



#16

LA REIVINDICACIÓN DE LOS GRUPOS VULNERABLES POR MEDIO DE LA JURISDICCIÓN. EL CASO DE LA JUSTICIA PARA LA COMUNIDAD LGBT EN MÉXICO Dr. Carlos Manuel Rosales & M.C. Rafael López López EL ARRENDAMIENTO INMOBILIARIO, EVASIÓN FISCAL Y LA INOPERANCIA DE LOS PRINCIPIOS EN MATERIA DE VIVIENDA, ASENTAMIENTOS HUMANOS, ORDENAMIENTO TERRITORIAL Y DESARROLLO URBANO Dr. Dashev Sosa Arellano LIDERAZGO Y COMUNICACIÓN EN LA ORGANIZACIÓN, UN MARCO TEÓRICO Dr. Alfonso Reyna Parra, Dr. Adrián Cuevas López & Dr. Luis Nathanael López Luna TRANSPARENCIA OBLIGATORIA: LA DECLARACIÓN 3 DE 3 COMO MECANISMO DE COMBATE A LA CORRUPCIÓN EN MÉXICO Lic. Ángel de Jesús Sánchez Garay EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD COMO DERECHO HUMANO EN MÉXICO Dr. Francisco Álvarez Valdez METODOLOGÍA PARTICIPATIVA Y FILOSOFÍA KANTIANA EN EL PARLAMENTO ABIERTO M.C. Yully Nallely Ruiz Alfonso LA IMPLEMENTACIÓN DE LA PRUEBA ANTICIPADA EN DELITOS SEXUALES CONTRA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN COLOMBIA: ANÁLISIS JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL Lic. Flor Marina Paredes Castañeda, Lic. Claudia Zulema Sánchez Kondo & Dra. Lucía Becerra Hernández

Revista **Derecho & Opinión Ciudadana**

Vol. 8
Núm. 16



Instituto de Investigaciones Parlamentarias
Del H. Congreso del Estado de Sinaloa.

Derechos Reservados © H. Congreso del Estado de Sinaloa
Boulevard Pedro Infante No. 2155 Poniente Fraccionamiento Jardines Tres Ríos C.P. 80100,
Culiacán Rosales, Sinaloa, México.

2025 Culiacán, Sinaloa, México.

Junta de Coordinación Política

Dip. María Teresa Guerra Ochoa
Presidenta / Coordinadora del Grupo Parlamentario MORENA
Dip. Rodolfo Valenzuela Sánchez
Coordinador del Grupo Parlamentario del PVEM
Dip. Bernardino Antelo Esper
Coordinador del Grupo Parlamentario del PRI
Dip. Roxana Rubio Valdez
Coordinadora del Grupo Parlamentario del PAN
Dip. Víctor Antonio Corrales Burgueño
Coordinador del Grupo Parlamentario del PAS
Dip. Sergio Torres Félix
Coordinador del Grupo Parlamentario de MC
Dip. Moncerrat López López
Partido del Trabajo
Dip. Yeraldine Bonilla Valverde
Presidenta de la Mesa Directiva
Dra. Conzuelo Gutiérrez Gutiérrez
Secretaria General

Comisión de Cultura y Artes

Dip. Sthefany Rea Reátiga
Dip. Reynalda Leyva Urías
Dip. Karina Isabel Franco Meza
Dip. Pedro Alonso Villegas Lobo
Dip. Moncerrat López López

Comité Editorial

Dra. Juana Cruz Fernández
Director de la Revista
Mtra. Yully Nallely Ruíz Alfonso
Lic. Eduardo Ramírez Rivera
Corrector de Estilo
LI. Federico Cervantes Salazar
Diseño y Formato Web

Comité Científico Internacional

Dr. Luis Andrés Cucarella Galiana

Universidad de Valencia España

Dr. Patricio Maraniello

Universidad de Buenos Aires

Dr. Juan Marcelino González Garcete

Universidad Nacional de Asunción Paraguay

Mtro. Jaime Cubides Cárdenas

Universidad Católica de Colombia

Dr. Henry Eyner Isaza

Universidad Autónoma de Chiriqui Panamá

Dr. Hugo Muñoz Basaez

Universidad Central de Chile

Dr. Luis Arturo Ramírez Roa

Universidad UNITROPICO Colombia

Mtra. Roxana Del Valle Foglia

Universidad Nacional de Córdoba Argentina

Comité Científico Nacional

Dra. Denisse Azucena Díaz Quiñonez

Universidad Autónoma de Sinaloa

Dr. Edgar Iván Ortega Peñuelas

Universidad Autónoma de Sinaloa

Dr. Eduardo Ramírez Patiño

Universidad Autónoma de Sinaloa

Dr. Luis Roberto Torres López

Universidad Autónoma de Occidente

Dr. Jesús Francisco Ramírez Gómez

Universidad Autónoma de Occidente

INDICE

LA REIVINDICACIÓN DE LOS GRUPOS VULNERABLES POR MEDIO DE LA JURISDICCIÓN. EL CASO DE LA JUSTICIA PARA LA COMUNIDAD LGBT EN MÉXICO Dr. Carlos Manuel Rosales & Lic. Rafael López López	Págs. 1-55
EL ARRENDAMIENTO INMOBILIARIO, EVASIÓN FISCAL Y LA INOPERANCIA DE LOS PRINCIPIOS EN MATERIA DE VIVIENDA, ASENTAMIENTOS HUMANOS, ORDENAMIENTO TERRITORIAL Y DESARROLLO URBANO Dr. Dasaev Sosa Arellano	56-74
LIDERAZGO Y COMUNICACIÓN EN LA ORGANIZACIÓN, UN MARCO TEÓRICO Lic. Alfonso Reyna Parra, Lic. Adrián Cuevas López & Lic. Luis Nathanael López Luna	75-99
TRANSPARENCIA OBLIGATORIA: LA DECLARACIÓN 3 DE 3 COMO MECANISMO DE COMBATE A LA CORRUPCIÓN EN MÉXICO Lic. Ángel de Jesús Sánchez Garay	100-117
EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD COMO DERECHO HUMANO EN MÉXICO Dr. Francisco Álvarez Valdez	118-138
METODOLOGÍA PARTICIPATIVA Y FILOSOFÍA KANTIANA EN EL PARLAMENTO ABIERTO M.C. Yully Nallely Ruiz Alfonso	139-159
LA IMPLEMENTACIÓN DE LA PRUEBA ANTICIPADA EN DELITOS SEXUALES CONTRA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN COLOMBIA: ANÁLISIS JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL Lic. Flor Marina Paredes Castañeda, Lic. Claudia Zulema Sánchez Kondo & Dra. Lucía Becerra Hernández	160-191

LA REIVINDICACIÓN DE LOS GRUPOS VULNERABLES POR MEDIO DE LA JURISDICCIÓN. EL CASO DE LA JUSTICIA PARA LA COMUNIDAD LGBT EN MÉXICO.

Carlos Manuel Rosales¹

Rafael López López²

SUMARIO: I. Esbozo en materia de derechos humanos. II. Jurisdicción y tribunales. III. Los grupos vulnerables. IV. Análisis de casos judiciales de la comunidad LGBT. V. Conclusiones y propuestas. VI. Bibliografía.

RESUMEN: Las garantías constitucionales deben ser las mismas para todos, produciendo un piso de igualdad y de seguridad jurídica. La desigualdad es el numen para la discriminación y el menoscabo de los derechos de las personas. En el caso de las prerrogativas fundamentales de la comunidad LGBT, hay un patrón de resoluciones administrativas que evidencian varias conductas nefastas de los servidores públicos, mismas que han vulnerado sus derechos humanos. Este artículo analiza diversas sentencias del Poder judicial mexicano que han reivindicado las prerrogativas hacia estos justiciables.

PALABRAS CLAVE: Derechos, Tribunales, Justicia, Grupos vulnerables, Igualdad.

¹ Licenciado en Derecho por la UNAM, Maestría y Doctorado por la Universidad de Chile y se desempeña como funcionario de la Secretaría de la Educación Pública. Correo: Carmaroga@gmail.com

² Licenciado en Derecho por la UNAM, Maestría en Derecho Procesal Penal por el Cecsijuc. Actualmente es Juez de Control en el Poder Judicial. Correo: rafalozada_23@yahoo.com.mx

ABSTRACT: The constitutional guarantees must be the same for all, producing a floor of equality and legal security. Inequality is the numen for discrimination and undermining people's rights. In the case of the rights of the LGBT community, there is a pattern of administrative rulings that show nefarious conduct by public servants, who have violated their human rights. This article analyzes various judgments of the Mexican judiciary that have vindicated the prerogatives of these petitioners of justice.

KEYWORDS: Rights, Courts, Justice, Vulnerable groups, Equality.

INTRODUCCIÓN

Los derechos de las personas son la base de acción de las instituciones sociales. Sin embargo, la realización plena de los mismos sigue siendo un tema que tiene deudas con la sociedad. Si bien es cierto, es un ideal el gozar de nuestras prerrogativas sin cortapisas ni dilaciones. La realidad exhibe que aún existen demasiados pendientes para que cualquier individuo viva con dignidad.

El Estado se legitima materializando los derechos y las garantías insertos en la normatividad. Las leyes contienen los principios y las reglas que sustentan, protegen y tutelan los derechos de la gente, y permiten en un triple plano contar con mecanismos de defensa, instrumentos de exigibilidad, y para la debida justiciabilidad de los mismos.

Los derechos sustantivos y adjetivos de la población son los medios para que las personas puedan desarrollar libremente su vida, y cuenten con los medios para que sea digna. Ante la falta de cumplimiento de estos, se produce una desigualdad que conculca sus garantías y limita sus pretensiones, al menoscabar, discriminar, soslayar o ignorar sus pretensiones de vida.

El papel de los operadores jurídicos tiene muchas áreas de aplicación para el cumplimiento de los derechos civiles y políticos. Los funcionarios públicos y los servidores privados son el medio para que los justiciables soliciten que sus derechos sean

considerados, respetados y reparados en caso que sean desconocidos, violados o invalidados. Se trata de que los medios legales sean asequibles y próximos a la sociedad, y no que provoquen un desencuentro o frustración para los que piden el ejercicio de sus libertades y derechos.

Este artículo investiga, expone y analiza los asuntos relacionados con diversas sentencias resueltas por el poder judicial mexicano, que han restituido los derechos de las personas que han asumido una preferencia sexual independiente de los cánones tradicionalistas de la sociedad. El grupo LGBT son las siglas que identifican a las palabras lesbiana, gay, bisexual y transgénero. Este es un movimiento que se conformó por la lucha de los derechos de igualdad para estas comunidades sexuales minoritarias.³

Los derechos de estas personas han sido desconocidos o invalidados por las autoridades públicas, al requerirles se cumplan sus peticiones en temas como matrimonio, identidad, salud, sucesiones, y demás negocios administrativos. En estos apartados, los burócratas decidieron no resolver, desconocer, negar o limitar sus garantías constitucionales y sus derechos humanos por estimar (de manera subjetiva y poca profesional) que ellos no debían merecer las mismas prerrogativas que el resto de los ciudadanos.

Esta obra se estudiará en cinco secciones. En la primera, se colocarán los temas de los Derechos Humanos (DDHH), y aforar sus características principales. Seguida, se expondrá la naturaleza de los tribunales y la jurisdicción, para comprender su tarea en la defensa del estado de derecho. En el tercer punto, se presentan a los agentes de este tema, los grupos vulnerables y los operadores jurídicos. En el siguiente apartado, se muestran y examinarán algunas de las sentencias más relevantes de la Suprema Corte de Justicia, que han repuesto y habilitado los derechos de este grupo vulnerable. En la última parte, se generará un conjunto de conclusiones y propuestas para que mejore el trato institucional hacia la comunidad LGBT.

³<https://www.significados.com/lgbt/>

En general, se propone que la igualdad, sea universal y no se discrimine por la preferencia sexual. Pues las leyes, tratos y resoluciones que no brindan un trato igualitario fragmentan el pacto social y provocan un choque de derechos, una desilusión personal y un malestar social.

