procediendo a un abandono práctico de esta institución.¹⁶

Ya para el siglo VIII, el final de la España Visigótica y la víspera de la conquista Omeya de la península, la practica de la tortura judicial estaba desapareciendo, Martínez Diez menciona dos razones por la cual dejo de ser tan frecuentada, primero que la circunstancia del poder de los reyes cristianos estaba disminuyendo ya que sus dominios eran cada vez mas pequeños, por lo cual ya no tenían el mismo poder que los emperadores romanos y tuvieron que reconocer cada vez mas privilegios frente a sus súbditos incluyendo garantías judiciales, como la vieja tradición germánica de que la libertad significa inmunidad ante la tortura, tambien la simplificación del derecho en dicha época, que derivada de la debilidad del poder de los monarcas hacia cada vez que sus instituciones emplearan menos formalismo como la *inscriptio*,¹⁷ Panateri concuerda con esta explicación mencionando que la falta de funcionarios especializados haría difícil el empleo de las instituciones jurídicas romanas, incluyendo la tortura, las cuales se volvieron a hacer cada vez más exóticas y menos practicadas en la realidad social.¹⁸

Existe un sano escepticismo sobre si en verdad desapareció, al menos en el resto de Europa Occidental, la tortura; se argumenta que la

¹⁴Idem pp. 234-235

¹⁵Idem pp.240-241

¹⁶Idem pp. 240-247

¹⁷Idem p. 249.

¹⁸PANATERI, Daniel Alberto, *op. cit*, p.95

ausencia de pruebas de su empleo entre los siglos VIII y IX no se pueda interpretar como una prohibición, y que es difícil de olvidar el empleo de esta, mas en una sociedad con gran influencia de una religión cuyo fundador fue torturado y en donde muchos de sus santos y mártires también la sufrieron, considerando que mas que una abolición a la tortura en esta época fue un desuso formalista de esta.¹⁹

Se puede concluir que desde la aparición del derecho romano codificado hasta la alta edad media el empleo de la tortura como forma de averiguar la verdad era una consecuencia del poder centralizado y de la existencia de una división social en clases, con una mas desfavorecida que otra, por lo cual el infligir un dolor para conseguir información que pudiera ser empleada como una confesión o testimonio en un proceso que justificara el actuar de la justicia, incluso posteriormente al hecho.

Por ello una sociedad en donde el ejercicio del poder es más descentralizado, como las sociedades germánicas antes de su interacciones con el imperio romano, o los reinos cristianos derivados de la fragmentación del imperio romano, no reglamentaban con tanto formalismo la existencia de un proceso de tortura para la administración de justicia, o al menos la limitaba en aquellas personas que no tuvieran la condición de personas plenas, pero un poder mas centralizado, como el principado romano, podía darse el lujo de emplear la tortura incluso en personas con ciertos privilegios.

Por ello en la antigüedad y en la edad media el empleo de la tortura derivaba de la situación política de la autoridad con el poder que tenia para aplicarla, una sociedad centralizada con funcionarios especializados, la podía aplicar y justificar de manera mas fácil que una autoridad descentralizada y sin este tipo de funcionarios, por lo cual no se puede negar que la tortura

decreció en su practica formal en la alta edad media europea, pero no podemos concluir que desapareciera del todo, la ausencia de evidencia no significa evidencia de ausencia, pero si significa que la tortura como practica judicial reglamentada dejo de practicarse, porque el derecho romano como tal dejo de practicarse en gran medida.

4.1.3 La resurrección de la tortura judicial

En Europa Occidental entre los siglos VI y siglo XI se tuvo un conocimiento pobre del derecho romano,²⁰ no se perdió pero sí se dejó de aplicar²¹ como ya se analizó este fue el caso de la tortura judicial.

En el siglo XII en Bolonia el jurista Irnerio inició tanto una *Universitas* como una corriente que revitalizó el estudio del derecho romano,²² que se desarrolló en torno de la interpretación del *codex iuris civilis* de Justiniano, y del resto de normas romanas, interpretando críticamente el texto de tales normas con la intención de aclararlo por medio de atender al texto de las leyes estudiadas o de encontrar la razón del legislador, como comentario en glosas, por lo que a quienes lo aplicaban se le conoció como *glosadores*.²³

Éste método inició un periodo de revitalización que se ha conocido como *la segunda vida del derecho romano*²⁴, se propagó fuera de Bolonia con estudiantes que procedían de fuera de Italia, conocidos como *ultramontanos*²⁵, este método se empezó a emplear a otras normas, como las consuetudinarias germánicas.²⁶

El desarrollo del método de los glosadores coincidió con el redescubrimiento de los modelos de lógica aristotélico que revalorizaron a los textos de la antigüedad romana, tal como Irnerio hizo con el código de Justiniano, Ibn Rushd

¹⁹SCHMOECKEL, Mathias, *op. cit.* pp.269-275

²⁰MARGADANT, Guillermo F., *La segunda vida del derecho romano*, México, Miguel Angel Porrúa, 1986, p.86 <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/553-la-segunda-vida-del-derecho-romano>

²¹BERNAL Gómez, Beatriz, *Historia del Derecho*, México, Nossá-UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, Colección Cultura Jurídica, pp. 108-109.

²²MARGADANT, Guillermo F., *op. cit.* p. 88

²³*Idem* p. 111

²⁴BERNAL Gómez, Beatriz, , *op. cit.* pp. 107-109.

²⁵MARGADANT, Guillermo F., *o p. cit.* p. 124.

²⁶*Idem*

(Averroes) hizo lo mismo con las obras aristotélicas²⁷.

Ibn Rushd empleó dos modelos propios de la tradición jurídica islámica, la exposición sistemática, y la exégesis literal, combinando ambos métodos, haciendo comentario de la obra de Aristóteles²⁸, los comentarios de Ibn Rushd empezaron a ser traducidas al latín en el siglo XI y ya eran comunes en el siglo XIII tanto que Roger Bacon consideraba imprescindible el conocer árabe junto con hebreo y griego para el conocimiento de fuentes originales, y Alberto Magno y su discípulo Tomás de Aquino en quienes se aprecia la influencia de Averroes en sus obras teológicas,²⁹ lo cual permitió el empleo de la dialéctica aristotélica en el método tomista éste último no es uno meramente uno exegético, sino uno que permite recoger y ordenar una pluralidad de puntos de vista para llegar a conocer la pluralidad de dimensiones que manifiesta de toda realidad concreta³⁰, a este método se le ha llamado también como *escolástico*.³¹

Los juristas europeos de los siglos XIII y XIV siguieron empleando el método de los glosadores pero también introdujeron la lógica y dialéctica aristotélica desarrollada por los escolásticos, y la aplicaron más a la práctica jurídica, también siguiendo con el ejemplo de los ultramontanos de estudiar derechos distintos al romano considerando a éste solamente como supletorio de los demás, creando una visión más práctica, útil, amplia y libre del derecho que la de los glosadores de antaño, por lo cual se les conoce como *postglosadores* o *comentadores*,³² se ha mencionado que parte del método de los

postglosadores consistía en *romanizar* las nuevas ramas del derecho, como el derecho feudal y el internacional privado, creando nuevas instituciones o doctrinas sustentadas en frases secundarias del *corpus iuris civilis*.³³

Si bien esta segunda vida del derecho romano coexistió con el derecho propio de la iglesia católica, el canónico, existían conflictos de incompatibilidad entre ambos en diversidad de materias, aunque debido a que la mayoría de las universidades enseñaban ambos tipos de derecho al mismo tiempo y muchos juristas medievales, como Bartolo de Sassoferrato, eran doctores en ambos derechos eso propició que se unieran ambos formando un derecho común, que fue un extracto del conocimiento jurídico de la Europa Occidental.³⁴

Por ello para sistematizar lo anterior, el derecho romano más que haber sido olvidado y recordado, fue más bien desfasado por la necesidad práctica y adoptado de nuevo, después de que las sociedades medievales de la Edad Media comenzaron a ser cada vez más centralizadas y con funcionarios más especializados que pudieron darle funcionamiento a tales instituciones, con el origen de las universidades y la adopción de un método de trabajo por escolásticos, por ello es importante comprender esto para analizar el cómo la readaptación del derecho romano intervino en la reaparición de la tortura judicial y para ejemplificarlo tomaremos el caso de la readopción de la tortura en la Castilla de la baja edad media, cuando el Rey Alfonso X de Castilla mandó a compilar el derecho de su reino en lenguaje vernacular de forma sistematizada,

²⁷ PUIG Montada, Josep, "El proyecto vital de Averroes: explicar e interpretar a Aristóteles", en *Al-Qanṭara*, Madrid, Vol. 23 Núm. 1, 2002, pp. 11-52, <https://doi.org/10.3989/alqantara.2002.v23.i1>

²⁸ *Ibidem* pp. 51-52.

²⁹ RAMÓN Guerrero, Rafael, "Avempace en las obras de Santo Tomás de Aquino", en *Anuario Filosófico*, Pamplona, 2015, vol. 48, n. 1, pp. 55-78 <https://hdl.handle.net/10171/38593>

³⁰ VALLANÇON, François, "El método del derecho en Santo Tomás de Aquino." en *Revista Verbo*, Madrid, Número 135-136, Serie XIV, mayo-junio-julio, 1975, pp.

681-704

<https://www.fundacionspeiro.org/verbo/1975/V-135-136-P-681-704.pdf>

³¹ LÉRTORA Mendoza, Celina A., "Dos modos del método escolástico en Tomás de Aquino" en *Revista española de filosofía medieval*, Córdoba, España, Año 2010, Número 17 pp. 93- 102, <https://journals.uco.es/refime/article/view/6148/576>

³² BERNAL, Gómez, Beatriz *op. cit.* p. 115

³³ MARGADANT, Guillermo F., *op. cit.* pp. 128-129.

³⁴ *Idem* pp. 141-149.

influenciada por los glosadores, pero que contiene influencias no solo romanas sino también germánicas y canónicas.³⁵

La recopilación de la legislación castellanas conocida como el *Libro de las leyes* pero mas conocidas en la actualidad como las *Sietes partidas de Alfonso el Sabio* son el texto jurídico más influyente de la historia del derecho español³⁶, la legislación alfonsí continuó con los esfuerzos de unificación jurídica de los diversos ordenamientos de sus dominios que su predecesor Fernando III había comenzado con el *fuero juzgo*, una recopilación del derecho leones, pero de forma más ambiciosa ya que empleando el principio de que el rey es emperador en su propio reino, pretendió conseguir los monopolios legislativo y judicial en su dominio que estaba fragmentado en distintos jurisdicciones cada una con sus propios fueros y privilegios de sus vasallos tanto laicos, eclesiásticos como los de las ciudades.

Alfonso X intentó lograr ese monopolio legislativo creando primero con una legislación única llamada el *espéculo*, una forma de constitución, pero posteriormente cambió su estrategia para evitar conflicto con sus vasallos, creando una recopilación del derecho castellano conocida como *fuero real*, la cual se concedió tanto a Castilla y a los nuevos territorios conquistados, por lo cual en lugar de conseguir el monopolio legislativo con la unificación de las leyes de sus dominios prefirió ir por la vía de conseguir una uniformidad legislativa, y en lugar de imponer una única legislación a todos sus dominios, que era el objetivo de su *espéculo*, creó una obra didáctica, un compendio del derecho de su época, las ya mencionadas partidas, que para el siglo XIV durante el reinado de Alfonso XI, su bisnieto, ya habían reemplazado a la obra jurídica romana y ya sería no sólo didáctica sino ley

positiva³⁷, y entre las figuras que regulaban se encuentra la tortura.

Panateri considera que en el caso de la readaptación de la tortura judicial en Castilla atendió a esta realidad de un mayor control de la autoridad central del soberano sobre su feudo y por ello concluye que:

integrar una obra compilatoria de leyes como el Derecho Romano no implica necesariamente establecer la tortura. Muy por el contrario, este universo jurídico proveía la posibilidad, pero la adopción de dicha institución tuvo más bien que ver con la necesidad de poder establecer, desde “fuera” y a partir del prestigio que el Derecho Romano otorgaba, una práctica que conjugó las mejores cartas en un proceso de construcción de una autoridad incontestable.³⁸

En el caso Castellano la readopción del derecho romano y la elaboración de un derecho nuevo a partir de esta *resurrección*, en otras palabras la centralización del poder en el Rey pudo permitir la reaparición de viejas instituciones y la justificación de nuevas con analogías al pasado imperial romano, por ello en el caso de la tortura es conveniente tomar a las siete partidas como caso de análisis para comprender el como la tortura volvió a justificarse dentro de los procedimientos penales en la baja edad media.

La adopción de la tortura judicial resulta un retroceso jurídico, el contenido de las Siete Partidas no es mas que una adopción y reinterpretación de las Constituciones teodosianas, Martínez Diez menciona que las disposiciones de las siete partidas no son para nada originales y son una *brutal regresión* a las normas romanas pues pierden la progresividad conseguida por los fueros locales e incluso por el *liber iudicorum*, opinando que la diferencia mas marcada entre ambas normativas resultan ser

³⁵Idem p. 217.