El acceso a la justicia ha sido la llave para poder convalidar y exigir sus derechos por las resoluciones de las autoridades públicas. Se ha demostrado, un patrón de desigualdad que ellos provocan hacia este grupo, en temas como: adopciones, pensiones, concubinato, candidaturas políticas, etc. Esto ha conllevado que bastantes personas (y colectivos) pidan la intervención del poder judicial para que sus derechos sean escuchados y respetados, y que sean resueltos por su capacidad legal, no por sus preferencias sexuales.

Nuestro objetivo particular, es crear una obra que empodere a la comunidad LGBT, con el que puedan exigir a las autoridades el cumplimiento irrestricto y absoluto de sus derechos. Alimón, servirá para que los estudiosos de la ciencia jurídica conozcan cómo se está resolviendo jurisdiccionalmente los temas de igualdad por identidad sexual.

No se intenta producir ni establecer un privilegio a un grupo, sino todo lo contrario, que sus derechos sean respetados como cualquier persona; pero que las circunstancias, los descréditos, la ignorancia y demás factores han impedido el goce pleno de sus prerrogativas y por lo mismo, el máximo órgano judicial mexicano ha actuado amparando sus garantías constitucionales y sus derechos humanos.

Aun queda mucho trabajo que hacer en estos asuntos, pero se debe empezar reconociendo que tenemos un problema en nuestra sociedad por diversos motivos (los operadores legales no están capacitados, la falta de empatía social, un desfase legal, un control difuso casi inoperante, entre tantos escollos, entuertos e inconvenientes).

Va nuestra solidaridad y reconocimiento a la comunidad LGBT, pues han nadado contracorriente de modo valiente, intentando y logrando que sus derechos sean atendidos y tutelados como los de cualquier civil, generando paradigmas judiciales que

deberán obedecer las autoridades y que poco a poco, espero cambien los anquilosados prejuicios y las atávicas concepciones de la sociedad.

I. ESBOZO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

El contenido de los derechos humanos reside en expectativas de actuación por parte de los entes de autoridad, por lo que las personas deben contar con los medios que garanticen la realidad de tales aspiraciones. Para ello, las garantías de protección de los derechos humanos son técnicas y medios que permiten lograr la eficacia de estos; en su ausencia, el goce de los derechos que reconoce el orden constitucional no puede materializarse en las personas.⁴

La dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad.⁵ Así las cosas, la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta -en su núcleo más esencial- como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada.⁶

Acompañando a la dignidad, es indispensable que se goce del libre desarrollo de la personalidad,⁷ esto significa el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles

⁴ Derechos humanos. Naturaleza del concepto "garantías de protección".

⁵ Carmona, Encarna, "Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital", *Anuario multidisciplinar para la modernización de las administraciones públicas*, España, 2006, número 2, p. 185.

⁶ Dignidad humana. Constituye una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de las personas y no una simple declaración ética.

⁷ Vid, SCJN, *Dignidad humana*, Ed. PJF, México, 2013.

injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera.⁸

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, los que consisten en lo siguiente: i) universalidad: que son inherentes a todos y conciernen a la comunidad internacional en su totalidad; en esta medida, son inviolables, lo que no quiere decir que sean absolutos, sino que son protegidos porque no puede infringirse la dignidad humana,⁹ pues lo razonable es pensar que se adecuan a las circunstancias; por ello, en razón de esta flexibilidad es que son universales, ya que su naturaleza permite que, al amoldarse a las contingencias, siempre estén con la persona. ii) interdependencia e indivisibilidad: que están relacionados entre sí, esto es, no puede hacerse ninguna separación ni pensar que unos son más importantes que otros, deben interpretarse y tomarse en su conjunto y no como elementos aislados.¹⁰

Los derechos humanos tienen dos reconocimientos, uno de índole moral, y otro normativo. En el primero, se reconoce a la persona por el simple hecho de ser humano; posee un conjunto de derechos inalienables, indivisibles, imprescriptibles y universales, y que no necesitan estar comprendidos dentro de alguna norma adjetiva o substantiva para su cumplimiento.¹¹ El otro sistema que se le conoce como positivista, les da su valor a los DDHH a partir de estar incorporados a un cuerpo jurídico nacional. Estos sistemas jurídicos los adaptan y los adoptan a partir de tratados, convenciones, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, que fueron ratificados por ese Estado.

a) Tutela y Protección

⁸ Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Aspectos que comprende.

⁹ Alexy, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, Ed. Ad hoc, Buenos Aires, Argentina, 2010, pp. 24 y 44.

¹⁰ Principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos.

¹¹ Salet, Wolfgang Ingo, "Mínimo existencial y justicia constitucional", p. 631. Recurso electrónico consultado: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3977/29.pdf> 3 de septiembre del 2023.

Uno de los elementos que perfeccionan a las normas, es que sean tuteladas y protegidas, por la vía de la acción del Estado.¹² Esto significa, que las normas tendrán efectividad, cuando están plenamente garantizadas a la población y con ello, se resguarde su efectividad. En el caso de los DDHH, la tutela es una consecuencia de su reconocimiento, lo que provoca que la autoridad tenga que cuidar el ejercicio y la realización de estos.¹³

La tutela sirve como guía o amparo de las personas, al solicitar se respeten sus derechos contra las acciones de agentes públicos o privados. La protección es la defensa que coloca un límite a la acción del Estado, para que no se conculquen los mismos y en su caso, se investigue las violaciones u omisiones, y se sancionen esas conductas.¹⁴

Ambas son complementarias, la tutela nos coloca una directriz de actuación y la protección, se realiza en dos sentidos.¹⁵ En el primero, como función preventiva para que no se atente contra los DDHH y en un segundo instante, para que en caso de que hayan sido conculcadas algunas de estas prerrogativas, sean restituidos y reparados sus derechos y la parte ofensora se someta a un juicio en que se le responsabilice por sus actos.¹⁶

b) Principios Pro Persona y Progresividad¹⁷

En el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable -en materia de derechos humanos-, atenderá a criterios que favorezcan al individuo o lo que se ha denominado principio *pro persona*. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una

¹² Ackerman, Bruce, *We the people. Foundations*, Ed. Harvard University Press, USA, 1991, p. 224.

¹³ Silva Henao, Juan Fernando, “Evolución y origen del concepto de 'Estado Social' incorporado en la Constitución Política colombiana de 1991”, *Ratio Juris*, enero-junio de 2012, vol. 7, núm. 14, pp. 141-158.

¹⁴ Villar Borda, Luis, “Estado de derecho y Estado social de derecho”, *Revista Derecho del Estado*, diciembre de 2007, núm. 20, pp. 73-96.

¹⁵ Gómez, Yolanda, Estado Constitucional y protección internacional, en *Presente, pasado y futuro de los DDHH*, Ed. CNDH, México, 2014, pp. 231-280.

¹⁶ Picard de Orsini, Marie y Useche, Judith, “Una nueva dimensión del Estado de Derecho: El Estado Social de Derecho”, *Provincia*, número especial, 2006, pp.189-218.

¹⁷ Vid, Medellín, Ximena, *Principio Pro persona*, Ed. SCJN, México, 2013.

diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción.¹⁸ En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado.

En este contexto, desde el campo doctrinal se ha considerado que el referido principio "pro homine" tiene dos variantes: a) Directriz de preferencia interpretativa, por la cual se ha de buscar la interpretación que optimice más un derecho constitucional. Esta variante, a su vez, se compone de: 1) Principio favor *libertatis*, que postula la necesidad de entender al precepto normativo en el sentido más propicio a la libertad en juicio, e incluye una doble vertiente: i) las limitaciones que mediante ley se establezcan a los derechos humanos no deberán ser interpretadas extensivamente, sino de modo restrictivo; y, ii) debe interpretarse la norma de la manera que optimice su ejercicio; 2) Principio de protección a víctimas o principio favor *debilis*; referente a que en la interpretación de situaciones que comprometen derechos en conflicto, es menester considerar especialmente a la parte situada en inferioridad de condiciones, cuando las partes no se encuentran en un plano de igualdad; y, 3) Directriz de preferencia de normas, la cual prevé que el juez aplicará la norma más favorable a la persona, con independencia de la jerarquía formal de aquélla.¹⁹

El principio de progresividad estuvo originalmente vinculado a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), porque se estimaba que éstos imponían a los Estados, obligaciones positivas de actuación que implicaban el suministro de recursos económicos y que su plena realización estaba condicionada por las circunstancias económicas, políticas y jurídicas de cada país.²⁰ Así, en los primeros instrumentos internacionales que reconocieron estos derechos, se incluyó el principio de progresividad

¹⁸ Principio pro persona. Criterio de selección de la norma de derecho fundamental aplicable.

¹⁹ Principio pro homine. Variantes que lo componen.

²⁰ Arango, Rodolfo, *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho mínimo vital*, Ed. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Colombia, 2002, p. 16.

con la finalidad de hacer patente que esos derechos no constituyen meros "objetivos programáticos", sino genuinos derechos humanos que imponen obligaciones de cumplimiento inmediato a los Estados, como la de garantizar niveles mínimos en el disfrute de esos derechos, garantizar su ejercicio sin discriminación, y la obligación de tomar medidas deliberadas, concretas y orientadas a su satisfacción; así como obligaciones de cumplimiento mediato que deben ser acometidas progresivamente en función de las circunstancias específicas de cada país.²¹

Así, la progresividad constituye el compromiso de los Estados para adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, principio que no puede entenderse en el sentido de que los gobiernos no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización íntegra de tales derechos, sino en la posibilidad de ir avanzando gradual y constantemente hacia su más completa realización, en función de sus recursos materiales; así, este principio exige que a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales.²²

El Estado tiene el mandato constitucional de realizar todos los cambios y transformaciones necesarias en la estructura económica, social, política y cultural del país, de manera que se garantice que todas las personas puedan disfrutar de sus Derechos Humanos. Por tanto, el principio de progresividad exige a todas las autoridades del Estado, en el ámbito de su competencia, incrementar el grado de tutela en la promoción, respeto, protección y garantía de los DDHH y también les impide, en virtud de su expresión de no regresividad, adoptar medidas que sin plena justificación

²¹ Principio de progresividad. Es aplicable a todos los derechos humanos y no sólo a los llamados económicos, sociales y culturales.

²² Principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos.

constitucional disminuyan el nivel de la protección a los Derechos Humanos de quienes se someten al orden jurídico del Estado.²³

c) Exigibilidad y Justiciabilidad de los Derechos Humanos

La exigibilidad es una solicitud a la autoridad, para realizar un acto que tutele, proteja o respete un derecho.²⁴ Esta exigibilidad es un acto en que se excita a la autoridad un proceder, y se pone de manifiesto que se está violando o incumpliendo un derecho humano. Ante este acto de exigibilidad, el operador jurídico estudiará el fondo del pedimento. Ante esto, se emitirá una decisión para hacer, otorgar, permitir, respetar, entre otros; que valide y consienta el uso y goce de sus DDHH.²⁵

Esta exigibilidad como se hizo notar está acompañada de la justiciabilidad, para que sea efectiva.²⁶ Esto implica la acción del poder público para que determine, si hay violación a los derechos que expone el quejoso, o descalificar la misma, por no contar con elementos de forma o de fondo de dicha petición. Entre los elementos para concederla, sin previo estudio de fondo podría ser la irreparabilidad por el daño ocasionado, lo que da efecto a una medida cautelar, una suspensión del acto o la protección temporal, mientras se resuelve de fondo el asunto principal.²⁷

También se debe observar que la exigibilidad y justiciabilidad en materia de DDHH no implican gratuidad sin cortapisa. Que, si bien se reconoce y protege el derecho humano, no puede resultar un factor para obtener un bien o servicio sin costo económico. Esto que implica, que el reconocimiento de estos no debe significar una puerta para el abuso en los derechos que brinda el Estado (como podría ser temas en materia de salud, educación, agua, energía eléctrica, entre otros), en el que la población como receptores

²³ Principio de progresividad de los derechos humanos. Su naturaleza y función en el Estado mexicano.

²⁴ Kojève, Alexandre, *La noción de autoridad*, Ed. Nueva visión, Buenos Aires, 2005, p. 36.

²⁵ Carmona, Encarna, "Los derechos sociales...", 2006, p. 187.

²⁶ Linz, Juan J., *Problems of democratic transition and consolidation*, Ed. The Johns Hopkins University Press, USA, 1996, p. 5 y ss.

²⁷ STA 175, Rel. Min. Gildar Mendes, enjuiciada el 17.03.2010.

de un servicio, reconoce su obligación de realizar una contribución económica por el bien suministrado, sin importar si proviene de una empresa pública o privada.²⁸

La posibilidad de ganar servicios o derechos de manera gratuita con base a los DDHH pudiera ser o parecer un acto para conseguir ventaja o abuso del sistema normativo. Por lo que se debe considerar cada solicitud, y resolver ante las circunstancias y el contexto en que se haga.²⁹

Hay que entender y razonar que los derechos prestacionales exigidos como DDHH no son un cheque en blanco. Sino que hay que ponderarlos, según sea el caso, aplicando un test para considerar su exigibilidad y reconocer su justiciabilidad para otorgar este derecho. Para este proceso, se propone un control que calificará si el Estado debe dar, entregar o realizar un acto para tutelar algún derecho humano. Con esto, se cuidaría y construiría un sistema jurídico justo, prístino e imparcial.³⁰

Debe puntualizarse que la limitación en el cumplimiento de un derecho humano no necesariamente es sinónimo de vulneración, pues para determinar si una medida lo respeta, es necesario analizar si: (I) dicha disminución tiene como finalidad esencial incrementar el grado de tutela de un derecho humano; y (II) generar un equilibrio razonable entre los derechos fundamentales en juego, sin afectar de manera desmedida la eficacia de alguno de ellos. En ese sentido, para determinar si la limitación al ejercicio de un derecho viola el principio de progresividad de los derechos humanos. El operador jurídico debe realizar un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho en

²⁸ Salet, Wolfgang Ingo, “Mínimo existencial y justicia constitucional”, p. 629. Recurso electrónico consultado: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3977/29.pdf> 3 de septiembre del 2023. Estos llamados “triumfos” son acuñación de Ronald Dworkin, que advierte que los derechos obtenidos, son triunfos de movimientos sociales o políticos. *Los derechos en serio*, Ed. Abelot-Perrot, Argentina, 1996.

²⁹ Waldron, Jeremy, *Law and disagreement*, Ed. Oxford University Press, USA, 2004, pp. 5, 21-48.

³⁰ Esta misma interpretación se reitera en las SSTC 134/1989 y 140/1989, ambas de 20 de julio. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán también podemos encontrar un reconocimiento tácito del derecho a un mínimo vital, en opinión de Robert Alexy si se consideran conjuntamente dos sentencias de los años 1951 y 1975 (BverfGE 1, 97 y BverfGE 40, 121). *Vid.*, del autor, *Teoría de los derechos fundamentales*, Ed. Centro de estudios constitucionales, España, 2007, pp. 422-423.

relación con las implicaciones colectivas de la medida, a efecto de establecer si se encuentra justificada.³¹

d) Cumplimiento Incondicional Intrínseco y Absoluto de los DDHH

Lo primero que se debe considerar, es colocar un contexto para los DDHH o sea, determinarlos dentro de un sistema normativo.³² Estos derechos morales universales son vistos como un eje rector del Estado, pero que podrían sobreponerse al resto del ordenamiento nacional. Esto nos origina dos supuestos: el que se concedan de manera casi automática por su peso moral, aun cuando demerite o mengue algún derecho prestacional o fundamental, que tiene una regulación para hacerlo efectivo.³³ O ponderar si la tutela o protección que se solicita, colisiona con derechos ya sea sustantivos o adjetivos, haciéndose notar que esa determinación, creará un precedente administrativo y/o jurisdiccional.³⁴

¿Pero es más importante tutelar y proteger los DDHH, que la propia Constitución?³⁵ Pues todo depende de dos factores, el operador jurídico (funcionario o juez) y el contexto en que se realiza el acto. En el primer caso, la conducta del operador jurídico podrá ser la de un garantista que maximice los derechos de las personas y restrinja la acción del Estado, garantizándolos de manera automática, impronta e indubitable. En el que su juicio o realización sea para no entrar a la cuestión de fondo, o si considera que se debe tutelar y proteger ese derecho humano, sin importar otras consideraciones. La sola exigibilidad asegura su justiciabilidad en este modelo, que llamaré: reacción positiva. En el otro modelo, se tendrá en consideración ciertos elementos como: la gradualidad; si hay peligro vital; se restringe alguna libertad; si es

³¹ Principio de progresividad de los derechos humanos. Criterios para determinar si la limitación al ejercicio de un derecho humano deriva en la violación de dicho principio.

³² En el caso de México, son parte integrante del andamiaje legal. Derechos humanos contenidos en la constitución y en los tratados internacionales, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional.

³³ Hart, H.L.A., *The concept of law*, Ed. Clarendon, Oxford, 1988, pp. 7 y 14.

³⁴ Vanossi, Jorge Reinaldo, *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Ed. EUDEBA, Argentina, 1987, p. 146.

³⁵ Bickel, Alexander M., *The least dangerous branch*, Ed. Yale University Press, USA, 1986, pp. 58-59.

sine qua non para poder desarrollarse como persona; si la negación atentase contra su dignidad, que nombrare como: ponderación mínima.

e) El Libre Desarrollo de la Personalidad como Derecho Humano

Para iniciar una aproximación al concepto del libre desarrollo de la personalidad, es menester puntualizar que es en Alemania donde se acuña por primera vez en el derecho constitucional este concepto, concretamente como derecho fundamental autónomo. Este se localiza en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, en el artículo 2.1 que señala: "Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otra ni atente contra el orden constitucional o la ley moral".

Asimismo, en Alemania inicia el desarrollo doctrinal y jurisprudencial de esta institución, siendo uno de los países con más desarrollado en el tema. En este sentido, la primera aplicación de este derecho fundamental se dio en 1957 con el caso Elfes.³⁶ En él se define y desarrolla jurisprudencialmente por primera vez, el derecho a "desarrollar libremente la personalidad" como libertad principal o "libertad general de acción" estableciendo que este derecho es el —ámbito último intangible de la libertad humana y que —la garantía de la libertad general de acción se presenta como una extensión de la protección más allá de este ámbito, amparándose de este modo todas las libertades y derechos fundamentales de la persona humana, estén o no enumeradas en el catálogo de derechos constitucionales fundamentales.

De este modo, Alemania colocó la primera luz hacia una conceptualización del derecho al libre desarrollo de la personalidad, aportando con su doctrina, las primeras pautas características definitorias de este derecho. En un primer intento de conceptualización, por libre desarrollo de la personalidad, se puede entender: —aquel derecho que posee todo ser humano de desarrollarse, autodeterminar, diseñar y dirigir

³⁶ Tribunal Constitucional de Alemania, BVerfGE 6, 32, 16 de enero de 1957.

su vida según su voluntad, conforme a sus propios propósitos, proyecto de vida, expectativas, intereses, vocación, deseos, preferencias e inclinaciones.³⁷

Pero, a lo largo de esta investigación, se concluye que dicha definición es insuficiente, ya que ésta, solamente abarca algunas facetas especialmente individuales de este derecho. Por tanto, resulta incompleta a los objetivos de la presente investigación. Por ello, y tras diversos análisis, se concluye que el único camino para aproximarse a una definición del derecho al libre desarrollo de la personalidad es de la observación de los diversos rasgos y características reiterativas que se observan en el derecho constitucional comparado, la jurisprudencia comparada y la doctrina.

De este modo, una primera característica que se vislumbra para una definición del derecho al libre desarrollo de la personalidad, es que este derecho busca proteger y tutelar los diversos aspectos indispensables a la dignidad y calidad de persona humana. Es decir, al valor supremo del ser humano frente al ordenamiento jurídico. En este sentido y de la amplitud de caracteres propios del ser humano (jurídicamente relevantes), se extrae la primera característica general definitoria de este derecho, a saber, que: *“el libre desarrollo de la personalidad es el atributo jurídico general de ser persona humana, atributo en el cual se incluyen todos los derechos y características indispensables al status jurídico de persona”*.³⁸

Por tanto, de la primera característica definitoria del libre desarrollo de la personalidad como —atributo jurídico general de ser persona humana, surge y se incluye una segunda característica: el derecho al libre desarrollo de la personalidad incluye y requiere indispensablemente el goce efectivo de todo el sistema de derechos y libertades fundamentales.

³⁷ Villalobos, Kevin, El libre desarrollo de la personalidad como fundamento universal de la educación. En: Obra colectiva. Simposio 2009: *La población joven de Costa Rica a partir de la I Encuesta Nacional de Juventud: Ponencias y Memoria*, San José Costa Rica, CNPPPJ-UNFPA, 2011, p. 141.

³⁸ Azurmendi, Ana, *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, segunda edición, Universidad Iberoamericana, México, 1998, p. 61.

Otra característica sobre este derecho al libre desarrollo de la personalidad, es que este derecho, aparte de proteger los derechos y cualidades esenciales del ser humano, busca tutelar el desarrollo particular de cada individuo. Es decir, tutela el desarrollo del propio ser, es su faceta personal. Esta característica se puede denominar como la faceta —individualista del libre desarrollo de la personalidad. Corresponde al núcleo del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Esta faceta incluye aquellas manifestaciones internas y externas de la personalidad. Son aquellas características definitorias de la personalidad, que hacen de todo ser humano un ser único y especial y que lo individualiza, particulariza y diferencia de todos sus semejantes. Aquí se contienen atributos tales como la apariencia, la intimidad, la conciencia, el modo de actuar y ser del individuo, así como todo otro aspecto jurídico o extra jurídico que conlleve a la realización personal del individuo como ser digno y libre.³⁹

La Constitución mexicana otorga una amplia protección a la autonomía de las personas, al garantizar el goce de ciertos bienes que son indispensables para la elección y materialización de los planes de vida que los individuos se proponen. Así, en términos generales, puede decirse que los derechos fundamentales tienen la función de "atrincherar" esos bienes contra medidas estatales o actuaciones de terceras personas que puedan afectar la autonomía personal. De esta manera, los derechos incluidos en ese "coto vedado" están vinculados con la satisfacción de esos bienes básicos que son necesarios para la satisfacción de cualquier plan de vida. En este orden de ideas, el bien más genérico que se requiere para garantizar la autonomía de las personas es precisamente la libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros.

En este sentido, la Constitución y los tratados internacionales reconocen un catálogo de "derechos de libertad" que se traducen en permisos para realizar determinadas acciones que se estiman valiosas para la autonomía de las personas

³⁹ Villalobos, Kevin, *El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad*, Ed. Universidad de Costa Rica; Facultad de Derecho, Costa Rica, 2012, pp. 66-67.

(expresar opiniones, moverse sin impedimentos, asociarse, adoptar una religión u otro tipo de creencia, elegir una profesión o trabajo, etcétera), al tiempo que también comportan límites negativos dirigidos a los poderes públicos y a terceros, toda vez que imponen prohibiciones de intervenir u obstaculizar las acciones permitidas por el derecho fundamental en cuestión.

Ahora bien, el derecho al libre desarrollo de la personalidad brinda protección a un "área residual de libertad" que no se encuentra cubierta por las otras libertades públicas. En efecto, estos derechos fundamentales protegen la libertad de actuación humana de ciertos "espacios vitales" que, de acuerdo con la experiencia histórica, son más susceptibles de ser afectados por el poder público; sin embargo, cuando un determinado "espacio vital" es intervenido a través de una medida estatal y no se encuentra expresamente protegido por un derecho de libertad específico, las personas pueden invocar la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad. De esta manera, este derecho puede entrar en juego siempre que una acción no se encuentre tutelada por un derecho de libertad específico.⁴⁰

El contenido de los derechos humanos reside en expectativas de actuación por parte de los entes de autoridad, por lo que las personas deben contar con los medios que garanticen la realidad de tales aspiraciones. Para ello, las garantías de protección de los derechos humanos son técnicas y medios que permiten lograr la eficacia de estos; en su ausencia, el goce de los derechos que reconoce el orden constitucional no puede materializarse en las personas.⁴¹

La dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad.⁴² Así las cosas, la dignidad

⁴⁰ Amparo en revisión 237/2014. Amparo en revisión 1115/2017. Amparo en revisión 623/2017. Amparo en revisión 548/2018. Amparo en revisión 547/2018. Tesis de jurisprudencia 5/2019 (10a.).