³⁶GARCÍA-GALLO de Diego, Alfonso, “El Libro de leyes de Alfonso el Sabio” en *Anuario de historia del derecho español*, Madrid, Núm. 21, 1951 pp. 345-528, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=H_1950

³⁷ SÁNCHEZ-ARCILLA Bernal, José “Nuevas reflexiones sobre la obra legislativa de Alfonso X el Sabio” en *Anales*

de la Real Academia de Doctores de España, Madrid, Volumen 7, número 2, 2022, pp. 393-410

[https://www.rade.es/imageslib/doc/V7N2-11-](https://www.rade.es/imageslib/doc/V7N2-11-AX_SANCHEZ-)

ARCILLA_Alfonso%20X%20obra%20legislativa.pdf

³⁸PANATERI, Daniel Alberto, p.108

que mientras en *liber* la tortura siempre tenía que estar precedida de la solicitud de la *acusatio* en las siete partidas esta era de oficio por parte del juez, no existe una responsabilidad individual respecto a la aplicación de la tortura, y como la legislación alfonsí se encuentra sustentada en el derecho común desarrollado por las escuelas de derecho dominantes en esta era de la plena edad media los jueces no dudarán en aplicar el tormento.³⁹ En palabras del mismo autor :

...abre la puerta a todos los abusos y a los errores judiciales más graves como lo demostraran más tarde los tristemente célebres procesos de hechicería, donde millares de inocentes morían en la hoguera tras haber confesado en los tormentos un inexistente crimen de brujería.⁴⁰

Por ello no solo se trata de una regresión sino una restitución de un derecho olvidado, perdido o mejor dicho hecho inoperante por las situaciones políticas que favorecen la descentralización del poder, pero cuando las condiciones volvieron a permitirlo, la tortura judicial volvió como síntoma de ese poder centralizado y absoluto,⁴¹ el nexo ente tortura y poder político es innegable, ya que la tortura alimenta un terror a la cara cínica y tiránica del poder, además de la *utilidad pública* que puede proporcionar a expensa de los intereses individuales.⁴²

4.1.4 La tortura y la inquisición.

El empleo de la tortura judicial también propició que la confesión se convirtiera en la *reina de las pruebas* en especial en los procedimientos contra delitos especiales y célebremente contra la herejía de la cual es difícil encontrar otro tipo de pruebas,⁴³ y es interesante la relación entre ésta y la tortura, en especial si se le suma a la herejía

surgió como institución jurídica al considerarla como el crimen más grave de todos, uno contra la divinidad donde el que lo cometía ofendía contra Dios mismo, por ello su institucionalización y positivización siguió el modelo del crimen de lesa majestad del derecho romano,⁴⁴ siendo esto un ejemplo de la racionalidad del pensamiento de los postglosadores al *romanizar* una nueva figura jurídica.

Por ello, el empleo de la tortura no era exclusiva del soberano temporal que es emperador en su dominio sino que también con la iglesia.

El siglo XII fue uno caótico para la iglesia romana, las constantes cismas y el conflicto con el *Emperador* hizo que la autoridad papal mermara durante el pontificado de Alejandro III por lo cual surgieron movimientos, como los cátaros, en el norte de Italia y sur de Francia que tuvieron que ser aplastados con una cruzada similar a las que se efectuaron Palestina para mantener el reino cristiano de Jerusalén.⁴⁵

Es por estas circunstancias que para 1184 la Herejía, es decir la predicación libre y contraria a las creencias de la iglesia sobre la Eucaristía, el bautismo, la remisión de los pecados y el matrimonio, se consideraba como un *crimen de lesa majestad*⁴⁶ y en bula *Ad abolendam* del papa Lucio III instruyó el deber de oficio de cada obispo de la iglesia de perseguir a la herejía, por lo cual esta bula ha sido considerada como la *Carta Magna* de la inquisición⁴⁷ y es con esta que la iglesia latina comienza a denunciar como herejes a varios movimientos.⁴⁸

La lucha contra los herejes se institucionalizó con la creación de la inquisición como institución de derecho canónico en el papado de Inocencio IV y posteriormente se ampliará su alcance contra

³⁹MARTÍNEZ Diez, Gonzalo, *op. cit.* p.262.

⁴⁰*Idem*

⁴¹PANATERI, Daniel Alberto, *op. cit.*, pp.94 y 104-105.

⁴²LA TORRE, Massimo, LALATTA Costerbosa, Marina *¿Legalizar la tortura?: auge y declive del estado de derecho*, Trad. Francisco Javier Ansuátegui Roig, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 39.

⁴³GUDÍN Rodríguez-Magariños, Faustino, *op. cit.* p.32.

⁴⁴GARCÍA-MOLINA Riquelme, Antonio M., *Las Hogueras de la Inquisición en México*, México, UNAM-Instituto de

Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 1,
<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4235-las-hogueras-de-la-inquisicion-en-mexico>

⁴⁵SÁNCHEZ Herrero, José, "Los orígenes de la Inquisición medieval" en *Clio & Crimen*, Durango, España, nº 2,2005, pp. 17-52

<https://ojs.ehu.eus/index.php/CC/issue/view/1911>

⁴⁶*Idem.* p.22

⁴⁷GUDÍN Rodríguez-Magariños, Faustino, *op. cit.* p.32.

⁴⁸SÁNCHEZ Herrero, José, *op. cit.* pp.

los judíos conversos que volvieran a la fe mosaica, la brujería, nuevas herejías e incluso los criminales comunes.⁴⁹

En 1252 la bula *ad extirpanda* que introdujo a la tortura en las interrogaciones, misma que fue ratificada posteriormente en dos ocasiones distintas en 1259 por Alejandro IV y en 1265 por Clemente IV, el proceso ante la inquisición comenzaba con un viaje inquisitorial en donde a orden del obispo se mandaban a inquisidores a un lugar a investigar sobre la posible aparición de una herejía.

La misión de la tortura para los inquisidores no tenían solamente como fin el encontrar la verdad para condenar o liberar al reo, para los inquisidores los reos que llegaban a ser torturados ya eran culpables, por los testimonios y denuncias que existían, por ello, el fin de la tortura el alma del acusado y que al forzar su confesión, torturando el cuerpo, ésta pudiera ser liberada.⁵⁰

Mientras que la inquisición se fue institucionalizando en la península ibérica, en 1478 los reyes católicos con el patrocinio del Papa Sixto VI crearon de forma permanente el Tribunal del Santo Oficio, esto para suprimir el relapso al judaísmo de los conversos al cristianismo durante la reconquista⁵¹ Los tribunales inquisitoriales llegaron a América por medio de la petición de Bartolomé de las Casas al Cardenal de Cisneros, Regente e Inquisidor General de Castilla en 1516.⁵²

En las instrucciones mexicanas de la inquisición reguló la práctica de la tortura, la cual se utilizaba para conseguir información tanto de la persona atormentada, *in caput proprium*, como de terceros, *in caput alienum*,⁵³ el tormento se aplicaba en este último supuesto cuando el reo continuaba negando su herejía y era encontrado culpable y se le sentenciaba a un auto de fe, una declaración pública de su herejía, si no declaraba

contra nadie su situación no cambiaba, pero si en el tormento confesaban su propia culpa y pedía misericordia se consideraba que con ello se cumplía el objetivo de la inquisición, la confesión y el arrepentimiento,⁵⁴ la tortura se empleaba además en los procesos inquisitoriales en casos particulares, como en los que la persona practicaba un rito judío pero negaba que lo hacía con intención herética, con el propósito de comprobar dicha intención.⁵⁵

El tormento por lo general durante el proceso de la inquisición se produce entre la etapa probatoria del proceso, en la cual se le hacían conocer al acusado los testimonios y la acusación en su contra, sin que se le mencionara la identidad tanto de acusadores como de testigos, y que se le daba la oportunidad de abonar testigos y de tacharlos, antes de la sentencia, la sentencia se podía dar en cinco circunstancias, de la más leve a la más grave son, absolutoria, suspensión de actuaciones, penitenciaria, convicción y relajación, las primeras dos eran cuando no se acreditaba la culpa del reo y este no era castigado, siendo la suspensión un antecedente peligroso si existiera un nuevo proceso, la sentencia penitenciaria era la aplicación de una pena arbitraria cuando no se comprobaba el delito pero los inquisidores estaban convencidos de su culpa, la convicción era el resultado deseado ya que se acreditaba la herejía pero había posibilidad de reconciliación y por último la relajación que era cuando el reo ya había sido reconciliado, pero de nueva cuenta se le encontraba como hereje y tenía que ser ejecutado en la hoguera.⁵⁶

Un caso ejemplar es del converso Jorge Rodríguez de procedencia portuguesa, natural de Sevilla y vecino de la ciudad de México, quien fue reconciliado en auto de fe en 1593 y posteriormente en 1601, fue acusado de relapso, fue torturado de tres maneras distintas en 28 ocasiones y no se le obtuvo confesión por lo cual

⁴⁹*Ibidem. p*

⁵⁰BELHMAIED, Hayet, "La tortura y las instituciones estatales: la Inquisición" en *Clio & Crimen*, Durango, España, n°15 (2018), pp. 85-98,

<https://ojs.ehu.eus/index.php/CC/issue/view/1924>

⁵¹GARCÍA-MOLINA Riquelme, Antonio M., *op. cit.*, p. 5.

⁵²PÉREZ DE TUDELA Bueso, Juan, (ed.) *Obras escogidas de Fray Bartolomé de las Casas*, Madrid, Atlas, 1958,

Biblioteca de Autores Españoles, tomo CX, pp 5-27, https://enriquedussel.com/txt/Textos_200_Obras/PyF_siglo_XVI/Opusculos_cartas_memoriales-Bartolome_Casas.pdf

⁵³GARCÍA-MOLINA Riquelme, Antonio M., *op. cit.* p.26

⁵⁴*Idem. p. 56*

⁵⁵*Idem. p. 61*

⁵⁶*Idem. pp. 99-101.*

se desvirtuó su acusación,⁵⁷ aunque se le condenó porque confesó no haber mencionado que practicaba ayunos antes de su reconciliación y a pesar de que las instrucciones señalaban que debía ser relajado en la hoguera pero en cambio se le condenó a varias penas perpetuas.⁵⁸

Como se puede apreciar la tortura era utilizada para forzar al reo de confesar su culpa y suplicar misericordia, la herejía por su naturaleza tan íntima al pensamiento y la consciencia era difícil de comprobar y como se ha visto con el caso de Jorge Rodríguez ni siquiera el cumplimiento de la pena liberaba del sometimiento de nueva cuenta a la pena, la tortura garantizaba que el proceso lograra su objetivo, ejercitar el poder absoluto sobre los súbditos, en el caso del Santo Oficio el miedo a la existencia de un grupo de personas que sus antepasados practicaban una religión distinta a la oficial de la corona y con ello la tortura era un medio de control sobre ellos, y una forma cruel y brutal de evitar el conflicto, sin importar las circunstancias en las cuales estas afectaban a los individuos.

A pesar del gran énfasis que se le ha dado al uso de la tortura por las inquisiciones católicas, especialmente la española, la tortura judicial no era exclusiva a la iglesia católica y las colonias de las potencias católicas, sino que también existió en aquellas protestantes y sus colonias.

4.1.5 La tortura y el *common law*.

Se ha argumentado que en Inglaterra no existía la tortura judicial, que esta era contraria a los principios de la Carta Magna pero existen testimonios de su empleo, justificado por agentes de la Corona, hasta el siglo XVIII.⁵⁹

Tras la entrada en vigor de la Carta Magna las ordalías fueron reemplazados por los juicios por

jurado, para 1275 para garantizar que los acusados se pusieran en sumisión del jurado, esto es declararse culpables o inocentes, se comenzó a admitir la imposición de *peine forte et dure*,⁶⁰ durante el siglo XIII esto se entendía que el prisionero tenía que estar encadenado en una celda con el único sustento siendo pan y agua cada otro día, el día que no comía pan se tomaba agua, y viceversa, y se mantenía este trato hasta que el prisionero *aprendía su lección*, para el siglo XIV, con el propósito de hacer más expeditos los juicios a esta medida se le bajó la calidad de la comida y el agua, se comenzó a poner a los prisioneros prácticamente desnudos en el piso y se les ponía peso que pudieran soportar, algo que la mayoría de los casos reducía a cinco o seis días de tormento, para el siglo XV se comenzó a considerar como una pena de muerte.⁶¹

También se empleo la tortura como forma de represión autoritaria principalmente en el contexto de la reforma de la iglesia de Inglaterra y como forma de reprimir a los súbditos católicos de la corona inglesa, en especial durante el reinado de Elizabeth I,⁶² aunque su empleo era en teoría contra el derecho consuetudinario, en la práctica esta se trataba de justificar en el ámbito de la *judicatura* y que era solo empleada en casos extremos en contra de los más necios de los jesuitas enviados por el Papa para la isla, emitiendo órdenes judiciales (*warrants*) para dichos casos⁶³, irónicamente los súbditos católicos de la corona que criticaban el actuar de la corona fundamentándose en el derecho canónico y no en el consuetudinario no podían criticar la práctica de la tortura judicial, solamente su intensidad.⁶⁴

En 1692 en Salem, Massachusetts, en los juicios de brujería, la tortura judicial se empleo en

⁵⁷ *Idem*. p. 64

⁵⁸ *Idem*. p. 65.

⁵⁹ MELVILLE, R.D., "The Use and Forms of Judicial Torture in England and Scotland" en *The Scottish Historical Review*, Edinburgh, Vol. 2, No. 7 (Apr., 1905), pp. 225-248, <https://www.jstor.org/stable/25517609>

⁶⁰ McKENZIE, Andrea, "This death some strong and stout hearted man doth choose": the practice of *peine forte et*

dure in seventeenth- and eighteenth century England" en *Law and History Review*, New York, Vol. 23, No. 2, Summer 2005, pp. 279-313, <https://doi.org/10.1017/S0738248000000304>

⁶¹ *Idem*. pp. 283-285

⁶² HANSON, Elizabeth, "Torture and truth in renaissance England" en *Representations*, Oakland, Núm. 34, Spring, 1991, pp. 53-84, <https://doi.org/10.2307/2928770>

⁶³ *Idem*. p. 59

⁶⁴ *Idem*. p. 73.

contra de Giles Corey de ochenta años, quien al negarse a declararse inocente o culpable de los cargos de brujería ante los magistrados y jurado, y la imposibilidad de continuar con el proceso fue condenado a *peine forte et dure*, hasta que falleció.⁶⁵

4.2 La oposición a la tortura.

En el siglo XVI el humanista Juan Luis Vives al que se considera que fue único en su tiempo en su oposición al Tormento judicial ya que lo expresaba en una época en la que opinión unánime de los juristas era que la tortura judicial era sumamente útil y legítima, citando la siguiente opinión de Vives respecto a ella:

Verdaderamente fue invención de Tarquino o de otro tirano aún más cruel la idea de averiguar la verdad por medio de los tormentos; pues el dolor obliga a mentir aun a los inocentes.⁶⁶

Tal vez pueda ser explicada por su historia personal, ya que nacido en el mismo año de la conquista de Granada y del primer viaje de Colón, era hijo de una familia de judíos conversos quienes fueron perseguidos por la inquisición, con la mayoría de sus bienes siendo confiscados y dejados en la miseria, además su padre fue quemado en la hoguera en 1524⁶⁷, por lo cual y con lo se conoce de los procesos inquisitoriales de la época es probable que Vives conociera los efectos de la tortura judicial y que personas cercanas a él la sufrieran en persona, contextualizando su oposición.