⁴¹ Derechos humanos. Naturaleza del concepto "garantías de protección".

⁴² Carmona, Encarna, "Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital", *Anuario multidisciplinar para la modernización de las administraciones públicas*, España, 2006, número 2, p. 185.

humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta -en su núcleo más esencial- como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada.⁴³

Acompañando a la dignidad, es indispensable que se goce del libre desarrollo de la personalidad,⁴⁴ esto significa el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera.⁴⁵

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, los que consisten en lo siguiente: i) universalidad: que son inherentes a todos y conciernen a la comunidad internacional en su totalidad; en esta medida, son inviolables, lo que no quiere decir que sean absolutos, sino que son protegidos porque no puede infringirse la dignidad humana,⁴⁶ pues lo razonable es pensar que se adecuan a las circunstancias; por ello, en razón de esta flexibilidad es que son universales, ya que su naturaleza permite que, al amoldarse a las contingencias, siempre estén con la persona. ii) interdependencia e indivisibilidad: que están relacionados entre sí, esto es, no puede hacerse ninguna separación ni pensar que unos son más importantes que otros, deben interpretarse y tomarse en su conjunto y no como elementos aislados.⁴⁷

⁴³ Dignidad humana. Constituye una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de las personas y no una simple declaración ética.

⁴⁴ SCJN, *Dignidad humana*, et. al., 2013.

⁴⁵ Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Aspectos que comprende.

⁴⁶ Alexy, Robert, *La construcción ...* 2010, pp. 24 y 44.

⁴⁷ Principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos.

II. JURISDICCIÓN Y TRIBUNALES

La manifestación más concreta de la justicia en todo sistema social es la correcta aplicación de las leyes y la posibilidad de proteger su respeto a través de instancias que permitan resolver las controversias, conflictos y diferencias que se susciten entre las partes.⁴⁸

La jurisdicción es entendida como *“el conjunto de atribuciones que tiene el Estado, para ejercerlas, por conducto de alguno de sus órganos o por medio de árbitros, con aplicación de normas jurídicas generales e individualizadas a los diversos actos y hechos que se susciten con motivo del planteamiento de posiciones concretas en controversia”*.⁴⁹

Asimismo, el exmagistrado Flavio Galván considera que la jurisdicción es: *“la función soberana del Estado que tiene por objeto la solución de controversias de intereses de trascendencia jurídica, mediante la aplicación del derecho al caso concreto controvertido”*.⁵⁰

Una jurisdicción efectiva debe estar revestida de ciertas atribuciones para que el dicasterio pueda ejercer sus funciones eficazmente y se cumplan sus sentencias: *“el de coerción, para procurarse los elementos que sean necesarios para su decisión, inclusive de otros órganos del Estado, el de documentación o investigación, para decretar y practicar pruebas y, el de ejecución, para hacer cumplir lo juzgado con el imperio del Estado”*.⁵¹

Al contarse con una adecuada jurisdicción se otorga seguridad jurídica a la población, esto significa que *“el ejercicio del poder público esté restringido por reglas jurídicas”*.⁵² Esto implica que los jueces deben realizar su labor de manera idónea. Lo que significa, que los jueces deben contar con profesión y reputación (requisito de calificación)

⁴⁸ Andrade Martínez, Virgilio, “Balance y perspectivas de la justicia electoral en México”, en *Evolución histórica de las instituciones de la justicia electoral en México*, Ed. TEPJF, México, 2002, p. 601.

⁴⁹ Arellano García, Carlos, *Teoría general del proceso*, Ed. Porrúa, México, 1992, p. 346.

⁵⁰ Galván Rivera, Flavio, *Derecho Procesal Electoral*, Ed. Porrúa, México, 2006, p. 116.

⁵¹ Castillo González, Leonel, *Reflexiones temáticas*, Ed. TEPJF, México, 2006, p. 30.

⁵² Orozco Henríquez, Jesús, *Justicia electoral y garantismo jurídico*, op. cit., p. 237. Vid, Pérez Luño, Antonio Enrique, *La seguridad jurídica*, Ed. Ariel, Barcelona, 1991.

y, por otro lado, el aislamiento de los jueces: forma de designación, tenencia del cargo, remuneración asegurada, forma de destitución (requisitos de aislamiento).⁵³

El nuevo papel de los jueces ha permitido avanzar hacia una juridificación del sistema democrático, sometiendo la política a la lógica de la legalidad (al menos en el nivel de discurso, otra cosa es lo que sucede en la realidad de todos los días, sobre todo en países, como muchos de América Latina, en los que la imposición de las reglas jurídicas a la vida política deja mucho que desear).⁵⁴

Además, para que haya una seguridad jurídica eficaz “*se necesitan que las reglas sean públicas, generales, abstractas, relativamente estables, claras, no contradictorias, entre otros rasgos*”.⁵⁵

La jurisdicción se materializa por medio de los tribunales, por lo que es menester recordar la acepción de tribunal. Para Giuseppe Chiovenda, el tribunal “*es un órgano complejo de jurisdicción... (el cual) ejerce los poderes jurisdiccionales en los límites de las atribuciones que le están asignadas*”.⁵⁶ Pero no se debe olvidar, que los tribunales son órganos estatales específicos y permanentes, con autonomía propia, emanan de la Constitución,⁵⁷ cuya función pública consiste en realizar la actividad jurisdiccional, para administrar justicia, que es el fin supremo del Estado.⁵⁸

La jurisdicción necesita que su titular sea el responsable de administrar justicia: “*En el estado de derecho, la función de juzgar debe estar encomendada a un único conjunto de jueces independientes e imparciales, en donde toda manipulación en su constitución e independencia esté expresamente desterrada*”.⁵⁹

⁵³ Ansolabehere, Karina, *La política desde la justicia*, Ed. Fontamara, México, 2007, p. 98.

⁵⁴ Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Ed. Trotta, España, 2007, p. 17.

⁵⁵ Orozco Henríquez, Jesús, *Justicia electoral y garantismo jurídico*, Ed. Porrúa, México, 2006, p. 239.

⁵⁶ Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Ed. Cárdenas, México, 1989, Volumen II, pp. 72 y 73.

⁵⁷ Sheldon, Charles, *Essentials of the american Constitution*, Ed. West view, USA, 2002, pp. 2, 5 y 10.

⁵⁸ Pina, Rafael y Castillo, José, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Ed. Porrúa, México, 1990, pp. 59-60 y 101-103.

⁵⁹ Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*, Ed. Dykinson, Madrid, 1992, p. 761.

De todo lo anteriormente expuesto, se pueden desprender algunos de los rasgos esenciales de un tribunal:

1. Debe ser jurídico, debido a que su finalidad es garantizar la vigencia del derecho.
2. Cualquier conflicto surgido por la inobservancia de las normas jurídicas debe ser resuelto, no por la vía de construir para cada caso una solución política negociada, sino imponiendo siempre la auténtica obediencia del derecho preestablecido y,
3. Debe ser efectivo, eficiente, disponible y accesible para todo actor, con independencia de la fuerza política que tenga, puede solicitar y obtener el pleno respeto de sus derechos.⁶⁰

Las características institucionales con que debe tener un tribunal son:

- Debe ser especializado, esto quiere decir, que no sólo debe ser especializado en lo jurisdiccional, lo cual promueve niveles crecientes de eficiencia en el desempeño de sus funciones.⁶¹
- Tiene la labor de declarar el derecho aplicable para resolver los conflictos que se presenten con motivo de los comicios a cargo del tribunal, en el que ni los partidos ni ninguna otra autoridad o poder tienen representación o injerencia.⁶²
- El tribunal permite garantizar: “1. *el ejercicio republicano del poder público evitando que una sola instancia lo concentré con el riesgo de abusar de él y, 2. que las citadas funciones se realicen de manera especializada, atendiendo sólo a los principios de cada una*”.⁶³
- Debe contar con autonomía funcional, ya que actuará sin subordinación institucional a órgano alguno. Asimismo, debe gozar de autonomía normativa, esto

⁶⁰ TEPJF, *El sistema mexicano de justicia electoral*, Ed. TEPJF, México, 2003, pp. 56, 57, 74 y 75.

⁶¹ *Ídem*, p. 59.

⁶² *Ídem*, p. 60.

⁶³ *Ídem*, p. 61.

lo faculta para dictar él mismo las normas generales que reglamentan su funcionamiento interno.⁶⁴

- El tribunal debe gozar de autonomía administrativa, en razón de que le corresponde, con exclusividad, la atribución de manejar su patrimonio libremente, determinando a qué programas y prioridades comprendidos dentro de su competencia, deberían aplicarse los recursos humanos, materiales y financieros a su disposición.⁶⁵

III. LOS GRUPOS VULNERABLES

Como se puede observar, la desigualdad es el instrumento por el que se amilanan y se excluyen los derechos de las personas o de ciertas comunidades, lo que genera grupos vulnerables.

Los individuos y las comunidades que padecen el menoscabo de sus derechos fundamentales y sus derechos humanos están sujetos a un régimen de facto que desea no reconocer las prerrogativas que puede o no reconocer el sistema normativo. Esto se materializa con actos que reducen o soslayan las posibilidades de poder ejercer con plenitud sus actividades, sus planes y el libre desarrollo de su personalidad.⁶⁶

El término de vulnerabilidad puede aplicarse a una persona o un país. Los niños, las mujeres y los ancianos son considerados los más vulnerables. Además, este concepto se relaciona con la situación social, política, económica y cultural de las personas.

Una persona vulnerable es aquella que tiene un ambiente personal o familiar debilitado. Es el nivel de riesgo de un ciudadano de perder sus bienes, propiedades o su sistema de sustento y el de su familia. Por ejemplo, está en riesgo de exclusión social una

⁶⁴ *Ídem*, p. 62-63.

⁶⁵ Vid, Lowenstein, Carl, *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, Barcelona, 1964, pp. 232-251 y 294-325.

⁶⁶ <https://definicion.de/grupos-vulnerables/>

persona de más de 50 años que acaba de perder su empleo o también un refugiado recién llegado a un país desconocido.

Son entornos totalmente diferentes y niveles de riesgo distintos, pero son personas vulnerables las que necesitan soluciones para mejorar su calidad de vida.

Una persona puede estar en una situación de vulnerabilidad por situaciones de origen físico como terremotos, sequías, inundaciones o enfermedades, u otros tipos de amenazas como la contaminación, hambruna, accidentes o pérdida de empleo.

Los grupos vulnerables son, entre otros, minoritarios en determinados tipos de países más desarrollados: migrantes, refugiados (ya sea de guerra, por persecución o por cualquier otra causa), aquellas personas que vivan en regiones específicas, dentro de un país, y que ésta sea de extrema pobreza, los privados de libertad, las personas con educación limitada, desempleados, mujeres embarazadas, entre otros.⁶⁷

- Personas migrantes

Las personas migrantes se encuentran generalmente en situación de vulnerabilidad, debido a que no viven en su país de origen y enfrentan diversos tipos de dificultades como otro idioma, diferentes costumbres y cultura, y problemas económicos y sociales.

Algunas de estas personas no tienen la documentación necesaria y están en situación irregular en el país que emigraron.⁶⁸

- Refugiados

Los refugiados son personas que huyen del conflicto y la persecución. Su condición y su protección están definidas por el derecho internacional, y no deben ser expulsadas o retornadas a situaciones en las que sus vidas y sus libertades corran riesgo.

- Niñas, niños y adolescentes

⁶⁷ <https://www.accioncontraelhambre.org/es/persona-vulnerable-significado>

⁶⁸ <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3843/4801>

Las niñas, niños y adolescentes son un grupo al que se le ha dado una atención especial, debido a su alta vulnerabilidad social. Esta está causada por la dependencia necesaria del adulto para su desarrollo y bienestar en una sociedad.

- Adultos mayores

Los adultos mayores también representan a un grupo vulnerable a causa de su dependencia hacía otros para su cuidado y bienestar, ya que muchos no tienen las capacidades funcionales para ejercer sus derechos.

- Género e identidad sexual

Son personas vulnerables aquellas que son discriminadas por su género e identidad sexual, es decir, por su orientación sexual y la atracción que siente emocional y afectiva por otra persona.

- Creencias religiosas

Aunque en la mayoría de países desarrollados las creencias religiosas no suponen mayor problema, todavía quedan muchas regiones en el mundo en las que las personas sufren de vulnerabilidad por su credo.

De esta forma, los grupos vulnerables son un conjunto de personas que por acción u omisión de terceros son reducidos en su acción, determinación y proyectos personales.⁶⁹ En el que las normas, las costumbres, los prejuicios y demás instrumentos desigualitarios han generado una vulnerabilidad que dificulta y/o impide su libre desarrollo personal, en nuestro caso, por su identidad y preferencia sexual.

a) Los Cánones Sociales

Los valores y tradiciones de cada sociedad se forman por la costumbre. Esta repetición continúa de ciertos actos genera que la población obedezca y siga varios patrones que se recepcionaron de terceros, cuyo objetivo era el control social de la gente.

⁶⁹ Vid, www.cndh.mx/principal/document/derechos/fr_derech.htm

La selección de esos principios fue por medio de la adopción o de la adaptación de conductas o estilos que deseaban imitar, para provocar determinados resultados. Este diseño puede construirse de forma inconsciente de un colectivo o por la imposición de terceros, dando origen a que los sujetos quedaran ordenados y sus acciones anticipadas.

Esta construcción de una moral restringe al individuo, y lo canaliza por medio de dogmas a un pensamiento y a una acción, que en caso de incumplirse sería mal visto, por lo que se ejercería un mecanismo de autoajuste personal ante lo reprobable del acto cometido. Asimismo, la determinación de una ética social establece los valores de lo justo, lo bueno, lo correcto, lo nefasto, lo sancionado, etc. Por lo que se instituye un parámetro de lo aceptable y lo que debe ser mal visto y/o castigado para proteger el interés público, y a la misma sociedad.

Los paradigmas de comportamiento que se imponen o se producen desde la misma sociedad son la base de la acción social, y del futuro de la misma. Son estos modelos, los que de modo primario nos condicionan ante un acto o hecho a una respuesta ya concebida en la persona, y que es válida para la comunidad, lo que permite la convivencia conveniente y la continuidad social.

La reprobación, la descalificación y lo funesto son otros juicios de la sociedad que contravienen o conculcan los principios y los valores que les permiten la unión como grupo. Esos actos son castigados de diversas formas como la discriminación, una sanción legal, la invisibilización, separación, un tipo de asociabilidad y el ser mal vistos por el conglomerado.

b) Las Normatividad Problematicadora

Los conceptos que se originan a partir de la desigualdad pueden provenir de juicios, reflexiones o adherencias; que tienen como objetivo instaurar privilegios, imposiciones, beneficios, subordinaciones, para imponer un pensamiento y una acción contra los desiguales.

La desigualdad se valida y materializa por un discurso carente de reflexiones ni críticas al mismo. No hay un juicio al interior, y se obedece como dogma sus sentencias, acciones, condiciones y estipulaciones tomando solo en cuenta las opiniones que les sirvan para continuar demostrando su discurso y actuar.

El origen de la desigualdad es personal o por medio de la adhesión, en el primer caso, implica un modo subjetivo y/o de asimilación. La persona puede crear desde su concepción intelectual un rechazo para justificar el desagrado por alguien, y que no le parece que deban poseer los mismos derechos y libertades, sino que debería contar con menos prerrogativas, por diversos motivos.⁷⁰

Por ejemplo, en Europa, los peregrinos no tenían los mismos derechos que un ciudadano; los esclavos manumitidos en Roma nunca serían senadores. Los afroamericanos en Estados Unidos de América eran (y siguen) siendo mal vistos en múltiples comunidades con predominancia de ascendencia europea (blanca); incluso todavía se les impide a los que no son de ascendencia europea, la compraventa de una propiedad y en ocasiones, no son atendidos respetuosamente en los comercios y servicios públicos.

La desigualdad se ha utilizado como instrumento para enhestar y recalcar las diferencias entre las personas. Estos mecanismos se convierten en la materialización de sus concepciones, para resaltar ciertas características, comportamientos o preferencias de algunos que supuestamente están sujetos a la voluntad de otros, por lo que no pueden desarrollarse libremente, ni existir con dignidad. El desigualitarista impone su visión, concepción, convicción y decisión.

El menosprecio es uno de los instrumentos materiales la desigualdad, que se origina por las características o actividades de otra persona o grupo. Esta acción sirve para dar a conocer que aquel sujeto no es un elemento común, no es grato, ni goza de aceptación (o es de poca valía), y eso explica y justifica el demérito o descalificación.

⁷⁰Vid, Kurtenbach, Sabine, *Violencia y desigualdad*, Ed. Nueva sociedad, Argentina, 2017.

La desigualdad genera parcialidad. Ante una decisión que trate sobre selección, distribución u otra, si la persona opera con un sistema epistémico desigualitario preferirá al sujeto que le sea más afín. Su decisión la puede ajustar a las normas establecidas, o como una oportunidad de mostrar su criterio y poder. La parcialidad no reconoce ni otorga los mismos derechos, libertades y oportunidades, es el beneficio a otra persona por un interés privado.⁷¹

La desigualdad tiene implícita la intolerancia. El respeto a lo distinto es el núcleo de la tolerancia. Este valor permite la convivencia entre personas diferentes, sin importar sus características o conductas. La tolerancia es la esencia de un régimen republicano, para que exista y permita una convivencia pacífica. La intolerancia se transforma en desigualdad, como falta de respeto a la diversidad y al pluralismo.⁷²

Un fundamento para la desigualdad es el señalamiento de que el desigualitario es distinto y/o que debe gozar de ciertas preferencias o beneficios y, por tanto, los que no son de esa condición o situación, no deben contar con los mismos derechos y libertades. Creando una situación de privilegio, para la persona o grupo que los ejerce, tensando las relaciones personales o sociales.

Se genera una situación de orden-subordinación, entre el desigualitario y el sujeto que es objeto de sus pretensiones y decisiones. Lo que devela una ventaja para el que ejerce, y una pérdida para la persona que sufre los efectos de sus subjetividades. Estos privilegios desequilibran la relación disponiendo que debe dominar en esa relación personal o social.

La parcialidad es uno de los fundamentos para instaurar un sistema de favorecimiento, en el que una persona o un grupo materializa su gusto y necesidad, por medio de la imposición y la coerción para proteger alguna decisión, y poder otorgar una preferencia.

⁷¹ Vid, Trujillo, Isabel, *Imparcialidad*, Ed. UNAM, México, 2007.

⁷² Williams, Melissa & Waldron, Jeremy, *Toleration and its limits*, Ed. New York University Press, New York, 2008.

La desigualdad también se fundamenta en la generación de protección a los intereses creados a partir de sus postulados como doctrina. Esto significa que la desigualdad es un instrumento para asegurar al desigualitario condiciones a modo para su interrelación personal y social, para crear un ambiente considerado ideal, para el óptimo desarrollo de sus actividades y su proyecto de vida.

La teleología de la desigualdad es demostrar poder, atribuyendo a la razón propia o de un grupo la representación de lo ideal. Con esto defienden no solo su razón de ser, obrar o dejar de hacer. Al defender su razón el desigualitario, secuestra el espacio público para sea a su forma. Busca proteger y conservar su opinión y privilegios, y lo que obtiene como beneficios, lo pierde en derechos y libertades el desigual.

La desigualdad establece una distinción entre los que son, actúan y piensan diferente, es decir, los que no se ajustan a ciertos parámetros y por tanto son extraños al sistema. Es fundamental manifestar el distingo para que se repita, la manera de juzgar, para que, con ello, se confirme y se enquisten la idea y la acción, y con ello convertirlo en una razón pública.

Otro objetivo de la desigualdad es precarizar las condiciones de vida de los desiguales, menoscabando sus derechos y campo de acción. Hay que tener en cuenta que para ellos, no son iguales; por lo que sus derechos y libertades deben ser demeritados (con esto también se sanciona su condición). El producir condiciones paupérrimas, es reconocer y materializar su poder, y colocar su calidad como desigual, y hasta cierta forma, es otra forma de castigo de los victimarios.⁷³

La desigualdad no reconoce los mismos derechos y libertades. Ya se habló de los privilegios, para los que piensan o actúan conforme el régimen. Por otro lado, los privilegios que ganan los simpatizantes de la desigualdad son perdidos, para los que no son o piensan como ellos. El derogar ciertos derechos y limitar libertades es práctica

⁷³ Cortés, Fernando, *Desigualdad social en América Latina*, Ed. FLACSO, Costa Rica, 2004, p.81 y ss.

común de la desigualdad, con ello se materializan sus principios y se crea un escenario naturalmente desigualitario.

La normatividad es otro mecanismo para instaurar a la desigualdad a nivel social. Por medio de los grupos políticos mayoritarios en el poder legislativo se pueden elaborar leyes que contengan elementos desigualitarios y que tengan como misión el desequilibrio o la desnivelación entre las personas, colocando a unos por encima de los otros, para beneficiar al grupo que erigió la norma.⁷⁴

Las normas elaboradas con un espíritu desigualitario provocarán seres perjudicados por su legislación; un ordenamiento para que ellos como desiguales sean, posean o actúen de una manera. Esas normas estarán acompañadas de diversas sanciones, que producirán la inhibición de conductas contrarias a las establecidas en el sistema positivo.⁷⁵

Para conservar la desigualdad debe imponerse el control de actividades a los desigualados. Esto lo realizan a nivel legal, derogando derechos y libertades a los que no pertenecen o no cumplen con lo que ellos dictan y ordenan. Pero también al desigual, lo controlan imponiendo que actividades puede realizar, con quien puede convivir, con quién no puede casarse; qué puede poseer; a donde asistir; en que puede trabajar; entre otras formas de controlar sus actividades. Con el efecto secundario de que no intente difundir un mensaje contra la desigualdad y que no conviva con los privilegiados. Esto es una forma de protección y conservación de los intereses de los privilegiados.

Al restar derechos y libertades a los que no son parte o no comparten el pensamiento desigualitario, les resta oportunidades. Por ejemplo, anteriormente se calificaba como delito la homosexualidad y hasta una enfermedad mental, y al mismo tiempo, se generaba prejuicios hacia las personas con preferencias distintas a lo considerado correcto por la sociedad. Esta descalificación y cerrazón fue aceptada por

⁷⁴ Vid, Clark, Toby. *Arte y propaganda en el siglo XX. La imagen política en la era de las culturas de masas*. Ediciones Akal, Madrid, 2000.

⁷⁵ Vid, Kessler, Gabriel, *Controversias sobre la desigualdad*, Ed. FCE, Buenos Aires, 2015.

siglos por medio de la subordinación, la costumbre social, el juicio de la sociedad, la violencia, la normatividad, entre otros mecanismos para conservar una moral en el tema de la sexualidad.

El acceso a la justicia es negado a los desiguales, por no contar con los mismos derechos que los que no son pares.⁷⁶ Esta forma de desigualdad es parte de un mecanismo injusto de distribución de este bien primario. Pero, aunque hubiera el acceso, si hay normas que no reconocen a la igualdad como valor social o principio gobernante, de poco o nada serán atendidas sus peticiones o pudiera resolverse con parcialidad en su contra.⁷⁷ Además, se debe considerar que los jueces podrían ser adeptos o beneficiados del sistema desigualitario, entonces sus decisiones tendrían un sesgo que no reconocería los derechos de los que no concuerdan o coinciden con la desigualdad.⁷⁸

c) El Mal Criterio, los Prejuicios, la Discriminación y la Falta de Empatía de los Servidores Públicos

La misoginia, el racismo, la segregación o el confinamiento son ejemplos que evidencian la ausencia de comprensión, tolerancia, empatía y respeto que ameritan las características, preferencias o actos de las demás personas. Los sujetos que formulan la desigualdad son individuos con algún temor al reconocimiento de los demás, como a sí mismos.