Una opinión muy similar fue expresada a finales del mismo siglo por el ensayista francés Michel de Montaigne que describe en su estudio sobre la consciencia humana que considerando

con ejemplos de la antigüedad romana sobre acusaciones y testimonios y con los análisis de las propias experiencias de Montaigne durante sus viajes en tiempos de conflicto civil le llegó a declarar que:

Las torturas son una invención perniciosa y absurda, y sus efectos, a mi entender, sirven más para probar la paciencia de los acusados que para descubrir la verdad. Aquel que las puede soportar la oculta, y el que es incapaz de resistirlas tampoco la declara.⁶⁸

Spee es considerado como el primer criminólogo crítico y como tal fue crítico de la tortura judicial, en su libro *cautio criminalis* de 1631 considera que la tortura, que por grave que fuese un crimen, nada autorizaba a dejar a un imputado librado a la arbitrariedad de los jueces ni de los inquisidores.⁶⁹

En 1734, en el principio del siglo de las luces, Feijoo declara en su Teatro critico universal que para esos tiempos la oposición a la tortura estaba creciendo, considerando que muchos de los jueces que la practicaban lo hacían porque ese era su deber, pero que en lo personal estaban en teoría en contra de lo que practicaban, a su vez menciona citando a las obras de Spee y Lacroix que ya eran conscientes de que la tortura sacaba mentiras en sus declaraciones, mencionando que no importa el delito sea hechicería, homicidio o cualquier otro, el reo sometido a tortura terminara mintiendo por el dolor admitiendo el delito.⁷⁰

Poco después, en 1748, Montesquieu considera de forma breve la tortura y la llama no necesaria por su naturaleza, esto es porque considera que los testimonios judiciales de dos testigos son suficientes para acreditar un delito

⁶⁵McAREE, Caylie, *Confessions in the Salem Witch Trials* (All Honors Theses), Albany, University at Albany, State University of New York, 2024, pp. 49-53. https://scholarsarchive.library.albany.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1020&context=all_honors

⁶⁶ GIBERT y Sánchez de la Vega, Rafael, op. cit. p. 1680

⁶⁷ ABELLÁN, José Luis, "Juan Luis Vives March" en Diccionario Biográfico electrónico, s.l.i, Real Academia de la Historia, 2018, <https://dbe.rah.es/biografias/5928/juan-luis-vives-march>

⁶⁸ MONTAIGNE, Michel de, "De la conciencia" en Ensayos, traducción de Constantino Román y

Salamero, París, Real Academia Española, 1898, tomo II, p.313

⁶⁹ ZAFFARONI, Raúl Eugenio, CROXATTO, Guido Leonardo, "Friedrich Spee: el primer criminólogo crítico" en Lecciones y Ensayos, Buenos Aires Núm. 102, 2019, pp. 313-354 <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/102/friedrich-spee.pdf>

⁷⁰ FEIJOO, Benito Jerónimo, "Paradoja décima: La tortura es medio sumamente falible en la inquisición de los delitos" en Teatro crítico Universal, 2a Ed., Madrid, Real Academia de Derecho Español y Público, 1781, tomo VI, pp. 57-66 <https://ebuah.uah.es/dspace/handle/10017/8030>

en el caso de procedimiento legal, además de que en el caso de la legitimidad de los hijos de un consorcio solo con el testimonio de la madre de ellos, El Barón menciona que en su tiempo ya existía suficiente oposición de la tortura, incluso considerándola solamente útil en un estado despótico, incluso tentativamente quiere iniciar un estudio histórico de la tortura judicial comenzando con los esclavos de la antigua roma pero decide no hacerlo diciendo *...Pero oigo que se levanta contra mí la voz de la naturaleza*.⁷¹

Beccaria también considera que la tortura judicial era ineficaz para cumplir con sus objetivos y que su único resultado es producir dolor mas no averiguar la verdad, siendo crítico de cada una de estas.⁷²

En 1762 con dos obras publicadas en Francia se relaciona la idea de oposición a la Tortura Judicial con los Derechos del Hombre, primero con Rousseau y su contrato social que menciona por primera vez la idea de derechos del hombre y con Voltaire, que en su Tratado sobre la tolerancia que condena la tortura y muerte de un calvinista llamado Jean Calais que reacciona contra tal que no existe una verdadera razón para justificar la tortura y que propicio del movimiento de su abolición en toda Europa y las primera republicas demócratas en América.

5. Resultados y Discusión.

Tras analizar la evolución de la Tortura Judicial se puede apreciar una tendencia, todas las civilizaciones y culturas premodernas analizadas, desde la antigüedad al renacimiento, consideraban a la tortura una practica valida y justificada, no consideraban que la imposición del dolor como reproable, sino que era necesaria para encontrar la verdad y combatir a los enemigos de la estabilidad social y política, que los sujetos puestos bajo la tortura no valían lo mismo, porque eran *siervos, esclavos, hombres*

viles, herejes, brujos o cualquier otra etiqueta que le negaban una condición de igualdad.

Por ello si se menciona que los Derechos Humanos comenzaron con el Cilindro de Ciro, se estaría negando el principio primordial de éstos, porque en los tiempos de Ciro era aceptable torturar a alguien con metal fundido, por mucho que se justificara el poder de su monarca; tampoco se podría decir que los Derechos Humanos provienen de la antigua Grecia, por los mismos motivos, por mas que se argumente que existía un derecho previo al derecho creado por el Estado, tampoco con la idea de que los Derechos Humanos provienen de la religión judeo-cristiana, ya sea en una concepción judaica, porque la Halajá si permitía la tortura en ciertos casos, aunque el Eclesiástico de Jesús Bin Sira plantea que debe de existir defensa de los más débiles frente al actuar de los más fuertes, ni la cristiana ya sea de origen católico o protestante, porque tanto el Soberano como la Iglesia, o ambos, justificaban la tortura para los herejes y brujos, a pesar de que los valores de los pensadores católicos desde Agustín de Hipona hasta Bartolomé de las Casas son de igualdad de todos los hombres como hijos de Dios, tampoco de los peregrinos ingleses en Norteamérica, aunque su forma igualitaria de gobierno que fomento la creación de la democracia liberal contemporánea; Por ello son mundos muy distintos el premoderno al moderno, y las nociones jurídicas de ambos son tan extrañas que no pueden ser comparadas entre sí.

6. Conclusiones y recomendaciones.

Tal como es equivocado en un contexto histórico querer poner un origen premoderno a una idea moderna como los *derechos del hombre* que ha evolucionado a la idea contemporánea de los Derechos Humanos, sería desacertado omitir las ideas que pudieran haber influenciado al pensamiento de los derechos humanos.

⁷¹ MONTESQUIEU, El espíritu de las leyes, s.t., México, PRD, 2018, Colección Clásicos Universales de Formación Política Ciudadana, pp. 96-97

⁷² BECCARIA, Cesare, Tratado de los delitos y de las penas, Traducción de Manuel Martínez Neira, Madrid, Universidad Carlos III, 2015, Historia del derecho, 32, pp. 39-43.

Por ello aunque el *origen* de los derechos humanos depende del momento histórico de la ilustración, que permitió su positivización en las declaraciones de Virginia, la francesa y la de independencia de los Estados Unidos de la mano de pensadores como Voltaire, Montesquieu, Rousseau y otros que influyeron en el pensamiento político de Mason, Jefferson, Paine, La Fayette; es posible retroceder más atrás y contemplar en las influencias de los primeros pensadores de la ilustración, y si bien es cierto que estos pensadores fueron influenciados por los humanistas del renacimiento, y estos a su vez de los escolásticos medievales y estos de los clásicos de la antigüedad, se puede emplear tal línea de tiempo para comprender las ideas que se fueron modificando hasta lograr lo que hoy conocemos como Derechos Humanos.

Por ello en lugar de buscar al origen de los Derechos Humanos con los momentos históricos y su evolución convendría analizarlos con la evolución de la filosofía del Derecho, comprender que el Derecho premoderno tenía una visión Naturalista de origen divino, que establece la existencia de un derecho justo previo a aquél creado por el Hombre, y que esto es en verdad lo que establecen los *posibles orígenes* de los Derechos Humanos que se han mencionado y analizado.

Que el cambio de mentalidad del humanismo reinterpreta esta idea y que esto antecede a las ideas, por ello en lugar de crear una línea de tiempo en la que Ciro al erigir su Cilindro o Sófocles al escribir su Antígona o Jesús Bin Sira escribiendo su Eclesiástico buscaban crear Derechos Humanos, porque sabemos que esa idea es tan ajena a ellos y su tiempo que sería anacrónica, en cambio es mejor ver que las ideas que se encuentran en tales obras, la justificación del poder, la oposición a que el derecho creado por el Hombre es el único válido, o que deben existir mecanismos de protección a los más desfavorecidos, sobrevivieron y fueron adoptadas y adaptadas por pensadores posteriores y que servirán como antecesores que serían los derechos humanos, en otras palabras *son los gigantes en cuyos hombros estamos parados*.

Conflicto de Interés El autor declara que la investigación se realizó en ausencia de relaciones comerciales o financieras que pudieran interpretarse como un potencial conflicto de intereses, en la publicación de estos resultados.

7. Bibliografía y/o fuentes de información

7.1. Fuentes bibliográficas.

- ARISTÓTELES, Retórica, trad. de Alberto Bernabé, 4a reimpresión, Madrid, Alianza, 2002, Clásicos de Grecia y Roma.
- BECCARIA, Cesare, Tratado de los delitos y de las penas, Trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Universidad Carlos III, 2015, Colección Historia del derecho.
- BERNAL GÓMEZ, Beatriz, Historia del Derecho, México, Nossa-UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, Colección Cultura Jurídica.
- BORGES, Jorge Luis, "Kafka y sus precursores" en Obras completas de Jorge Luis Borges, 14a ed., Buenos Aires, Emecé, 1974.
- FEIJOO, Benito Jerónimo, "Paradoja décima: La tortura es medio sumamente falible en la inquisición de los delitos" en Teatro crítico Universal, 2a Ed., Madrid, Real Academia de Derecho Español y Público, 1781, tomo VI.
- GARCÍA CÍVICO, Jesús, La tortura. Aspectos jurídicos, sociales y estético-culturales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019
- GARCÍA-MOLINA Riquelme, Antonio M., Las Hogueras de la Inquisición en México, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016,
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, El estado de derecho frente a la tortura, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- LA TORRE, Massimo, LALATTA COSTERBOSA, Marina ¿Legalizar la tortura?: auge y declive del estado de derecho, Trad. Francisco Javier Ansuátegui Roig, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- LINCOLN, Bruce, Religion, empire, and torture : the case of Achaemenian Persia, with a postscript on Abu Ghraib, Chicago & London, The University of Chicago Press, 2007,
- MOYN, Samuel, The last utopia; human rights in history, Cambridge, Massachusetts & London, Belknap-Harvard, 2010.
- WITTE, John Jr., "Puritan Sources of Enlightenment Liberty" en OWEN, John IV, y OWEN, J. Judd. (Eds.) Religion, the Enlightenment, and the New Global Order, New York, Columbia University Press, 2011, Columbia Series on Religion and Politics, <https://doi.org/10.7312/owen15006-007>

7.2. Fuentes hemerográficas.

- BELHMAIED, Hayet, "La tortura y las instituciones estatales: la Inquisición" en Clio & Crimen, Durango, España, nº15, 2018, pp. 85-98, <https://ojs.ehu.eus/index.php/CC/issue/view/1924>
- CRANE, Jonathan K., "Torture: judaic twists" en Journal of law & religion, New York, Vol. 26, Núm. 02, pp. 469-504, <https://doi.org/10.1017/S0748081400000680>
- EINOLF, Christopher J., "The fall and rise of torture: a comparative and historical analysis" en Sociological Theory, Washington D.C., vol.25, núm. 2, 2007, pp. 101-121, <https://doi.org/10.1111/j.1467-9558.2007.00300.x>
- ESPEJO MURIEL, Carlos, "Penas corporales y torturas en Roma" en Florentia Iliberritana: Revista de estudios de Antigüedad Clásica, Granada, Número 7, 1996, pp. 93-111, <https://core.ac.uk/download/pdf/230542581.pdf>
- GABRIELIDIS, Graciela, "Reflexiones sobre la Antígona de Sófocles" En Melibea, Mendoza, Argentina, volumen 3, 2009, p. 43-50. <https://bdigital.uncu.edu.ar/7952>.
- GARCÍA-GALLO DE DIEGO, Alfonso, "El Libro de leyes de Alfonso el Sabio" en Anuario de historia del derecho español, Madrid, Núm. 21, 1951 pp. 345-528, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=H_1950
- GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, Rafael, "En torno a la tortura" en Anuario de historia del derecho español, Madrid, Número 67. Dedicado en memoria de Francisco Tomás y Valiente, 1997, pp. 1677-1692, <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/13452?inicio=61>

- HANSON, Elizabeth, "Torture and truth in renaissance England" en *Representations*, Oakland, Núm. 34, Spring, 1991, pp. 53-84, <https://doi.org/10.2307/2928770>
- HERNÁNDEZ HINOJOSA, Iraiz, *Historia del derecho penal en México: el derecho penal en la sociedad azteca*, (tesis para obtener el grado de maestra en derecho penal y ciencias penales) Pachuca, Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, 2013, pp. 23-24. <http://dgsa.uaeh.edu.mx:8080/jspui/bitstream/231104/4675/1/AT17750.pdf>
- LEFEBURE, Leo D., "Ancient mediterranean roots of perspectives on human rights", en *Philosophy and Canon Law*, Katowice, Vol. 3, 2017, pp. 7-18, <https://www.philosophy-and-canon-law.us.edu.pl/files/Philosophy-and-Canon-Law-Vol-3.pdf#page=7>
- LÉRTORA MENDOZA, Celina A., "Dos modos del método escolástico en Tomás de Aquino" en *Revista española de filosofía medieval*, Córdoba, España, Año 2010, Número 17, pp. 93-102, <https://journals.uco.es/refime/article/view/6148/5763>
- MELVILLE, R.D., "The Use and Forms of Judicial Torture in England and Scotland" en *The Scottish Historical Review*, Edinburgh, Vol. 2, No. 7 (Apr., 1905), pp. 225-248, <https://www.jstor.org/stable/25517609>
- McAREE, Caylie, *Confessions in the Salem Witch Trials* (All Honors Theses), Albany, University at Albany, State University of New York, 2024, pp. 49-53. https://scholarsarchive.library.albany.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1020&context=all_honors
- McKENZIE, Andrea, "This death some strong and stout hearted man doth choose": the practice of peine forte et dure in seventeenth- and eighteenth century England" en *Law and History Review*, New York, Vol. 23, No. 2, Summer 2005, pp. 279-313, <https://doi.org/10.1017/S0738248000000304>
- MARTÍNEZ DIEZ, Gonzalo, "La tortura judicial en la legislación histórica española" en *Anuario de historia del derecho español*, Madrid, Año 1962, Número 32, pp. 223-300, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2050296>
- PANATERI, Daniel Alberto, "La tortura en las siete partidas: la pena, la prueba y la majestad. Un análisis sobre la reinstauración del tormento en la legislación castellana del siglo XIII" en *Estudios de historia de España*, Buenos Aires, XIV (2012), pp. 83-108. <https://erevistas.uca.edu.ar/index.php/EHE/article/view/56/59>
- PINO-MONTOYA, José Wilmar, "Aportes de Bartolomé de las Casas a la teoría actual de los derechos humanos" en *Hallazgos*, Bogotá, vol. 17, n.º 33, 2020, pp. 221-253, <https://doi.org/10.15332/2422409x.5240>
- PUIG MONTADA, Josep, "El proyecto vital de Averroes: explicar e interpretar a Aristóteles", en *Al-Qanṭara*, Madrid, Vol. 23 Núm. 1, 2002, pp. 11-52, <https://doi.org/10.3989/alqantara.2002.v23.i1>
- RAMÓN GUERRERO, Rafael, "Avempace en las obras de Santo Tomás de Aquino", en *Anuario Filosófico*, Pamplona, 2015, vol. 48, n. 1, pp. 55-78 <https://hdl.handle.net/10171/38593>
- SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José "Nuevas reflexiones sobre la obra legislativa de Alfonso X el Sabio" en *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, Madrid, Volumen 7, número 2, 2022, pp. 393-410 https://www.rade.es/imageslib/doc/V7N2-11-AX_SANCHEZ-ARCILLA_Alfonso%20X%20obra%20legislativa.pdf
- SÁNCHEZ HERRERO, José, "Los orígenes de la Inquisición medieval" en *Clio & Crimen*, Durango, España, n.º 2, 2005, pp. 17-52 <https://ojs.ehu.eus/index.php/CC/issue/view/1911>
- SCHMOECKEL, Mathias, "La tortura y la prueba en ius commune (enfoque en el s. XIII)" en *Anuario argentino de derecho canónico*, Buenos Aires, Volumen XV, 2008, pp. 265-280 <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/5737/1/aadc15.pdf>
- VALLANÇON, François, "El método del derecho en Santo Tomás de Aquino." en *Verbo*, Madrid, Número 135-136, Serie XIV, mayo-junio-julio, 1975, pp. 681-704 <https://www.fundacionspeiro.org/verbo/1975/V-135-136-P-681-704.pdf>
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio, CROXATTO, Guido Leonardo, "Friedrich Spee: el primer criminólogo crítico" en *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires Núm. 102, 2019, pp. 313-354 <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/102/friedrich-spee.pdf>

7.3. Fuentes electrónicas.

ABELLÁN, José Luis, "Juan Luis Vives March" en Diccionario Biográfico electrónico, s.l.i, Real Academia de la Historia, 2018, <https://dbe.rah.es/biografias/5928/juan-luis-vives-march>

AGUSTÍN de Hipona, La Ciudad de Dios, trads. Santos Santamarta del Río, OSA y Miguel Fuertes Lanero, OSA, Federación Agustiniana Española, s.p.i., Biblioteca de autores cristianos vol. 16, <https://www.augustinus.it/spagnolo/cdd/index2.htm>

BERNAL BALLESTEROS, María José, Luces y sombras del ombudsman. un estudio comparado entre México y España, Toluca, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México-Universidad de Santiago de Compostela, 2015, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4914/11.pdf>

MARGADANT, Guillermo F., La segunda vida del derecho romano, México, Miguel Angel Porrúa, 1986, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/553-la-segunda-vida-del-derecho-romano>

MARTÍ SÁNCHEZ, José Ma., "La Teoría de los Derechos Humanos: Evolución y Crisis." En DEJUÁN, Óscar, GONZÁLEZ Carrasco, Carmen et. al. (Eds.), Construir sobre Roca, Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, España, 2020, <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/26105/06%20CONSTRUIR%20SOBR>

R

MONTAIGNE, Michel de, "De la conciencia" en Ensayos, trad. de Constantino Román y Salamero, París, Real Academia Española, 1898, tomo II, https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/ensayos-de-montaigne--0/html/fefb17e2-82b1-11df-acc7-002185ce6064_161.html#I_78

MONTESQUIEU, El espíritu de las leyes, s.t., México, PRD, 2018, Colección Clásicos Universales de Formación Política Ciudadana, <https://www.prd.org.mx/libros/documentos/libros/espíritu-leyes.pdf>

PÉREZ DE TUDELA BUESO, Juan, (ed.) Obras escogidas de Fray Bartolomé de las Casas, Madrid, Atlas, 1958, Biblioteca de Autores Españoles, tomo CX, https://enriquedussel.com/txt/Textos_200_Obras/PyF_siglo_XVI/Opusculos_cartas_memorial

es

RODRÍGUEZ MORENO, Alonso, Origen, evolución y positivización de los derechos humanos, México, CNDH, 2015, Colección de Textos sobre derechos humanos, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4892-origen-evolucion-y-positivizacion-de-l>

7.4. Fuentes legislativas.

Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Diario Oficial de la Federación, México, 6 de marzo de 1986.

REDISEÑO Y ESTRUCTURACIÓN DE LA INSTITUCIONALIDAD DE LOS PEQUEÑOS MUNICIPIOS

Redesing and structuring of the institutional of the small municipalities

SALOMÓN SALAMANCA ARDILA¹

SUMARIO I. Introducción., II. Objetivo, III. Método, IV. Desarrollo, V. Resultados, VI. Discusión, VII. Recomendaciones, VII. Conclusiones, IX. Bibliografía y/o fuentes de información

KEYWORDS

*Sixth category
Structuring
Central Government
Modernization
Small municipalities*

ABSTRACT

The Administrative Department of the Public (DAFP) Service has not had a factual response to the needs of small municipalities, which in the classification of the categories are thus (23 municipalities) in the fourth category, with populations of up to 30,000 inhabitants, (48) of fifth category (48 municipalities), with populations of up to 20,000 inhabitants; and finally the sixth category (952 municipalities) with populations of up to 15,000 inhabitants, which in total represent 86.36% of the 1,102 municipalities in the country; These three categories do not have the tax revenues to support themselves and it is the central government that makes some economic contributions that barely allow them to survive. Modernization involves training in computer resources, purchase of equipment and in administrative matters of the public service.

PALABRAS CLAVE

*Categoría sexta
Estructuración
Gobierno central
Modernización
Pequeños municipios*

RESUMEN

El Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP) no ha tenido una respuesta eficiente frente a las necesidades de los pequeños municipios del país, cuya clasificación se encuentra así, (23 municipios) en categoría cuarta con poblaciones de hasta 30.000 habitantes, (48 municipios) de categoría quinta con poblaciones de hasta 20.000 habitantes; y por último (952 municipios) de sexta categoría con poblaciones de hasta 15.000 habitantes, que en su total significan el 86.36% de los 1.102 municipios del país; estas tres categorías no tienen los ingresos fiscales para su sostenimiento y es el gobierno central quien hace algunos aportes económicos que apenas les permiten sostenerse. La modernización implica una capacitación en medios informáticos, compra de equipamiento y en asuntos administrativos de la función pública.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0 International License. Como lo indica la licencia:



<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.en>

Recibido: 24/06/2024

Aceptado: 19/01/2025

SALAMANCA, Ardila Salomón, “Rediseño y estructuración de la institucionalidad de los pequeños municipios”, en Ubi Societas Ibi Ius en Línea, México, Vol. IV , Año III, enero-junio de 2025, pp. 73-90

¹ Docente de la Universidad Pontificia Bolivariana Seccional Bucaramanga, Colombia. Servidor Público en la Secretaría Jurídica del Municipio de Bucaramanga, contacto por correo electrónico salamancaardilasalomon@gmail.com, registro ORCID <https://orcid.org/0009-0004-5858-9759>

1. Introducción

1.1. Descripción del problema

Se sugiere una alternativa a la desafiante y exigente tarea que enfrentan los municipios de las categorías 4^a (23 municipios, el 2.09%), 5^a (48 municipios, el 4.35%), y 6^a (952 municipios, 86.38%) que en la práctica son los más pequeños y subsisten en medio de un atraso en desarrollo y avances tecnológicos, se ven obligados a enfrentar un proceso de modernización orgánica y tecnológica, de tal forma que puedan cumplir con los objetivos de la institución.

1.2. Problemática planteada

Una estructuración tiene implicaciones significativas en la asignación de recursos y en la administración local, aunque ha sido criticada por no reflejar adecuadamente las diferencias entre los municipios, confinando a la mayoría de ellos en las categorías más bajas.

El más reciente documento de categorización de los municipios y distritos publicado por la Contaduría General de la Nación¹, en Colombia 963 municipios son de sexta categoría (87.6%), y precisamente son estos, los que menos capacidades técnicas tienen para modernizar y adaptar sus estructuras administrativas y manuales para lograr responder eficientemente a los procesos y necesidades de sus habitantes.

Pese a que es una problemática plenamente identificada, la búsqueda de soluciones concretas, como en efecto lo son las reestructuraciones o rediseños institucionales, los gobiernos locales históricamente se han visto obligados a aplazarlas, ante sus escasas capacidades técnicas para ello y el exiguo apoyo suministrado por el estado central a través del DAFP. Los entes territoriales no han logrado materializar los principales procesos institucionales de modernización para estar a la vanguardia de las nuevas exigencias y dinámicas de la administración pública, sobre todo en los pequeños municipios, esto es los categorizados en cuarta, quinta y sexta categoría que son los que

en mayor medida demandan una modernización de la función pública que impacte positivamente la gestión local previa consideración de índices de desempeño, metas e indicadores de satisfacción en relación con los servicios públicos, y el desarrollo de su territorio.

1.3. Ausencia de procesos interconectados

No existe una institución estatal que atienda las necesidades básicas y problemas de atraso con altos estándares de calidad e integridad en el servicio. Las dependencias no operan con una gestión basada en procesos interconectados de manera sistemática, carecen de canales de comunicación sencillos y eficientes, y con el soporte tecnológico necesario para asegurar el control, la toma de decisiones basada en datos y el seguimiento adecuado de la gestión.

Un ejemplo básico es que en la Constitución Política está consagrado que todo ciudadano que quiera postularse a una alcaldía, solo debe cumplir con ser mayor de edad, nacionalidad colombiana, presentar un programa de gobierno, contar con el aval de un partido y participar en las justas electorales donde se elige a los mandatarios locales; no se exige una formación específica o tener algún título, ni siquiera haber cursado la educación primaria básica.

1.4. La presentación de los servicios por parte del Estado

La Constitución Política de 1991 establece que uno de los objetivos primordiales del Estado es, entre otras cosas, ofrecer un servicio de alta calidad a la sociedad, promover el bienestar general y asegurar la implementación efectiva de los principios, derechos y deberes consagrados en este documento fundamental, también debe asegurar una buena convivencia armoniosa y la vigencia de un orden justo, fines que sencillamente, con estructuras basadas en lógicas distintas a los "procesos" se tornan inalcanzables, máxime cuando en el país se tiene una estructura geopolítica fragmentada en dos segmentos

Por un lado están los grandes municipios con sus categorías especiales y de primera que comprenden las ciudades capitales y otras

¹ Contaduría General de la Nación (2023) "Categorización de departamentos, distritos y municipios", Bogotá. Contaduría General de la Nación.

localidades con suficiente capacidad económica para sostener su propio Plan de Desarrollo (32 capitales departamentales, áreas metropolitanas y parques industriales con economías autosuficientes). Por otro lado se encuentran los municipios de las categorías 2, 3 Y 4 que cuentan con recursos básicos, pero los de las categorías 5 y 6 no tienen suficientes recursos propios para financiar un Plan de Desarrollo, tienen que acudir al gobierno central para cumplir con sus propósitos, hay que hacer una gran gestión en el Ministerio de Hacienda y sus padrinos políticos, estos mandatarios locales deberán ajustarse a los montos que le giran por regalías o los que la nación le aporta para su funcionamiento. Mucha gestión y pocos resultados, lo que resulta en su desgaste, cuestionamiento y estigmatización, siendo comúnmente asociados con la corrupción, porque se suscitan en la práctica políticas e intermediarios².

Es evidente la huérfana y ardua tarea que deben emprender aquellos municipios que tengan la voluntad de modernizarse individualmente sumergidos en el gran atraso administrativo en que se encuentran y sin el respaldo técnico y jurídico suficiente del gobierno del nivel central e instituciones en el ámbito nacional, como, el DAFP-, la Comisión Nacional del Servicio civil -CNSC-, y la Escuela Superior de Educación Pública -ESAP-, por mencionar algunas.

2. Objetivo

Describir los aspectos de la modernización institucional de los pequeños municipios en Colombia.

3. Método

Se realiza un enfoque socio jurídico que en la praxis propende por descubrir las contradicciones entre lo que la norma dicta para los estudios técnicos de la modernización y lo que interpretan el DAFP y la ESAP, tipología exploratoria descriptiva, método teórico que parte de la inducción a la deducción, es decir que se parte desde la singularidad para llegar a una proposición general y se aplican fuentes

secundarias de índole institucional y de fuentes gubernamentales.