El prejuicio se convierte en el elemento primario para soslayar el dialogo entre las partes. Por lo que la desigualdad se instrumentaliza en un ejercicio de dominación, subordinación y manipulación que produce privilegios y satisfacción egoísta, pero que alimón genera odio, rencor y resentimiento.⁷⁹

Sin embargo, es más fácil calificar y sojuzgar a otra persona, que atender el motivo del juicio subjetivo hacia otro individuo. Se crea o asimila un conocimiento para criticar

⁷⁶ Saldaña Serrano, Javier, *Virtudes del juzgador*, Ed. SCJN, México, 2007, pp. 48-51.

⁷⁷ Bickel, Alexander M., *The least...*, 1986, pp. 23-33.

⁷⁸ Posner, Richard, *How judges think*, Ed. Harvard University Press, USA, 2008, p. 175.

⁷⁹ Vid, Galindo, Mariana, *Desigualdad*, Serie de estudios económicos, México, Vol. 1, 2015.

por motivos como su raza, sexualidad, género, credo, condición económica, entre otras formas para imponer un pensamiento a otra. Se recrea una verdad construida en concepciones u opiniones propias y/o de terceros, que intentan alejar, impedir un acto, continuar una conducta o subyugar a otro sujeto.

Como sistema de ideas la desigualdad es una tendencia endógena. No necesita de una opinión o valor externo, simplemente es, porque así es y debe ser, sin posibilidad de poder realizar un comentario u observación en contra. La desigualdad es espuria, contiene falacias o se diseña con prejuicios, mentiras, manipulaciones o descalificaciones sobre los rasgos, actos y circunstancias de las personas, para construir un gusto, beneficio, privilegio o recompensa para el desigualitario.⁸⁰

La desigualdad se diseña, fabrica y elabora por medio de prejuicios o ideas sin deliberación científica ni empatía. Se origina por juicios elaborados sobre mitos, conclusiones subjetivas, manipulación de los hechos, falsa comunicación, ignorancia permeable, entre otros componentes (dependiendo el tema).⁸¹ Estos actos de control provocan una lesión, o un agravio; provocando que la víctima sufra un menoscabo físico, un daño psicológico, una pérdida económica o incluso, pudiera ser asesinada.

La desigualdad también crea actos de molestia. El victimario se siente agraviado en su espacio, prerrogativas o violentado el estatus que produce acciones, órdenes, consideraciones u obligaciones para modificar esa situación. Esta desigualdad produce una parcialidad en el ejercicio derechos y libertades, que benefician a la persona o al grupo ideológico controlador, y, por otro lado, se genera un agravio a la(s) persona(s) en su ámbito personal, espacial, material y temporal.

La desigualdad como producto de la subjetividad emana de las concepciones individuales, en que justifica por qué la otra persona no debe ni puede ser vista como par y, por tanto, no merece ser considerado como un igual. Esto puede producir un perjuicio

⁸⁰ Altschuler, Bárbara, *Desigualdades sociales desde el enfoque de la complejidad: integrando disciplinas para pensar nuestra realidad*, Repositorio Institucional de Acceso Abierto de la Universidad Nacional de Quilmes, Argentina, 2016.

⁸¹ Bickel, Alexander, *The least...*, 1986, p. 39.

(sin un efecto social) o un trato que resalte el motivo del rechazo y la exigencia de no continuar provocando el disgusto por ser o hacer del otro individuo.⁸²

La antipatía produce desigualdad. El desigualitarista espera u ordena que las personas sean de cierto aspecto o que las personas actúen conforme a sus ideas, exigencias y gustos personales. En el que las víctimas están a merced del carácter y decisión del que desea la imposición, para asegurar su bien, deseo y tranquilidad.

La desigualdad es la aversión a la diferencia. El remarcar el distingo es la clave de la distinción personal, pero se visualiza el rechazo a lo disímil; pero también produce repulsión al desigual, que busca una solución para gozar de los mismos derechos y libertades.

La desigualdad es producto de la irracionalidad. El ejercicio de racionalizar produce conocimientos y herramientas que diseñan la personalidad y la conducta. Sin embargo, si no se elabora un proceso cognoscitivo crítico, inteligente y robusto, se obtendrá información y comportamientos tendenciosos. Por lo que los juicios irracionales también producen un trato diferenciado hacia ciertas personas, pero sin una explicación sólida de sus posturas.

La ignorancia es una fuente de desigualdad. El opinar, hacer o cuestionar sin la debida información produce una lesión. Por ejemplo, en Chile se dice que los comunistas se comen a los bebés. Un comentario iletrado que descalifica al adversario político, que se hace sin ninguna evidencia. La desigualdad y el trato por la preferencia política aún continúa produciendo una profunda división en la sociedad chilena.⁸³ De tal manera, el desconocimiento puede producir ideas mal concebidas y por tanto, un trato desigual.

La desigualdad como falta de empatía. El colocarse en la situación de la otra persona es esencial para descubrir sus pensamientos y emociones. En los casos de desigualitarismo, al victimario no le interesa reflexionar en la consecuencia de sus actos,

⁸² Vid, Scanlon, T.M., *The difficulty of tolerance*, Ed. Cambridge University Press, USA, 2008.

⁸³ Valenzuela, Arturo, *A nation of enemies. Chile under Pinochet*, Ed. W.W. Norton, USA, 1991, p. 272.

su egoísmo no le permite pensar en el otro. Su posición no le permite colocarse en el papel o las emociones del otro individuo. Su meta es que su egoísmo sea el que impere en las relaciones que sostiene con el exterior.

La subjetividad relaciona un quehacer personal, fundado en el pensamiento individual de la realidad sobre la que se actúa y consecuentemente, la obligación de percibir e interpretar los hechos, conforme a visiones y opiniones parciales o unilaterales. Así, se forma la distinción, diferencia o desigualdad entre personas o grupos, por sus rasgos, actos, presencia, preferencias, capacidades, carácter, posesiones, entre otros.⁸⁴

La subjetividad valida a la desigualdad en un sistema racional, colocándola como la idea que debe prevalecer, por ser la correcta. Pero que en un análisis científico se puede observar y deducir que esas concepciones provienen de información tendenciosa, opinión manipulada, deducciones infundadas y juicios parciales que comprueban lo inverosímil de su ideología.

La desigualdad dicta que conductas que, para el victimario son las correctas y recomendables. Esto es uno de los efectos del distingo, pues advierte que lo contrario a lo óptimo (de manera personal o social) será nefasto. Aquí hay varios puntos que destacar: el control, la autocensura y la sanción. En el primer caso, se indica en un catálogo lo que se permite, y lo que no está contenido en esos mandamientos es perverso.⁸⁵

Ante la descalificación de ciertas conductas, el sujeto puede autocensurarse, en que debe dejar de hacer el comportamiento impropio o hacerlo en privado.⁸⁶ Ahora, para el control se necesita a la obediencia, para castigar al que actuó en contra de sus normas. Legitimando y validando el sistema de desigualdad en que se exhibe a la persona realizó un acto contra el status quo, otorgando el merecido castigo.

⁸⁴ Vid, VVAA, *Desigualdad y desarrollo*, Ed. DESCO, Perú, 2016.

⁸⁵ Panichas, George, *Sex, morality and the law*, Ed. Routledge, Great Britain, 1997.

⁸⁶ Vid, Elster, Jon, *Constitutionalism and Democracy*, Ed. Cambridge University Press, USA, 2002.

El control en la forma de vivir de las personas, es otro de los objetivos de la desigualdad. Al estipular cómo deben comportarse las personas, se crea un inventario de que se puede hacer y lo que está prohibido, derivado de lo que está permitido o directamente, se prohíba algún acto.

El establecimiento de la desigualdad como modelo de cognoscitivo y de conducta social, se hace por medio de la justificación en el pensar y actuar de lo que es correcto.⁸⁷ Se elabora una ideología para que se vincule a la persona o a la sociedad a razones ciertas y conductas admitidas por el grupo dominante. Se establece un control basado en un paradigma que valida su pensamiento y acción.

La justificación se crea en dos planos, el subjetivo y el social. Desde el aspecto personal, el sujeto modela sus preconcepciones y determinaciones por medio de sus deducciones, abstracciones, y opiniones. La desigualdad se convierte en un patrón conductual, para pensar y juzgar conforme a las ideas y experiencias que le convienen, aseguran su posición y demeritan al desigual. Sus alegatos están hechos en un sistema cerrado de comunicación, que propaga su ideología y al mismo tiempo, que demuestra con sus actos, la ratificación de la misma.⁸⁸

La exposición y la manifestación perene fortalecen la asimilación de la desigualdad en el individuo, de manera consciente e inconsciente. La persona o el grupo se conducen instintivamente y no racionalmente, Así, los agentes de la desigualdad manejan, el qué pensar y cómo desenvolverse.

La desigualdad coloca e instala con sus premisas y acciones a la servidumbre como algo natural; produciendo beneficios, privilegios y recompensas por medio del ejercicio y repetición continua de los apotegmas que la fundamentan, en demérito de los desiguales.⁸⁹ Para su establecimiento necesita restar y/o quitar identidad al individuo, que no es acorde ni corresponde con su ideología. Con la apropiación de su personalidad,

⁸⁷ De Zan, Julio, *La ética, los derechos y la justicia*, Ed. Konrad Adenauer, Montevideo, 2004, pp. 56-59.

⁸⁸ Garzón Valdés, Ernesto, "Derecho y moral", Rodolfo Vázquez, *Derecho y moral*, Ed. Gedisa, Madrid, 1998, p. 49.

⁸⁹ Rothbard, Murray N., *The ethics of liberty*, Ed. New York University Press, USA, 1998, p. 201 y ss.

la desigualdad se instala en la idiosincrasia del desigualitario que asume una posición dominante, y que reproducirá a la desigualdad como doctrina, compuesto por un pasivo de contravalores.

La persona que adopta esas ideas preconcebidas, los puede aceptar íntegramente o con cierta gradualidad, o los puede rechazar, diseñando y construyendo sus propios juicios, basado en sus propias ideas y valoraciones. En el caso de las personas que poseen una conducta sexual diferente a la aceptada por la mayoría de una sociedad, se pueden vislumbrar diferentes respuestas a nivel personal: la invisibilización, los puede tolerar, los puede conllevar con base en la autonomía y respeto a la otra persona, los puede reprobar (internamente o externamente) y los puede fustigar (en privado o en público).⁹⁰

El imponer prohibiciones es parte de la doctrina de los desigualitarios, para que se pierdan o no se reconozcan los derechos y libertades de los desiguales.⁹¹ Con ello, se busca obtener un desequilibrio, para que no gocen una vida digna. El control de sus actividades los limita para ser, actuar o poseer solo lo que se les permite, y en caso de no cumplir con lo impuesto, serán objeto de sanciones.⁹²

La imposición de la desigualdad como filosofía de ideología estatal y por tanto de control social, produce y legitima la relación de poder y de subordinación. Con ello, se impone los derechos y libertades, considerando los principios desigualitarios como base de la distribución. Pero también, se crea como efecto un grupo beneficiado, que ordenara la vida del resto de las personas, ya sea a favor o en contra de sus intereses.

d) La Inaplicabilidad del Control Constitucional Difuso

⁹⁰ Cadenas, Hugo, “La desigualdad de la sociedad”, *Revista Persona y sociedad*, Universidad Alberto Hurtado, Chile, 2012, pp. 51-77.

⁹¹ Bazterrica, Gustavo M., *La ley*, agosto 29 de 1986, t. 1986-D, p .547.

⁹² Cragg, Wesley, *The practice of punishment*, Ed. Routledge, London, 1992, pp. 115-137.