4. Desarrollo

4.1. Aspectos legales de los municipios

Según la Constitución Política de 1991, las administraciones locales comprenden municipios, distritos, departamentos, y territorios indígenas (Art 286 Inc. 1). Este documento fundamental también señala que estas entidades poseen autonomía para gestionar sus propios asuntos (Art. 287) y les otorga los siguientes derechos: "Autogestionarse a través de sus propios líderes; asumir las funciones que les son propias; gestionar sus recursos y fijar los impuestos necesarios para cumplir sus objetivos; y compartir los ingresos nacionales." (Art. 287). También indicó que la ley podrá definir categorías para los municipios (Art. 320), y aclara que el municipio constituye una unidad en la división política y territorial del Estado, con responsabilidades que incluyen la actuación de servicios públicos, la construcción de infraestructuras, la ordenación del territorio y la promoción de la participación comunitaria, entre otras (Art. 331).

4.2. Modernización de los administradores locales

La Ley-0136-1994 introduce una modernización en la estructura y funcionamiento de los municipios definiéndolos como entidades territoriales con una autonomía en las temáticas de política, aspectos fiscales y elementos administrativos. Posteriormente y mediante la Ley-1551-2012 se hace una enmienda, que reconoce a los municipios como herramientas clave para la gestión de sus responsabilidades y competencias. El Decreto Ley 0403-2020 también modifica la Ley 0136-1994 en cuanto al fortalecimiento del control fiscal. La Ley Orgánica 2200-2022 modifica la Ley 0136-1994, que define cómo se organizan políticamente y administrativamente los municipios. Según esta ley, los municipios son unidades territoriales independientes y con una gestión descentralizada.

4.3. Marco orgánico del plan de desarrollo

² Suárez, John Harold (diciembre 11 de 2018) Municipios de categorías 4, 5 y sexta no tienen recursos para inversión, Bogotá, diario el nuevo siglo.

El Artículo 342 de la Constitución indica que es crucial crear una ley que especifique los pasos y métodos necesarios para diseñar, aprobar, implementar, supervisar, evaluar y controlar los planes de desarrollo. Además este artículo subraya la relevancia de la participación tanto de las autoridades locales como de la comunidad en la planificación. Por su parte el Artículo 2 del Título XII de la Constitución detalla el rol del Estado en fomentar el desarrollo económico, social y ambiental, así como en llevar a cabo políticas públicas que mejoren la calidad de vida de la población.

Esta la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo (Ley 0152-1994) que constituye un instrumento legal fundamental en Colombia para la gestión y planificación del desarrollo en los tres niveles nacional, regional y local, es una herramienta necesaria para la organización y gestión del desarrollo, asegurando que los procesos de planificación y ejecución de políticas públicas sean participativos, transparentes y orientados al bienestar de la población.

4.4. Constitución Política: Composición de la administración municipal

La estructura orgánica de los municipios se refiere a un sistema organizado de departamentos y oficinas, cada uno con funciones específicas, diseñado para cumplir con los objetivos institucionales de manera eficiente, efectiva y eficaz. El ordenamiento jurídico consagra que en cada municipio el gerente es el mandatario local -alcalde- quien también es el representante legal de la entidad municipal, y es el jefe de la administración local (Art. 314). Las funciones y responsabilidades del Ministerio Público en el país, que en la praxis es una pieza fundamental en la protección de los derechos de los ciudadanos y la defensa del interés público, así como la vigilancia de la conducta de los funcionarios públicos. (Art. 118). En cada municipio se elige un concejo municipal como corporación político-administrativa, es el ente responsable de regular servicios públicos, usos del suelo, autorizar contratos, elaborar normas

presupuestales, y designar el personero y el contralor municipales. (Art. 291 Inc. 2).

4.5. Régimen municipal

La Constitución Política en el artículo 311 intitulado "Del régimen municipal" consagra: los municipios son reconocidos como entidades fundamentales político administrativas, que tienen entre otras responsabilidades ... "(...) *proporcional los servicios públicos, así como ejecutar las obras que requiere el desarrollo municipal, realizar el ordenamiento del territorio, fomentar la participación comunitaria, y finalmente mejorar el bienestar social y cultural de sus ciudadanos ... (...)*" el desarrollo de estas responsabilidades se requiere de una estructura orgánica y administrativa que sea adecuada, idónea y eficiente en el uso de los recursos del Estado³.

5. Resultados

5.1. Iniciativas territoriales de modernización de la gestión municipal

Hay gobiernos territoriales con iniciativas de modernización, en el año 2020, de sus entidades u organismos públicos. Para el año 2020 "*La Asamblea Departamental de Antioquia concedió facultades al gobernador para realizar una reestructuración administrativa en un término de seis meses*". La reorganización propende por una optimización en la eficacia de gestión de programas, de proyectos, de planes y del Plan de Desarrollo departamental, haciendo más eficiente la inversión y la administración de la gobernación"⁴. Este proceso de reestructuración administrativa, se muestra realizable y con alto potencial de materialización en tratándose de un Departamento que ha sido catalogado como el segundo con mayor competitividad del país⁵

5.2. Rediseño de la estructura orgánica municipal

Rediseñar supone realizar reforma a la estructura orgánica del municipio que puede empezar con

³ Asamblea Nacional Constituyente (1991). Constitución Política de la República Colombia. Bogotá. Gacetas Constitucionales No. 114 de julio 04-1991, correcciones No. 116 de julio 20-1991.

⁴ Editorial. (13 de noviembre de 2020). Antioquia: reestructuración administrativa. *elColombiano.com*, pág. 02, Envigado (Antioquía)

⁵ Vargas, Diego Andrés (25 de noviembre de 2019), estos son los departamentos más competitivos del país, *elcolombiano.com*, pág. 8. Envigado (Antioquia)

una reingeniería de sus empleos públicos, con una transformación del nivel y el grado de los cargos del personal que hace parte de la planta del municipio, la supresión y/o la creación de algunos, todo lo cual debe estar soportado en razones técnicas. El Decreto-0019-2012, contempla directrices para hacer reformas, cambios, modificaciones o suprimir puestos de trabajo o funciones, también como reformar procedimientos y trámites que se consideren innecesarios en la entidad pública⁶; esta ley hizo modificación del artículo 46 de la Ley-0909-2004⁷, que se intitula, reformas de plantas de personal, y cuyo texto es:

“Las modificaciones en la estructura de la planta de personal de las entidades de la Rama Ejecutiva, tanto a nivel nacional como territorial, deben estar justificadas por requerimientos del servicio o por motivos de modernización administrativa. Estas reformas deben sustentarse en estudios o justificaciones técnicas que lo avalen, desarrollados por las mismas entidades siguiendo las orientaciones del DAFP y la ESAP-. (Artículo 46)”

Todas las reformas que se realicen a las plantas de empleos en la rama ejecutiva, deberán estar motivadas por las necesidades que el servicio requiera, o que sean necesarias para suplir una prestación del servicio según la modernización de la entidad o las dinámicas tecnológicas soportada en los estudios técnicos que demuestren la necesidad del servicio, y serán las conclusiones las que justifiquen la necesidad de crear, suprimir o fusionar empleos, cambios de misión o del objeto del empleo. Se deberá realizar el traslado de las funciones o competencias; suprimir y crear una dependencia, optimizar e introducir procesos que sean más eficientes en la prestación del servicio, esto significa rediseñar procesos y cargas de trabajo. Se espera racionalizar el gasto público, mejorar el nivel de eficacia, eficiencia, economía y celeridad en la prestación del servicio.

El Decreto Único Reglamentario del Sector Público, en su artículo 2.2.12.2, titulado "motivación de la modificación de una planta de empleos", establece que la reorganización de los

puestos de trabajo está justificada por necesidades del servicio o por razones de modernización administrativa cuando un estudio técnico determina la creación o eliminación de cargos debido a diversas causas, entre ellas:

- Fusión, eliminación o división de entidades.
- Cambios en la misión, el propósito o las funciones generales de la institución.
- Transferencia de competencias y funciones de una organización a otra.
- Eliminación, creación o fusión de algunas dependencias, o cambios en sus funciones.
- Mejora en los procesos, en la prestación de servicios o en la producción de bienes.
- Cambios en las funciones y en la carga de trabajo; implementación de nuevas tecnologías.
- Finalización de programas, planes o proyectos cuando los perfiles laborales no se ajustan a las funciones de la institución.
- Racionalización del gasto público y mejora en los niveles de economía, rapidez, eficiencia y eficacia de las instituciones públicas.

Según el Decreto-1083-2015 los estudios que soportan una reorganización institucional en su parte orgánica, deben abordar el tema de las metodologías de diseño y ordenamiento del servicio, se deben considerar al menos los siguientes aspectos: Estudio de los procesos esenciales y de soporte. Revisión de la calidad en la entrega de los servicios. Análisis de las responsabilidades, los requisitos de los puestos y la distribución de las tareas laborales.

En este contexto jurídico, cualquier reforma a la estructura orgánica o de la planta de empleos de una entidad administrativa de la rama ejecutiva, deben ser el reflejo de conclusiones obtenidas en un estudio técnico que requiere de un equipo interdisciplinario experto en estas materias, con los que en Colombia excepcionalmente cuentan municipios de categorías -5 y 6- (artículo 2.2.12.3)

En el Decreto 0019-2012 se hace modificación del artículo 46 de la Ley 0909-2004, expresa que es el DAFP quién deberá adoptar una metodología

⁶ Congreso de la República, Decreto-0019-2012, normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública, Bogotá, Diario-Oficial 48308, enero 10-2012.

⁷ Congreso de la república, Ley-0909-2004, normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública, Bogotá. Diario Oficial No. 45680, septiembre 23-2004.

para el diseño y elaboración de los estudios técnicos que estarán ceñidos a los aspectos que soportaran o justificaran la reforma de las plantas de personal (Art. 228), también señala que las modificaciones de los organismos y entes de la Rama Ejecutiva, deberá ser aprobada por el DAFP.

5.3. Rediseño de la estructura orgánica municipal

5.3.1 Acta de inicio

Según el Artículo 2 de esta norma, el proceso de liquidación comienza una vez que se ordena la eliminación o disolución de una de las instituciones señaladas en el Artículo 1 de este decreto. El acto que ordene dicha eliminación o liquidación abordará las situaciones mencionadas en el primer párrafo del Artículo 52 de la Ley 0489-1998. Asimismo, en este acto, o en un momento posterior, se puede disponer que la liquidación sea realizada por otra institución del Estado con esa función específica. El "liquidador" es la persona designada para llevar a cabo la liquidación de una entidad, lo cual implica la venta de sus activos, pago de sus deudas y distribución de cualquier remanente entre los accionistas o acreedores. En este proceso, es fundamental realizar un inventario detallado de todos los activos (bienes y derechos), pasivos (deudas y obligaciones), cuentas de orden (compromisos o garantías financieras) y contingencias (posibles riesgos o litigios) que la entidad posea.

La emisión del acto de liquidación conlleva: la selección de un liquidador, la designación de un revisor fiscal, la prohibición de contratar nuevos empleados públicos, y la anulación de los embargos que se ordenaron antes del proceso de disolución y liquidación. Como parte del proceso de liquidación, se incluye: el inventario y la valoración de los activos y pasivos de la entidad; la prohibición para el alcalde de realizar cualquier tipo de acuerdo o convenio colectivo, u otros actos similares; la implementación inmediata de medidas para asegurar la preservación y exactitud de todos los archivos de la entidad.

De acuerdo con los artículos 4 y 6 de la Ley 1105-2006, el liquidador tiene diversas responsabilidades, entre ellas:

Actuar como representante legal de la entidad durante su proceso de liquidación; asumir la

responsabilidad de custodiar y administrar los bienes y recursos de la entidad en liquidación; elaborar un anteproyecto de presupuesto y presentarlo al Director del Departamento Administrativo correspondiente; gestionar la cobranza de créditos pendientes; mantener la contabilidad de la entidad; llevar a cabo los actos y contratos necesarios para facilitar el proceso de liquidación; y representar a la entidad en las sociedades, asociaciones y entidades donde tenga participación como socia o accionista.

5.3.2 Actos del liquidador

Las acciones llevadas a cabo por el liquidador, que tienen que ver con la aceptación, rechazo, priorización o clasificación de créditos, y en general, aquellas que por su naturaleza implican el desempeño de tareas administrativas, son consideradas actos administrativos y estarán bajo la supervisión de la jurisdicción contencioso-administrativa.

5.3.3 Régimen laboral y pensional

Dentro de un plazo de treinta (30) días a partir de su inicio en el cargo, el liquidador deberá crear un plan para reducir los puestos de trabajo, identificando al personal cuyas funciones requieran estar presentes durante la liquidación. Sin embargo, al finalizar el proceso de liquidación, los puestos existentes serán automáticamente eliminados y las relaciones laborales finalizadas de acuerdo con las leyes correspondientes vigentes.

5.3.4 Inventarios

El inventario debe abarcar tres aspectos específicos: Inventario físico (bienes tangibles de la entidad); Inventario jurídico (obligaciones legales y contratos en que la entidad esté involucrada); Inventario contable (estados financieros de la entidad). El inventario debe ser realizado por el liquidador en un plazo inicial no superior a seis meses desde que asume su cargo. Además, se permite una única prórroga por hasta seis meses adicionales, siempre y cuando se justifique adecuadamente la necesidad de esta extensión.

5.3.5 Acta de liquidación

Una vez completado el procedimiento de liquidación de una organización, el encargado de la misma redactará un informe conclusivo que

incluirá al menos los siguientes puntos: a) Aspectos administrativos y de dirección; b) Relativos al trabajo y del empleo; c) Actividades comerciales y estrategias de mercado; d) Aspectos financieros; y e) Consideraciones legales.

5.3.6 Gestión humanizada de archivos y memoria documental

La gestión y conservación de los archivos y la memoria institucional. El informe debe ser entregado a la junta de liquidación para que hagan las observaciones pertinentes; si no hay objeciones a ninguna de sus secciones, se elaborará un acta que deberá ser firmada tanto por el liquidador como por el representante legal de la entidad que recibirá los bienes y responsabilidades de la entidad en proceso de liquidación.

En caso de presentarse objeciones, el liquidador efectuará las correcciones necesarias y se procederá conforme a lo estipulado en el párrafo anterior. Así mismo, en lo que respecta a la gestión documental y archivística, es importante considerar que el Decreto 254 de 2000, en su artículo 39, regula el manejo de los archivos de una entidad que está en proceso de liquidación. Este proceso implica el cierre de la entidad y la distribución de sus activos y pasivos. A continuación, desglosamos el contenido del artículo: “Conservación de archivos, Responsabilidad del liquidador, Prioridad en la asignación de recursos”.

5.4. Implementación del diseño y aprobación del mismo

Oportunidad en que el Municipio puede implementar el rediseño del nivel central que ha sido propuesto y formalizarlo por medio de un acta administrativo, siendo coherente con la desaparición del ente descentralizado, esto es la absorción de todos los procesos misionales a nivel central.

5.4.1 En materia de empleo público

Lo dicho hasta aquí, por supuesto deberá estar precedido de un análisis de los empleos públicos, respetando siempre los derechos de carrera de quienes ostenta dichos derechos.

5.4.2 Derecho preferencial de los empleados de carrera administrativa

Según la Ley 0909-2004, Artículo 44 consagra: los funcionarios públicos que forman parte de la carrera administrativa y que se vean afectados por la liquidación, reestructuración, eliminación o fusión de entidades, organismos o departamentos, o por el traslado de funciones de una entidad a otra, o por cambios en la estructura del personal, tienen ciertos derechos.

Tabla 1. Identificación de procesos de la entidad

Proceso	Bien/ Servicio	Grupo de interés
Procesos estratégicos		
Efectuar o ajustar la planeación del sector salud	Políticas sectoriales	Secretarías de Salud, Empresas Sociales del Estado
Procesos misionales		
Atención ambulatoria	Consulta médica u odontológica	Afiliados al régimen contributivo o al subsidiado
Procesos de apoyo		
Pago de cuentas y compromisos laborales	Cuentas pagadas	Empleados y proveedores
Procesos de control y evaluación		
Evaluación y control del proceso de evaluación ambulatoria	Queja del usuario	Dependencia responsable del proceso

Fuente: DAFP (2018) Guía de diseño y rediseño institucional para Entidades Públicas del orden territorial.

Si sus puestos son eliminados, tendrán prioridad para ser reasignados a posiciones similares o equivalentes en la nueva estructura de personal. Artículo 44 del Decreto 1083-, expresa: Los funcionarios públicos de carrera administrativa, que, debido a la disolución, reorganización, eliminación o fusión de entidades, organismos o dependencias, o al traslado de funciones de una entidad a otra, o por cambios en la estructura de personal, se les eliminen los puestos que ocupan, tendrán derecho prioritario a ser reasignados a un cargo igual o similar en la nueva estructura de personal. Si esto no es posible, podrán optar por ser reubicados en puestos iguales o equivalentes, o

recibir una indemnización⁸. En el caso de que los empleados de carrera sean reasignados a posiciones similares o equivalentes, no se les pueden imponer requisitos adicionales a los que se les solicitaron cuando ingresaron originalmente a su puesto.

5.4.3 Fuero sindical

Conforme a las regulaciones actuales, la desvinculación de un empleado de carrera o de un trabajador oficial que goce de fuero sindical necesita una autorización judicial previa.

5.4.4 Protección a la maternidad

Las trabajadoras que pertenecen a la carrera administrativa y están embarazadas o en periodo de lactancia tienen prioridad para ser incluidas en la nueva estructura de personal. Este beneficio se extiende durante todo el embarazo y los tres meses posteriores al parto, además de las doce semanas de licencia de maternidad remunerada. Este derecho se aplica a todas las empleadas, ya sea que estén en carrera administrativa, en cargos de libre nombramiento y remoción, o en situación provisional.

5.4.5 Madres y padres cabezas de familia

Según el Decreto 0190-2003, si una entidad u organismo es suprimido, se debe asegurar la estabilidad laboral de los servidores públicos que forman parte de un grupo de protección especial hasta que termine el proceso de liquidación.

5.4.6 Servidores públicos próximos a pensionarse

Los empleos únicamente serán eliminados cuando el puesto quede vacante debido a la salida del empleado que haya adquirido derechos de pensión y esté incluido en la nómina de pensionados.

5.4.7 Derechos de carrera sobre los cargos que fueron suprimidos

El honorable Consejo de Estado aclaró que el derecho a la estabilidad laboral no impide que la administración pueda suprimir ciertos puestos cuando sea necesario para mejorar la eficacia y eficiencia del servicio público, por razones de interés general.

Los empleados de carrera administrativa cuyos puestos han sido eliminados son retirados del servicio, pero mantienen sus derechos de carrera. Tienen la opción de ser indemnizados o incorporados a puestos equivalentes que estén vacantes o se creen en las plantas de personal.⁹ De acuerdo con lo anterior, previo a cualquier decisión administrativa, se debe determinar: i) qué entes descentralizados van a ser suprimidos o fusionados, ii) los empleados públicos que ostentan derechos de carrera sobre empleos de la planta del nivel central y descentralizado de la administración municipal, iii) contrastar la planta de cargos anterior, con la planta de cargos propuesta, para identificar que cargos serán suprimidos, iv) que cargos son equivalentes o subsisten en la planta de empleos propuesta¹⁰.

Las alternativas disponibles para los empleados de carrera cuyos cargos sean eliminados por liquidación de la entidad, la Ley 0909-2004 establece en su artículo 44: (...) ... los trabajadores de carrera administrativa en el sector público que pierdan sus puestos debido a la liquidación, reestructuración, eliminación o fusión de entidades, organismos o dependencias, o por el traslado de funciones de una entidad a otra, o por cambios en la estructura de personal, tienen el derecho prioritario de ser integrados en puestos de trabajo similares o equivalentes en la nueva estructura de personal. De acuerdo con esta disposición, es evidente que los empleados públicos tienen derecho, como resultado de procesos de liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, o traslados de funciones entre entidades, o modificaciones en

⁸ Función Pública (2018) Guía de diseño y rediseño institucional, para entidades públicas del orden territorial, Bogotá.

⁹ Consejo de Estado (2020) Sentencia-03082-2016, supresión de empleos de carrera administrativa, Bogotá, consejera ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹⁰ La Ley-0909-2004, en el artículo 44, señala que Según lo establecido en la Ley-0909-2004, artículo 44, consagra: los funcionarios públicos que pertenezcan a la carrera administrativa y que, como resultado de

procesos como liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, transferencia de funciones de una entidad a otra, o modificaciones en la planta de personal, vean suprimidos los cargos que ocupan, tendrán prioridad para ser integrados en puestos de trabajo similares o equivalentes en la nueva estructura de personal. En caso de que no sea factible la reincorporación en estos términos, tendrán la opción de optar por recibir una compensación económica.

las plantas de personal, a elegir entre la incorporación, la reincorporación o la compensación económica. Es importante destacar que estas tres opciones son mutuamente excluyentes entre sí¹¹.

La primera de estas opciones, la incorporación, debe realizarse conforme a lo estipulado en los artículos 44 y 45 de la Ley 0909-2004, cuando: "(i) las funciones de un puesto de una entidad eliminada se mantengan en la nueva estructura de la entidad que asume sus competencias, incluso si el nuevo puesto tiene un nombre diferente, o, (ii) en la nueva estructura de personal exista, en el momento de la eliminación del puesto, otro empleo igual o equivalente."¹²

El procedimiento está regulado por el artículo 31 del decreto mencionado, de la siguiente manera: "el Artículo 31 consagra, La Comisión de Personal de la entidad donde se eliminó el puesto será responsable de recibir y resolver en primera instancia las reclamaciones presentadas por los ex empleados de carrera que tengan derecho preferencial a ser reubicados en puestos iguales o similares en la nueva estructura organizativa", debido a la percepción de que se les ha negado este derecho o porque sus condiciones laborales se han visto deterioradas como resultado de la reubicación. "La reclamación deberá ser presentada cumpliendo con los requisitos especificados en este decreto, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la eliminación del puesto".

La reincorporación, está regulada en los artículos 44 de la Ley-0909-2004 y 28 del Decreto-0760-2005, permite a un empleado desvinculado, que no fue integrado directamente en la nueva estructura organizacional, optar por un puesto equivalente al que fue eliminado. Esta decisión debe tomarse dentro de un plazo máximo de seis meses desde la notificación de la eliminación del puesto, siempre que exista otro empleo equivalente en la entidad que asumió las funciones de la disuelta, en el mismo sector administrativo o en otra entidad de la rama ejecutiva a nivel nacional o territorial.

5.5. Autoridades municipales que intervienen en la reestructuración administrativa

La Constitución Política de 1991 (C.P.) establece las siguientes disposiciones sobre la creación y eliminación de cargos, como sigue: Es competencia de los concejos municipales (Artículo 313), Definir la estructura administrativa del municipio y las funciones de sus diferentes dependencias; Establecer las escalas salariales para los distintos puestos de trabajo; Crear, bajo la propuesta del alcalde, entidades públicas y empresas industriales o comerciales, y autorizar la formación de sociedades de economía mixta. Además, la C.P. indica, las responsabilidades del alcalde o mandatario local (Artículo 315): Crear, eliminar o fusionar cargos en sus dependencias; Asignar funciones especiales a dichos cargos y determinar sus salarios conforme a los acuerdos establecidos; No podrá establecer obligaciones que superen el presupuesto aprobado inicialmente para gastos de personal.

De manera similar, la Ley-0136-1994¹³, en su versión modificada por la Ley 1551 de 2012¹⁴, establece lo siguiente: Se modifica esta norma por medio del artículo 29, cuyo nuevo texto del artículo 0091 de la Ley-0136-1994 establece lo siguiente: Funciones. Los alcaldes llevarán a cabo las funciones que les asignen la Constitución, las leyes, las ordenanzas, los acuerdos y las que les delegue el Presidente de la República o el gobernador correspondiente. Estas funciones incluyen: Crear, eliminar o fusionar cargos dentro de sus dependencias; Asignar funciones especiales a esos cargos y determinar sus remuneraciones según los acuerdos vigentes; No podrán establecer obligaciones que superen el presupuesto aprobado inicialmente para gastos de personal. Los acuerdos relacionados con este tema pueden autorizar al alcalde para que, sin exceder el presupuesto fijado, ejerza esta función temporalmente, conforme al artículo 209 de la Constitución Política de 1991.

En ese contexto, la responsabilidad de definir la estructura administrativa del municipio y las funciones de sus dependencias recae en el Concejo municipal. En caso de modificaciones en la planta de personal, esta es una competencia del alcalde, de acuerdo con el artículo 315, numeral 7

¹¹ Consejo de Estado (2020) sentencia-01349-02(0841-17) supresión de cargos, Consejero ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas - Bogotá, D.C.

¹² Ibídem.

¹³ Congreso de la República (1994), ley 0136, normas para modernizar estructura y funcionamiento del

municipio, Bogotá, Diario Oficial 41.377 junio 02-1994.

¹⁴ Congreso de la República (2012) ley 1551, normas para modernizar la organización y funcionamiento de los municipios, Bogotá, Diario Oficial 48483 del 6 de julio de 2012.

de la Constitución, y siguiendo el procedimiento establecido en el Decreto-1083-2015¹⁵

5.6. Doctrina del Consejo de Estado referente a las Reestructuraciones administrativas

Una reestructuración administrativa, en manos de un ente territorial que cuenta con una cartilla sobre la materia, pero adolece de un equipo interdisciplinario idóneo que lo asesore, representa un gran riesgo patrimonial para el erario. A continuación, algunos precedentes jurisprudenciales sobre reestructuraciones administrativas en el sector público, que muestran lo dificultoso que resulta, un proceso de rediseño institucional por sí mismo:

5.6.1 Sentencia T-0862-2009, radicado 2311497 Corte Constitucional

La Corte Constitucional se refiere a la calidad de los estudios técnicos que respaldan estos procesos, esta Alta Corporación explica lo siguiente: Aunque es cierto que las personas en cargos de libre nombramiento y remoción tienen una estabilidad laboral limitada, deben ser tratadas de manera igualitaria en estos procesos administrativos si pertenecen a un grupo de protección especial. El objetivo del legislador es claro: garantizar la protección de individuos en situación de vulnerabilidad. Por eso, se determinó que el retén social se aplica tanto en procesos de liquidación como de reestructuración, ya sea a nivel nacional o departamental. La condición de su nombramiento no les resta el estatus de sujetos bajo especial protección constitucional. La administración pública tiene la obligación de implementar medidas de discriminación positiva a favor del servidor público considerado sujeto bajo especial protección y que podría verse afectado por la eliminación de su puesto, sin importar la naturaleza de su designación¹⁶

5.6.2 Consejo de Estado, Rad. 05001-23-31-000-1999, calificación empleado carrera

administrativa, insubsistencia

controvertible

Expone la Sala que la calificación insatisfactoria es excesiva y no se corresponde con la realidad probatoria. Sala concluye que la administración no cumplió con las disposiciones legales al evaluar el desempeño de la actora. La calificación no fue justa ni se basó en factores objetivos y verificables. No es aceptable calificar su rendimiento como insatisfactorio cuando no hubo ninguna tacha ni llamado de atención durante el periodo evaluado, ni sobre los objetivos acordados, ni sobre los factores de desempeño. En estas circunstancias, la Sala llega a la firme convicción de que los actos de insubsistencia cuestionados, además de incurrir en el vicio de desviación de poder, violaron las normas en las que debían fundamentarse. Con respecto a la necesidad de realizar un estudio técnico que respalde las reestructuraciones administrativas, se aclara que, en el caso de la eliminación de empleos de carrera administrativa, las disposiciones legales pertinentes exigen, como requisito previo, la elaboración de un estudio técnico que justifique la reforma a las plantas de personal. Esta formalidad es esencial para la legalidad del proceso de reestructuración administrativa, ya que su incumplimiento resulta en la nulidad de los actos subsiguientes debido a su expedición irregular¹⁷

5.6.3 Consejo de Estado, Rad. 68001-23-31-000-2002. Inexistencia de estudio técnico

Las razones para suprimir puestos deben ser respaldadas por un documento que justifique la necesidad del servicio, el cual sirve como fundamentación para la decisión administrativa de reducir los empleos en la plantilla de personal (eliminación simple de puestos) o reestructurar la organización de la entidad municipal (reorganización orgánica).