La Constitución tiene muchas aristas como puede ser vista, entendida y aplicada. También puede ser utilizada de dos formas: concentrada y difusa. Lo que explicamos de manera sencilla:

La obra de Hans Kelsen se distingue por el hecho de que un solo órgano es el competente para examinar una ley o acto y determinar su conformidad con lo estipulado en la ley fundamental, al cual puede otorgarse la denominación de “tribunal constitucional”, “corte constitucional” u otra similar. Es únicamente este órgano quien tiene facultades para analizar y determinar que una determinada ley o acto contraviene lo dispuesto en la Constitución y privarlo de todo efecto jurídico.

El sistema difuso implica que son múltiples los órganos a quienes se les ha encomendado la misión de velar por la eficacia de la Constitución. Este control podría manifestarse de diversos modos: a) Otorgando exclusivamente a los órganos jurisdiccionales la facultad de estudiar la constitucionalidad de una ley o acto, y b) Otorgando además dicha facultad a las autoridades administrativas, en relación con su propia actuación y la de sus subalternos a través de los medios de impugnación ordinarios; aunque en general únicamente se entiende por control difuso al primer supuesto. Por lo anterior, con la expresión “control difuso” nos referiremos a la facultad que tienen todos los órganos jurisdiccionales, en vía de excepción, de estudiar la constitucionalidad de normas generales, especialmente, y omitir su aplicación en un caso concreto o, si se tratase de actos stricto sensu, declarar su nulidad.⁹³

Ahora, sí consideramos que todos los servidores públicos están obligados a obedecer, respetar y hacer válida la Constitución y las leyes que de ahí emanen, no hay espacio ni excusa para inaplicar por acción u omisión el código político nacional.

Muchos de los funcionarios del estado mexicano han incumplido con la efectividad y la tutela de los derechos fundamentales de la comunidad LGBT en diversas

⁹³ <https://www.tfja.gob.mx/investigaciones/historico/pdf/controldifusoycontrolconvencional.pdf>

resoluciones administrativas, lo que ha tenido que ser impugnado y revisado judicialmente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

IV. ANÁLISIS DE CASOS JUDICIALES DE LA COMUNIDAD LGBT

a) En Materia de Salud

El asunto versa de un juicio civil en el que una persona solicitó el reconocimiento de concubinato a la sucesión de quien en vida fuera su pareja durante 12 años, con objeto de acceder a los derechos hereditarios que estimó le correspondían. El juez de origen negó la petición pero su decisión fue revocada por el Tribunal de Apelación, quien reconoció el concubinato. Inconforme con esa resolución, la parte demandada promovió un amparo directo en el que alegó que había impedimento para reconocer la existencia del concubinato, previsto en el artículo 4.7, fracción IX, del Código Civil para el Estado de México, consistente en padecer enfermedades crónicas e incurables que sean contagiosas, ya que el autor de la sucesión padecía Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA).

Lo anterior, aunado a que no se exhibió durante el juicio el documento escrito en el que constara la aceptación de esta situación por parte del demandante, para no constituir impedimento conforme al propio precepto referido. El Tribunal Colegiado del conocimiento negó la protección federal, por lo que, en desacuerdo, los peticionarios de amparo interpusieron un recurso de revisión.

La Primera Sala de la SCJN resolvió que la mejor forma de proteger la salud de quien desea unirse en matrimonio o concubinato no es la de prohibir de manera absoluta el acceso a dicha institución familiar frente a la existencia de una enfermedad crónica o incurable que sea contagiosa o hereditaria, sino la de suministrar información oportuna, completa, comprensible y fidedigna que resulte imprescindible para la toma de una decisión informada.

El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano, sino a la posibilidad de disfrutar el nivel más alto posible de salud física y mental, lo cual depende, entre otras cuestiones, de recibir una información correcta y oportuna. Además, el derecho a la salud se encuentra relacionado con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues conlleva tomar decisiones sin controles injustificados o impedimentos, de manera que la conjunción de estos derechos implica la libertad que tiene toda persona de controlar su salud y su cuerpo, de forma que no debe padecer injerencias.

Así, se confirmó la negativa de amparo, tras concluir que el impedimento analizado no solo va en contra del derecho al libre desarrollo de la personalidad, sino que violenta el propio derecho a la salud, tanto de la persona que padece la enfermedad en que se sustenta el impedimento, como de quien desea unirse a ella en matrimonio o en concubinato, al establecer limitaciones que interfieren y son contrarias a tales derechos.

Asimismo, determinó que el hecho de permitir la dispensa escrita no resulta una medida idónea para proteger el derecho a la salud en el ámbito de la accesibilidad, pues el consentimiento puede darse también de manera tácita, conforme al mismo Código Civil de la entidad (amparo 670/2021).

b) En Materia de Igualdad

Un matrimonio homosexual de varones que procrearon a través de la técnica de maternidad subrogada, solicitaron que se les reconociera su derecho de filiación.

La Primera Sala determinó que la falta de vínculo biológico no es suficiente para negar una filiación legal entre ambas partes. En el presente caso, se comprobó que la voluntad de la madre gestante no desea reclamar algún derecho sobre el niño, por tanto, se estableció que el interés superior del menor, exige establecer la filiación respecto de las personas que quieran hacerse cargo del niño, pues requiere para su adecuado desarrollo contar con todos los derechos prestacionales derivados de la filiación, como derechos alimentarios, sucesorios, así como a recibir cuidados, educación y afecto.

Lo más conveniente en este caso es que sea cuidado por las personas que desean hacerse cargo de él y lo han hecho desde su nacimiento. Así, se debe permitir el reconocimiento de hijos de parejas homoparentales que utilicen técnicas de reproducción asistida (maternidad subrogada), pues ellas tienen derecho a la paternidad (amparo 553/2018).

c) Derecho a la Identidad

Una persona solicitó el acceso al reconocimiento legal de la identidad de género para personas trans, sin embargo, le fue negado.

La Primera Sala estableció que el procedimiento idóneo para hacer la adecuación de un acta de nacimiento en la mención sexo genérica, es el formal y materialmente administrativo. Así, una vez que se concluya el procedimiento se deberá expedir una nueva acta de nacimiento que refleje los cambios pertinentes pero sin evidenciar la identidad anterior ya que el acta de nacimiento primigenia, debe quedar reservada y no se publicará ni expedirá constancia alguna, salvo mandamiento judicial o petición ministerial (amparo 1317/2017).

d) Derecho a la Igualdad y No Discriminación

En el presente caso se demandó la constitucional de algunas disposiciones del Código Civil del Distrito Federal, que establece que el matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua, pues se consideró discriminatorio.

El Pleno definió que ni la familia ni el matrimonio son conceptos inmutables, sino que deben responder a la transformación de la sociedad y, por tanto, todas las expresiones de familia están protegidas por la Constitución Federal. El concepto de matrimonio debe entenderse como una realidad social basada, fundamentalmente, en los lazos afectivos, sexuales y de identidad, solidaridad y compromiso mutuo de quienes desean tener una vida en común. La transformación y secularización de la sociedad ha resultado en una gran diversidad de formas de constituir una familia, que no

necesariamente surgen del matrimonio entre un hombre y una mujer (acción de constitucionalidad 2/2010).

e) Derecho a la Privacidad

Una persona solicitó un amparo contra la determinación del Sistema de Administración Tributaria (SAT) consistente en la asignación de una nueva clave del Registro Federal del Contribuyente (RFC) que guarde concordancia sexo-genérica con el contribuyente por cambio de nombre en su acta de nacimiento, al considerarla una violación a los derechos de igualdad, no discriminación, privacidad, salud y dignidad humana contenidas en los artículos 1°, 4°, 14° y 16° de la Constitución Federal.

El Pleno estableció que se vulnera al derecho a la privacidad, al obligar a la persona que realiza un cambio de acta registral a evidenciar frente a terceros una condición que corresponde al fuero interno de la persona, por lo que se deben reservar la publicidad de los datos marginales y las constancias que revelen su condición de transexual y se ordene la expedición de un acta nueva. El reconocimiento de la identidad de género deberá hacerse en todos los documentos de la persona y solo se podrá acceder al acta primigenia a través de orden judicial (amparo 6/2008).

f) Derecho a la Igualdad y No Discriminación

La Primera Sala concedió el amparo a personas integrantes de la comunidad LGBTI+ y sus familiares, en contra de la decisión del Congreso del Estado de Yucatán de votar por medio de cédulas secretas una iniciativa de reforma constitucional local, en materia de matrimonio igualitario, la cual culminó con su no aprobación, sin dar a conocer públicamente el sentido del voto de las y los legisladores que participaron en la sesión.

Se consideró que el artículo 106 del Reglamento de la Ley de Gobierno del Poder Legislativo de Yucatán, dispone expresamente que las votaciones serán nominales siempre que se trate de minutas de las reformas a la Constitución Federal. Por consiguiente, la imposición de una votación por cédulas secretas con motivo del *“Dictamen para reformar la Constitución Política del Estado de Yucatán con el objetivo*

de permitir el matrimonio igualitario en la entidad”, es inconstitucional por ser violatoria de los principios de legalidad y seguridad jurídicas, al contravenir la legislación orgánica y reglamentaria del propio Congreso local.

Además, el uso de cédulas secretas sin haber justificado razonablemente su aplicación, transgrede por sí mismo, los derechos a la libertad de expresión en su vertiente política, acceso a la información en su vertiente colectiva, y participación activa en los asuntos públicos del Estado de las personas solicitantes de amparo, pues se deben implementar mecanismos de transparencia para que los gobernados conozcan la toma de decisiones político-electorales.

Así, el Congreso del Estado de Yucatán dejará sin efectos la imposición de un mecanismo de votación por cédulas secretas y deberá reponer el procedimiento legislativo respecto del dictamen impugnado, con la finalidad de que sea sometido a la consideración de las y los legisladores del Congreso local para su votación de forma pública y nominal. Lo anterior, dejando a salvo la discrecionalidad con que cuentan las personas legisladoras de ese Congreso para emitir su voto en el sentido que consideren pertinente y necesario de conformidad con el marco constitucional y convencional (amparo en revisión 25/2021).

g) Reasignación Sexo Genérica y Reconocimiento de Identidad de Género

Este asunto versa sobre la reclamación que diversas personas hicieron respecto del artículo 135 quáter, fracción II, del Código Civil para el Distrito Federal (ahora Ciudad de México), así como los artículos 498, 498 bis, 498 bis-1, 498 bis-2, 498 bis-3, 498 bis-4, 498 bis-5, 498 bis-6, 498 bis-7 y 498 bis-8 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (ahora Ciudad de México), relativos al procedimiento de reasignación sexo genérica y levantamiento de acta de nacimiento para el reconocimiento de identidad de género. Lo anterior, al considerarlos contrarios a diversos derechos humanos y preceptos constitucionales. La Primera Sala de la SCJN decidió amparar a la parte quejosa (amparo 155/2021).

h) Interés Superior de la Niñez

El presente caso presenta como controversia la guarda y custodia de una menor de edad que nació de una familia homoparental, ya que se estableció que sólo una de las dos mujeres es la madre biológica y, por tanto, la que tenía el derecho de guarda y custodia.

La Primera Sala de la SCJN determinó que no resulta válido que se argumente que la custodia de la menor se debe conceder a la madre biológica, pues no es el lazo biológico lo que determina la filiación con una de las madres, sino la voluntad procreacional. En ese orden de ideas, si después de cinco años de estar unidas en concubinato, las partes, haciendo uso de su derecho a la libre autodeterminación, decidieron tener un(a) hijo(a), es evidente que esa decisión se tomó desde un ámbito individual, como de manera conjunta, en el marco de la familia que ambas decidieron conformar. Es importante decir también que en casos como estos, las personas juzgadoras deben resolver con perspectiva de género y sobre todo atender al interés superior de la niñez (amparo en revisión 807/2019).

i) LGBTIQ+

La Comisión Estatal de los Derechos Humanos de Veracruz (CEDHV) y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) demandaron la invalidez de diversas disposiciones del Código Civil para el Estado de Veracruz (CCEV), por considerarlas contrarias a la Constitución Federal.