En este sentido, una manera efectiva de demostrar que la eliminación de un puesto no se basó en necesidades del servicio o en la

¹⁵ Decreto Único Reglamentario del Sector Función Pública.

¹⁶ Corte Constitucional (2009) sentencia T-0862, reten social para los procesos de liquidación y de reestructuración, expediente T-2311497, Bogotá, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio. Gaceta Corte Constitucional de noviembre 27 de 2009.

¹⁷ Consejo de Estado (2010) Calificación insatisfactoria, calificación empleado carrera administrativa, controvertible insubsistencia, evaluación del servicio, Bogotá, Gaceta Consejo de Estado del 19 de agosto de 2010, CP. Alfonso Vargas Rincón.

modernización administrativa, sino en intereses externos, es mostrar la ausencia de un análisis técnico requerido por la ley, o su insuficiencia. Por lo tanto, los estudios técnicos son esenciales para la legalidad del proceso de reestructuración administrativa. La ausencia de estos estudios o su incumplimiento de los requisitos legales resulta en la nulidad de los actos derivados del proceso, ya que se consideraría una expedición irregular, tiene como fuente formal la Ley 0443-1998¹⁸

Según la Sala del Consejo de Estado, y conforme a recientes decisiones de esta misma instancia, la anulación de un acto general tiene efectos erga omnes, es decir, que afecta a todos. Por lo tanto, al invalidarse el acto general que respaldaba el acto específico, este último también se ve afectado por la ilegalidad debido a una motivación errónea. Las razones para reducir empleos deben ser claramente justificadas en un acto administrativo que demuestre la necesidad del servicio, el cual fundamenta la decisión de la administración de disminuir el número de trabajadores (eliminación simple de empleos) o reestructurar la organización municipal (reorganización estructural).

5.6.4 Consejo de Estado, Rad. 25000-23-25-000-2007, modificación y adopción de la nueva planta de personal

En el contexto municipal, la autoridad del Alcalde para eliminar puestos de trabajo, cuando dicha acción no implica cambiar la estructura organizativa de la Administración Municipal, es exclusiva y autónoma. Esta autoridad debe ser ejercida haciendo referencia a los Acuerdos correspondientes, especialmente cuando la supresión de puestos surge de una modificación estructural de la Administración Municipal decretada por el Concejo en el ejercicio de sus competencias constitucionales. De hecho, mientras que corresponde al Concejo definir cómo está organizada la administración municipal y las responsabilidades de sus diferentes partes, al Alcalde se le concede la

autoridad para establecer, cambiar, suprimir y combinar empleos, además de especificar las funciones especiales asociadas a ellos.

La modificación de los puestos en las dependencias es una función constitucional del Alcalde que no requiere de autorización adicional para llevarse a cabo, a diferencia de la necesidad de facultades para determinar la estructura administrativa municipal y las funciones de sus dependencias, como sería el caso de suprimir la Secretaría de Hacienda y asignarle funciones distintas a las que originalmente le corresponden¹⁹. La capacidad para eliminar empleos en el municipio es un poder exclusivo y autónomo del Alcalde²⁰. Mientras que al Concejo le compete definir la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias, al Alcalde se le concede la autoridad para establecer, modificar, eliminar y fusionar empleos, así como designar sus funciones específicas.

5.6.5 Consejo de Estado (2015) Rad. 68001-23-31-000-2004 reforma de la planta de empleos

En cuanto a los roles de las entidades territoriales y del poder ejecutivo en las reorganizaciones administrativas, se destaca que al Congreso y a las corporaciones territoriales les corresponde establecer la "parte estática y permanente de la administración", es decir, la estructura orgánica y funcional. Por su parte, el ejecutivo se encarga de la "parte dinámica", relacionada con los puestos de trabajo que completan la organización y permiten su funcionamiento, según el artículo 2º de la Constitución. Ambas competencias están reguladas, es decir, no pueden ejercerse de manera discrecional o arbitraria, sino que deben fundamentarse en estudios técnicos o justificaciones que motiven las decisiones adoptadas²¹.

¹⁸ Consejo de Estado (2011) Inexistencia de estudio técnico, Nulidad del acto general que le sirvió de sustento a la expedición del estudio técnico, Bogotá, Gaceta del Consejo de Estado de febrero 10 de 2011. consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve (Sentencia CE 1286-01(2016-09), 2011)

¹⁹ Se toma como cuenta formal la Constitución Política, artículos 313 numeral 6 y 315 numeral 7

²⁰ Consejo de Estado (2013) modificación y adopción de la nueva planta de personal en el municipio de Cachipay, radicación 25000-23-25-000-2007-00602-

01(1225-10), Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero, Bogotá, Gaceta del Consejo de Estado del 2 de mayo de 2013.

²¹ Consejo de Estado (2015) determinación de las plantas de personal de la administración pública, clasificación de los servidores públicos, Bogotá, Gaceta del Consejo de Estado del 16 de julio de 2015, CP. Gerardo Arenas Monsalve - Bogotá D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil quince (2015)- Rad. 68001-23-31-000-2004-02762-01.

5.6.6 Consejo de Estado (2016) Rad. 08001-23-31-000-2002, acción de nulidad y restablecimiento del derecho

El Estado no está obligado a conservar indefinidamente los puestos dentro de la carrera administrativa, ya que estos no son permanentes y pueden ser suprimidos por motivos justificados, como el interés general. La eliminación de empleos constituye una causa legal para el retiro de empleados del sector público en carrera administrativa, fundamentada en la necesidad de ajustar las plantillas de personal de las diferentes entidades públicas a las demandas del servicio²².

5.6.7 Consejo de Estado (2018), Rad. 25000-23-26-000-2000, acción de repetición

El H. Consejo de Estado analiza la responsabilidad de un funcionario público que cesó a una empleada sin ofrecerle indemnización ni la opción de reincorporación, a pesar de que ella estaba inscrita en la carrera administrativa. La alta Corporación señala que no solo se ignoró el derecho preferencial de Olga Bustos Díaz a ser reintegrada en la nueva plantilla de personal, sino que se cometió un error al usar la falta de actualización en su escalafón como justificación para negarle la reincorporación. Esto es inapropiado, ya que ni la ley ni los decretos reglamentarios establecen tal requisito²³.

5.6.8 Consejo de Estado (2020), Rad. 25000-23-42-000-2012, supresión de cargo

La alta corte describe las opciones disponibles para los empleados con carrera administrativa cuando sus puestos son eliminados de la siguiente manera: Como resultado de la liquidación, reestructuración, eliminación o fusión de entidades, organismos o dependencias, o debido al traslado de funciones de una entidad

a otra, o por cambios en la plantilla de personal, los empleados públicos tienen derecho a la incorporación, reincorporación o indemnización²⁴.

6. Discusión

6.1 Categorización de municipios

La Constitución Política en el artículo 320, consagra: La clasificación de los municipios se establece por categorías, constituidas por unos criterios específicos, como: cantidad de habitantes, ingresos de libre destinación, recursos fiscales, ubicación geográfica e importancia económica. La categorización de los municipios territoriales se basa principalmente en dos criterios: i) la cantidad de habitantes y ii) la libre destinación de los ingresos corrientes, certificados por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística –DANE- y el Contralor General de la República²⁵ -CGR. De conformidad con la Resolución No. 0410-2023, el Contador General de la nación expide certificación de categorización para la vigencia de 2024 para las entidades territoriales²⁶.

Tabla 2. Categorización de municipios en Colombia

Categoría	Núm. m.	%	Cantidad de habitantes	Ingresos en salarios
Especial	6	0.55	Más de (500.001)	Más de (400.000)
Primera	27	2.45	100.001 y hasta 500.000	100.000 hasta 400.00
Segunda	29	2.63	50.001 y hasta 100.000	50.000 hasta 100.000
Tercera	17	1.55	30.001 y hasta 50.000	30.000 hasta 50.000

²² Consejo de Estado (2016) Nulidad y Restablecimiento del Derecho, CP. William Hernández Gómez Bogotá, D. C., abril siete (07) de dos mil dieciséis (2016). Rad. 08001-23-31-000-2002-00181-01(2357-15).

²³ Consejo de Estado (2018) apelación de sentencia, acción de repetición, Rad. 25000-23-26-000-2000-01985-01(39076), CP. Marta Nubia Velásquez Rico, Bogotá, Gaceta Consejo de Estado del 21 de noviembre de 2018.

²⁴ Consejo de Estado (2020) supresión de cargo, Rad. 25000-23-42-000-2012-01349-02(0841-17), Consejero ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas - Bogotá, D.C., Gaceta del Consejo de Estado del 5 de noviembre de 2020.

²⁵ Por favor véase, artículo 1° de la Ley 0617 -2000, artículo 6° de la Ley 0136-1994 modificado por el artículo 153 del Decreto 2106-2019.

²⁶ Contaduría General de la Nación (2023) Resolución 0410-2023, Contaduría General de la Nación, Bogotá.

Cuarta	23	2.09	20.001 y hasta 30.000	25.000 hasta 30.000
Quinta	48	4.35	10.001 y hasta 20.000	15.000 hasta 25.000
Sexta	952	86.38	1 hasta 10.000	1 hasta 15.000
Totales	1.102	100		

Fuente: Ley 0136 de 1994, artículo 6 y CTO1 Categorización por la Contaduría (2024)²⁷.

La Ley 1454-2011, propone categorías municipales que buscan mejorar la eficiencia y racionalidad en la administración local, fundamentándose en la Constitución Política. Asigna diferentes regímenes de acuerdo con la categoría a la que pertenezcan los municipios, como su tamaño poblacional, recursos fiscales, importancia económica y ubicación geográfica (Art. 24).

6.2 Supresión y/o Liquidación de un ente Descentralizado

Es frecuente que los entes territoriales tomen decisiones para descentralizar funciones en otras entidades dotadas de una mayor estructura, esto es, con una personería jurídica, un patrimonio propio y una autonomía administrativa; sin embargo, la tercerización de funciones muchas veces termina entorpeciendo el cumplimiento eficiente de los cometidos misionales que en su origen pertenecían al nivel central; cuando esta circunstancia se presenta, emerge la necesidad de volver a centralizar funciones y con ello de suprimir la entidad descentralizada. Como se anunció antes, el Art. 228 del Decreto 0019-2012, que modifica el artículo 46 de la Ley 0909-2004, previendo que toda reforma de planta de personal deberá estar impulsada por necesidades del servicio o por motivos de modernización administrativa y fundamentarse en justificaciones o estudios técnicos que lo respalden, los cuales deben ser realizados por las entidades correspondientes siguiendo las directrices del DAFP y la ESAP, donde es el DAFP y a quien le corresponde adoptar y aprobar “la metodología para la elaboración de los estudios o

justificaciones técnicas, así como la aprobación de toda modificación a la planta de personal”.

Existen etapas desde el punto de vista jurídico que deben abordarse en aquellos casos en que el análisis técnico de una entidad descentralizada del nivel territorial concluye la necesidad de su suprimirla y/o liquidarla. Establecer si a la entidad está inmersa en alguna causal²⁸, como:

- a) Que la razón de ser por la que fue creada la entidad haya desaparecido; Que se puedan transferir a otro organismo los planes, programas, proyectos a cargo de la entidad; Cuando el Nivel central territorial evalúe la gestión administrativa y el cumplimiento del plan de desarrollo, señale la necesidad de suprimir o transferir sus funciones a otra entidad; Cuando el análisis de la situación integral de la entidad descentralizada dé como resultado que sus indicadores de gestión son deficientes e incumplan con las metas de desempeño; Cuando un organismo del nivel central ejecute los mismos objetivos y/o funciones del ente descentralizado; Cuando la descentralización del servicio de la entidad lleve a la pérdida de la respectiva competencia
- b) Analizar si la propuesta de rediseño institucional realizada por el ente descentralizado, permitiría superar las anteriores circunstancias, para soportar la inviabilidad del ente descentralizado.
- c) Concomitantemente debe definirse, de acuerdo con la propuesta de estructura administrativa del nivel central aprobada, cuál sería el verbo rector que guiaría la ruta jurídica que seguir:
- d) Es crucial considerar que según el Artículo 2.2.12.2, cambiar la estructura de puestos de trabajo puede ser justificado si hay necesidades operativas o razones de actualizar la gestión administrativa, siempre y cuando el análisis técnico correspondiente demuestre la creación o eliminación de puestos de trabajo.
- e) Verificar que el alcalde cuente con facultades necesarias que el concejo municipal le haya facultado, para afectar la estructura orgánica

²⁷ Perea, Justine Melissa & Delúquez, Keyla Milena (2020) “la categorización de municipios en Colombia, un esfuerzo inconcluso y errático”, edit. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.

²⁸ Las anteriores causales, son traídas al nivel municipal a partir de las establecidas en la Ley 0489-1998 (normas sobre organización y funcionamiento

de las entidades del orden nacional) que en su artículo 52 consagra aspectos de la supresión, disolución y liquidación de los entes administrativos nacionales; también está el Decreto 0254-2000 (régimen para la liquidación de las entidades públicas nacionales) que en su Artículo 1. parágrafo 1o. reafirma lo expuesto por la norma anterior.

de la entidad o su naturaleza; así como para suprimir el ente descentralizado.

- f) Los directivos de la administración municipal conjuntamente con el Director del ente descentralizado, enmarcados en las conclusiones técnicas arrojadas por el estudio, definirán cual es la estructura administrativa que se adecua al cumplimiento de las políticas públicas y la prestación efectiva de los bienes y servicios a la ciudadanía que estaban a cargo de la entidad descentralizada.
- g) Proyectar y expedir el acto administrativo de que habla el parágrafo primero del artículo 2 y siguientes de la Ley 1105-2006 que modifico el decreto Ley 0254-2000 el cual debe estar debidamente motivado en las causales descritas en el numeral primero.
- h) En el documento que dispone la eliminación o disolución de una entidad, se establecerá un periodo para completar su liquidación, determinado según las particularidades de dicha entidad. Si la liquidación no se finaliza en el tiempo estipulado, el Gobierno tiene la facultad de extender dicho plazo mediante un acto administrativo adecuadamente justificado. Lo anterior responde a lo establecido en el Parágrafo 1° del Art. 1° de la Ley 1105-2006²⁹, que hace referencia al procedimiento de liquidación de entidades públicas de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional. Cuyo tenor literal es el que sigue:

“Las administraciones locales y sus entidades descentralizadas, al tomar la decisión de eliminar o disolver y liquidar una entidad pública de su ámbito, se guiarán por las normativas de esta ley, ajustando el procedimiento a la estructura y circunstancias particulares de cada una, si fuera preciso, en el decreto que disponga la liquidación.” (Parágrafo 1o.)

6.3 El apoyo técnico del DAFP es insuficiente y baladí

El apoyo que hoy ofrece el DAFP para la modernización de los entes territoriales resulta

baladí e insuficiente en tanto se traduce en impartir lineamientos generales mas no, a ofrecer un acompañamiento directo a gobiernos locales que no cuentan con el personal idóneo para para abordarlos y materializarlos.³⁰ Como se ha dicho, la elaboración de los estudios técnicos que deben soportar las reestructuraciones administrativas de las entidades territoriales, tienen componentes técnicos complejos que, de no ser ejecutados a través de equipos interdisciplinarios técnicos especializado y con experiencia en la materia, están destinados al fracaso; fracaso que, dicho sea de paso, históricamente le ha costado enormes condenas judiciales al Estado.

Ahora, que sean las mismas autoridades y o administraciones municipales quienes elaboren los estudios técnicos, fomenta:

- a) La alteración de los estudios técnicos y sus conclusiones, para favorecer intereses políticos o particulares.
- b) Cuantiosas inversiones contractuales con el fin de contratar personas naturales y/o jurídicas que realicen el estudio técnico y sustancien los actos administrativos de implementación.
- c) Significativos daños fiscales producto de condenas judiciales impartidas por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ordenando restablecimiento de derechos laborales por vicios de legalidad en los procesos de reestructuración o rediseño institucional; por ejemplo, ante la transgresión a derechos laborales de quienes ostenten derechos de carrera sobre cargos suprimidos sin mediar un estudio técnico que identifique claramente las necesidades del servicio y/o las razones de modernización que justifica ese tipo de decisiones o determinaciones.
- d) La obtención de estructuras orgánicas, plantas de cargos y manuales de funciones y competencias laborales deficientes y anti-técnicas, que al poco tiempo es necesario

dicho plazo mediante un acto administrativo debidamente justificado. (parágrafo 1).

³⁰ DAFP (2015) Guía de rediseño institucional para entidades públicas en el orden territorial, Bogotá, Departamento-Administrativo-de-la-Función-Pública (pág. 10).

²⁹ (...) ... En el acto administrativo que dispone la supresión o disolución, se establecerá el plazo para llevar a cabo la liquidación de la entidad correspondiente, el cual será determinado considerando las características específicas de la misma. Si la liquidación no se finaliza dentro del plazo estipulado, el Gobierno tendrá la facultad de extender

volverlas/os a modificar, rediseñar y reestructurar en pro de velar por el cumplimiento de los objetivos institucionales

7. Recomendaciones

El DAFP debe contar con equipos interdisciplinarios en cada departamento que se dediquen a hacer estudios de oficio en los municipios que conduzcan a promover procesos de modernización en aquellos municipios cuya estructura padezca de mayor atraso y cuenten con plantas que no respondan a los procesos misionales primordiales que les han sido encomendados por el orden jurídico. En la motivación del acto administrativo deben quedar claros los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y de la prevalencia del interés general.

Lo anterior es utópico, porque los municipios de quinta y sexta categoría (los más pequeños), están inmersos a prestar el servicio del sector público con un escaso personal dada la pobreza y los problemas estructurales, donde un empleado deberá hacer además de sus funciones otras que corresponden a otros cargos, si a lo anterior se señala que estos pequeños municipios por general están zonas rurales y distantes de las grandes capitales, y su personal no tiene un nivel académico idóneo o mejor no tiene la capacidad ideal para elaborar un estudio técnico a profundidad. En este orden de ideas se puede cuestionar: ¿es razonable que la misma entidad que acomete un proceso de rediseño institucional sea quien elabore el estudio técnico, por si o por un tercero, que lo sustenta?

Urge implementar una política Pública de modernización administrativa empleo público que fortalezca el DAFP, la ESAP y la CNSC en los niveles de lo administrativo, de lo técnico y de lo financiero. Que les imprima fortaleza en la institucionalidad y de mejoramiento en el nivel de productividad. Los siguientes apartes del diagnóstico que el DAFP hizo frente a las estructuras orgánicas de los municipios y de la institucionalidad que promueve la política pública de empleo en Colombia para el diseño de “La política pública del empleo público” dan mayor sentido a una propuesta, como se muestra de la siguiente forma y se enuncia en la política de empleo:

Actualmente, las entidades responsables de liderar la política pública de empleo enfrentan una estructura institucional insuficiente, lo que limita la implementación efectiva y el logro de los resultados esperados. La CNSC, encargada de la administración y supervisión de la carrera administrativa, ha encontrado dificultades para completar su plantilla de cargos aprobada en 2012 (con solo 83 de los 140 puestos ocupados). Esto se debe a las restricciones en los recursos proporcionados por el Gobierno, de los cuales solo el 30% se destinan a gastos de funcionamiento, reduciendo así la capacidad operativa de la entidad. Además, la CNSC se ha visto obligada a enfocarse en la gestión de ingresos para su sostenibilidad financiera, en lugar de centrarse en su misión principal de administración y vigilancia de la carrera administrativa, ya que su principal fuente de recursos proviene de la realización de concursos.

Por otro lado, la Administración Pública carece de una estructura administrativa adecuada para implementar eficazmente las políticas a nivel territorial y para maximizar su impacto. Asimismo, la ESAP ha mostrado dificultades para difundir e implementar las políticas en el territorio, enfrentando limitaciones en su capacidad institucional para continuar con los procesos de formación y capacitación integral de los servidores públicos según las necesidades estratégicas de las entidades, especialmente a nivel territorial.³¹

Se hace un señalamiento en el sentido que, si se tratara de una fórmula matemática, el desarrollo de nuestro país, es directamente proporcional al número de entidades y organismos públicos que vayan logrando modernizar sus estructuras administrativas de manera que respondan a los procesos que el ordenamiento jurídico les ha encomendado.

8. Conclusiones

Queda en evidencia la necesidad de que el DAFP y la ESAP sean los órganos estatales encargados de elaborar y producir el estudio técnico que soporta las reestructuraciones administrativas a nivel local en tratándose de una ardua y técnica tarea; no limitarse a dar lineamientos a través de cartillas o conceptos como ahora sucede. Y no dejar esta misión a los administradores locales, que como se dijo, no cuentan con recursos para

³¹ Departamento Administrativo de la Función Pública (2018) “Documento de política de Empleo Público”,

contratar un personal que es altamente calificado para estas labores.

A mi juicio, además de la elaboración del estudio, dichas autoridades deben fungir como entes consultores y asesores durante todo el proceso de reestructuración así como del rediseño institucional de los entes territoriales. Y en ese contexto es urgente y necesario el fortalecimiento institucional del DAFP y la ESAP de manera que puedan apalancar los múltiples procesos de modernización que demandan los municipios del país.

Lo dicho ayudará a mitigar en las entidades públicas i) la ineficiencia en procesos, ii) los sobrecostos, iii) la comunicación ineficaz que entorpece la coordinación y el panorama a la hora de tomar las decisiones, iv) queda en evidencia que hay una baja calidad de los productos y servicios de la oferta institucional y, v) la Opacidad en los roles y responsabilidades, entre otras.

Responder a los retos encomendados a las administraciones locales, con estructuras municipales que subsisten hace varias décadas y que cuentan con plantas de personal reducidas y diseñadas para las necesidades de antaño, en un contexto social distinto, en épocas en las que no existían los avances tecnológicos con los que hoy contamos, hacen de los procesos de modernización administrativa, una urgente necesidad.

Valga decir, es absurdo pretender ser una entidad pública eficiente, oportuna, de calidad y orientada al ciudadano, bajo los principios de gobierno digital y con visión empresarial; cuando en la práctica muchos municipios de sexta categoría operan con una básica estructura orgánica, una planta de personal insuficiente y no-profesionalizada y, un manual de funciones anti técnico que, en la mayoría de casos, adolece de un análisis de cargas laborales.

En estos momentos, es crucial establecer estructuras administrativas en los municipios

que se basen en procesos que promuevan la colaboración y el trabajo en equipo, la capacitación y el desarrollo del personal, el autocontrol y la creatividad. Además, es necesario contar con personal adecuado para cumplir efectivamente con los compromisos misionales y disponer de manuales de funciones y competencias laborales. Estos manuales ayudarán a alinear correctamente las competencias, responsabilidades y los planes y programas locales.

Conflicto de Interés

El autor declara que la investigación se realizó en ausencia de relaciones comerciales o financieras que pudieran interpretarse como un potencial conflicto de intereses, en la publicación de estos resultados.

9. Bibliografía y/o fuentes de información

- Asamblea Nacional Constituyente (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Publicado en las Gacetas Constitucionales No. 114 (julio 4-1991), No. 116 (julio 20-1991) correcciones.
- CGN, Resolución 0410. (2023). *Por la cual se expide la certificación de categorización para la vigencia 2024 de las entidades territoriales: departamentos, distritos y municipios*. Bogotá: Contaduría General de la Nación.
- Congreso de la República, Ley 0136. (1994). *Normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios*. Bogotá: Diario Oficial 41.377 Junio 2-1994.
- Congreso de la República, Ley 0142. (1994). *Régimen de los servicios públicos*. Bogotá: Diario Oficial 41.433 de julio 11-1994.
- Congreso de la República, Ley 0152. (1994). *Ley orgánica del Plan de Desarrollo*. Bogotá: Diario Oficial No. 41.450 de julio 15-1994.
- Congreso de la República, Ley 0909. (2004). *Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública*. Bogotá: Diario Oficial 45.680 de septiembre 23-2004.
- Congreso de la República, Ley 1551. (2012). *Normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios*. Bogotá: Diario Oficial 48483 julio 6-2012.
- Congreso de la República, Ley Orgánica 2200. (2022). *Se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los departamentos*. Bogotá: Diario Oficial No. 51.942 de 8 de febrero de 2022.
- Consejo de Estado, Sentencia CE 01349-02(0841-17). (2020). *Supresión de cargo*. Bogotá: Gaceta Consejo de Estado de noviembre -2020, CP. Rafael Francisco Suárez Vargas.
- Consejo de Estado, Sentencia CE 0181. (2016). *Supresión del Empleo*. Bogotá: Gaceta Consejo de Estado de abril 7-2016, CP. Willian Hernández Gómez.
- Consejo de Estado, Sentencia CE 0602-01(1225-10). (2013). *Modificación y adopción de la nueva planta de personal en el municipio de Cachipay*. Bogotá: Gaceta Consejo de Estado de mayo 2-2013, CP. Luis Rafael Vergara.
- Consejo de Estado, Sentencia CE 1286-01(2016-09). (2011). *Inexistencia de estudio técnico, Nulidad del acto general que le sirvió de sustento a su expedición, efectos del estudio técnico*. Bogotá: Gaceta Consejo de Estado de febrero 10-2011, CP. Gerardo Arenas Monsalve.
- Consejo de Estado, Sentencia CE 1985-01(39076). (2018). *Apelación sentencia, acción de repetición*. Bogotá: Gaceta Consejo de Estado de noviembre 21-2018, CP. Marta Nubia Velásquez Rico.
- Consejo de Estado, Sentencia CE 2762. (2015). *Provisión, encargo, reubicación: Modificación de la estructura o en la reforma de la planta de empleos*. Bogotá: Gaceta Consejo de Estado de julio 16-2015, CP. Gerardo Arenas Monsalve.
- Consejo de Estado, Sentencia CE 2762-01(1960-11). (2010). *Insubsistencia por calificación insatisfactoria de servicios* -. Bogotá: Gaceta Consejo de Estado de junio 24-2010, CP. Alfonso Vargas Rincón.

- Consejo de Estado, Sentencia CE-01349-02(0841-17) . (2020). *Supresión de cargos*. Bogotá: Gaceta Consejo de Estado de noviembre 5-2020, Consejero ponente Rafael Francisco Suárez Vargas.
- Consejo de Estado, Sentencia CE-03082(2016). (2020). *Provisión por encargo, reincorporación, supresión de empleos*. Bogotá: Gaceta Consejo de Estado de octubre 09-2020. Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez.
- Contaduría General de la Nación. (2023). *Categorización de departamentos, distritos y municipios*. Bogotá: CGN Contaduría General de la Nación.
- Corte Constitucional, Sentencia T-0862. (2009). *El reten social opera para los procesos de liquidación y de reestructuración*. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional de noviembre 27-2009, MP. Jorge Iván Palacio.
- DAFP. (2015). *Guía de rediseño institucional para entidades públicas en el orden territorial*. Bogotá: Departamento Administrativo de la Función Pública.
- Decreto 0019. (2012). *“Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.”*. Bogotá: Diario Oficial 48308 de enero 10-2012.
- Decreto 1083. (2015). *Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública*. Bogotá: Diario Oficial No. 49523, mayo 26-2015.
- Editorial. (13 de noviembre 2020). Antioquia: reestructuración administrativa. *elColombiano.com*, págs. 02 (Envigado - Antioquia).
- Función Pública. (2018). *Guía de diseño y rediseño institucional, para entidades públicas del orden territorial*. Bogotá: Función Pública.
- Función Pública. (2023). Estructura organizacional. *funcionpublica.gov.co*, Recuperado el 6 de julio de 2023, disponible en https://www.funcionpublica.gov.co/preguntas-frecuentes/-/asset_publisher/sqxafjubsrEu/content/estructura-organizacional
- Perea, J. M., & Delúquez, K. M. (2020). *La categorización de municipios en Colombia, un esfuerzo inconcluso y errático*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Suárez, J. H. (11 de diciembre de 2018). Municipios de categorías 4, 5 y 6 no tienen recursos para inversión. *Diario el Nuevo Siglo*, pág. Sección la Nación.
- Vargas, D. A. (25 de noviembre de 2019). Estos son los departamentos más competitivos del país. *elColombiano*, pág. 08 Economía.