El Pleno de la SCJN invalidó el artículo 47, en la porción que establece “su madre o su padre”, pues, aunque dicha disposición se refiere a cómo se deberá nombrar a los hijos nacidos de matrimonio y no a la definición de matrimonio como tal, en ella se reafirmaba la exigencia de que el matrimonio debe ser celebrado únicamente entre un hombre y una mujer, excluyendo a las parejas homosexuales. Por las mismas razones, se invalidó el artículo 48, primer párrafo, en la porción normativa “de la madre y el del padre”; el artículo 145, tercer párrafo, en la porción normativa “con la madre y el padre”; el penúltimo párrafo del artículo 145, donde se establecían previsiones relativas a

personas mayores con discapacidad, por falta de consulta a dicho grupo de manera previa a su expedición, de conformidad con los artículos 1º de la Constitución Federal y 4.3 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En otro orden de ideas, el Pleno declaró la invalidez del artículo 687 en el que se prohibía asentar en el acta el nombre del progenitor, ya fuera hombre o mujer, que en la época de la concepción o en el momento del nacimiento, hubiera estado casado con otra persona. Ello al considerar que, con base en el interés superior de la infancia, resultaba violatorio de los derechos a la identidad, al privar a las niñas y niños de su derecho al nombre, la identidad biológica y los que derivan de la filiación; así como del derecho a la igualdad, al otorgar un trato desigual a la filiación matrimonial y a la extramatrimonial.

Como parte de los efectos, el Pleno invalidó por extensión, el artículo 75, por encontrarse estrechamente relacionado con las porciones normativas impugnadas y declaradas inválidas. Además, señaló que en la interpretación y aplicación de las porciones normativas que refieran relaciones entre “un solo hombre y una sola mujer” o “como marido y mujer”, similares o equivalentes, contenidas en diversos preceptos del CCEV y otros ordenamientos estatales vinculados tanto con el matrimonio como con el concubinato, deberá entenderse que estas instituciones involucran también a dos personas del mismo sexo (acción de inconstitucionalidad 155/2020).

j) Derecho a la Identidad

Una mujer solicitó una nueva acta de nacimiento por identidad de género, a una Dirección del Registro Civil del Estado de Jalisco, sin embargo, le fue notificado que no es posible legalmente atender su petición porque la legislación no contempla el levantamiento de una nueva acta de nacimiento, por el contrario, prohíbe el cambio de nombre y sanciona la duplicidad de registros. Inconforme con esa resolución, la parte afectada promovió un amparo para aclarar que procedimiento es el más eficiente para la emisión de la nueva acta de nacimiento: un procedimiento judicial o un procedimiento administrativo.

La Segunda Sala determinó que ninguna de las dos vías advertidas se ajusta estrictamente a la solicitud planteada, pues ninguno contiene la hipótesis fáctica jurídica del caso. No obstante lo anterior, el constreñir a la parte quejosa a desahogar el procedimiento judicial generaría una violación frontal a su derecho a la identidad y a la vida privada, pues este contiene una excesiva publicidad. En esa inteligencia, se considera que el procedimiento administrativo es susceptible de ser empleado por la autoridad registral, para la eficaz tutela del derecho humano a la identidad, principalmente porque es más útil para orientar las bases normativas conforme a las cuales la autoridad registral debe tramitar y resolver la petición del particular; además porque el mismo procedimiento sí contempla la posibilidad para realizar alteraciones o ajustes a ciertos aspectos sustanciales del estado civil, como lo es, precisamente, el cambio del sexo en que fue registrada la persona en su acta de nacimiento; y, finalmente, porque ese procedimiento es susceptible de ser armonizado con diversos parámetros que logren tutelar de manera efectiva el derecho humano a la identidad (amparo en revisión 101/2019).

k) Derecho a la Igualdad y No Discriminación

Un hombre solicitó pensión de viudez respecto de su concubino al Instituto Mexicano del Seguro Social (MSS) pero le fue negada.

La Segunda Sala estableció que no existe razón constitucionalmente aceptable para impedir tal derecho ya que las autoridades a quienes en sus respectivas competencias corresponda la satisfacción de los derechos de seguridad social, están obligadas a reconocer el vínculo generado entre los cónyuges o concubinos y por tanto, a otorgar las prestaciones correspondientes, sin que la preferencia sexual o el sexo de esas personas sea una razón para su denegación, ni mucho menos por no estar prevista de esa forma la figura referida a nivel federal, ya que ello se traduce en una discriminación injustificada a causa de categorías sospechosas, lo cual se encuentra constitucionalmente prohibido (amparo en revisión 750/2018).

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) promovió una acción de inconstitucionalidad en contra de diversos artículos de la Ley de Seguridad y Servicios Sociales para los Servidores Públicos del Estado de Aguascalientes.

El Pleno declaró la invalidez por extensión de los artículos 143, en sus porciones normativas “de un solo hombre y una sola mujer” y “perpetuar la especie”, 144, en su porción normativa “a la perpetuación de la especie o”, y 313 Bis, en su porción normativa “entre un hombre y una mujer”, del Código Civil en comento, que se refieren, respectivamente, al matrimonio y al concubinato. Lo anterior, ya que todas las normas del orden jurídico del Estado de Aguascalientes, que regulan el matrimonio y el concubinato deberán interpretarse y aplicarse en el sentido de que corresponden a los que se susciten entre dos personas de diferente o del mismo sexo (acción de constitucionalidad 40/2018).

Una pareja de mujeres quiso inscribir a un menor como hijo, esto les fue negado por el Registro Civil del Estado de Aguascalientes.

La Primera Sala estableció que se debe limitar el derecho de filiación de los menores que nacen en el seno de uniones familiares homoparentales pues acorde con los derechos fundamentales de igualdad y no discriminación, al derecho a la identidad de los menores y al principio de su interés superior, así como al derecho de protección de la organización y desarrollo de la familia, el hijo biológico de una mujer debe poder ser reconocido voluntariamente en su partida de nacimiento o en acta especial posterior, por otra mujer con quien aquélla tenga una unión familiar homoparental, aun cuando evidentemente quien reconoce no tenga un vínculo genético con él, pues en estos casos, su contexto familiar permite que se pondere como elemento determinante de la filiación jurídica, la voluntad parental para ejercer la comaternidad, por ser lo más acorde a su interés superior (amparo en revisión 852/2017).

Una mujer interpuso un amparo en contra de la Ley General de los Derechos de las Niñas Niños y Adolescentes, particularmente sobre las disposiciones que hacen referencia al derecho de las niñas, niños y adolescentes a no ser discriminados en razón

de su preferencia sexual, a acceder a la anticoncepción y a información sobre su salud sexual y reproductiva, y también al derecho de las niñas y las adolescentes a ser empoderadas.

La Segunda Sala determinó que, el mandato de que las autoridades establezcan medidas instrumentales para empoderar a las niñas y mujeres adolescentes, a fin de lograr la igualdad sustantiva desde la niñez, es constitucionalmente razonable, ya que el reconocimiento de tales medidas se encuentra justificada por el parámetro de regularidad constitucional específicamente, por los artículos 1 y 4 de la Constitución Federal; 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como 2 y 4 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (amparo en revisión 203/2016).

I) Derecho a la Igualdad y No Discriminación, y Derecho a la Seguridad Social

Este asunto estudió la constitucionalidad de diversos artículos de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (Ley del ISSSTE) pues se considera que vulneran el derecho a la igualdad ya que a una mujer se le impidió inscribir a su cónyuge mujer como beneficiaria del instituto.

La Segunda Sala estableció que los derechos a la igualdad, a la seguridad social y a la no discriminación imponen al Estado y a sus autoridades el deber de realizar actos positivos que busquen el acceso a los derechos de la seguridad sin condicionar o restringir ese acceso a requisitos que impliquen alguna forma de discriminación; por ende, tratándose del derecho a la seguridad social de los familiares de los trabajadores, éstos podrán gozar de los correlativos, sin que al efecto sea determinante o deba atenderse a aspectos como el género o las preferencias sexuales, pues de esa manera se fortalece el derecho a la dignidad de la persona y a la no discriminación (amparo en revisión 710/2016).

Una pareja homoparental deseaba adoptar un hijo pero les fue negado ese derecho.

El Pleno estableció que en casos de adopción, la orientación sexual de las personas no es un elemento relevante a tomar en cuenta para formar o completar una familia. Lo importante es conocer si son idóneas, si cuentan con las características, virtudes y cualidades para brindar una familia a los menores de edad. Es fundamental considerar el interés superior de infante, y que éste se forme en un ambiente en el cual reciba afecto, cuidados, educación y condiciones adecuadas para su desarrollo. Por tanto, es inconstitucional que a las parejas homoparentales se les prohíba la adopción (acción de inconstitucionalidad 8/2014).

Una persona solicitó una pensión respecto a su pareja del mismo sexo, pero le fue negada.

La Segunda Sala determinó que la Ley del Seguro Social (LSS) debe interpretarse y aplicarse no en su texto literal sino en el sentido de permitir el acceso al seguro de enfermedades y maternidad al cónyuge o concubino del asegurado con independencia de si se trata de matrimonios o concubinatos de diferente o del mismo sexo; lo anterior, en el entendido de que, tratándose de concubinato, deberán cumplirse los requisitos que para tal efecto prevé la propia LSS (amparo en revisión 485/2013).

Una pareja del mismo sexo acude al Registro Civil del Estado Oaxaca para solicitar contraer matrimonio, sin embargo, se les niega esto con el fundamento en el artículo 143 del Código Civil del Estado, pues este contempla el matrimonio únicamente entre un hombre y una mujer.

La Primera Sala estableció que la disposición que define al matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer para perpetuar la especie, incurre en una omisión que impide la igualdad real de oportunidades al dejar en desventaja a las familias homoparentales en cuanto a la protección de su organización y desarrollo, toda vez que

la distinción se apoya en las preferencias sexuales de las personas, por lo que la medida legislativa es discriminatoria (amparo en revision 581/2012).

m) Derecho a la Paternidad

Un hombre de una pareja se somete a un tratamiento de inseminación artificial. Cuando el menor crece, el padre demanda el divorcio y la madre demanda al padre el desconocimiento de la paternidad.

La Primera Sala estableció que la filiación no se determina por la verdad biológica, sino por la voluntad expresada por ambos cónyuges para someterse a un proceso de inseminación artificial heteróloga, lo que acarrea una filiación indisoluble entre el niño producto de ese tratamiento y el cónyuge varón que asumió esa paternidad, a través de la manifestación de su voluntad procreacional (amparo en revisión 2766/2016).

n) No Discriminación

Un señor impugnó la constitucionalidad del artículo 291 bis del Código Civil del Estado de Nuevo León, que limita la institución del concubinato a parejas de distinto sexo.

La Primera Sala determinó que la figura del concubinato y del matrimonio no deben condicionar su existencia a la unión de un hombre y una mujer, ya que se atenta contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad, además de que resulta doblemente discriminatoria, en tanto que no sólo impide a las parejas homosexuales acceder a la institución, sino que los priva de los beneficios materiales que se asocian a la misma (amparo en revision 1127/2015).

Dos periodistas expresaron de forma discriminada contra personas homosexuales, palabras tales como "maricones" y "puñal".

La Primera Sala estableció que las expresiones homófobas constituyen manifestaciones discriminatorias y, en ocasiones, discursos del odio, y se encuentran excluidas de la protección constitucional para la libre manifestación de ideas. El empleo de los términos "maricones" y "puñal", actualizó un discurso homófobo ya que mediante

dichas expresiones se realiza una referencia a la homosexualidad, pero no como una preferencia sexual personal –válida en una sociedad democrática y plural-, sino como un aspecto de diferenciación peyorativa (amparo en revisión 2806/2012).

V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

- Los derechos humanos son universales, inalienables y imprescriptibles. Es deber del Estado hacerlos efectivos y tutelarlos por medio de sus instituciones y sus operadores jurídicos. Y en caso de ser desconocidos o vulnerados, se proceda a un mecanismo que los reivindique para que la víctima recupere su prerrogativa y se sancione al responsable.
- La desigualdad producida por las normas o por las personas han expuesto un problema endémico de la sociedad mexicana. En el que los prejuicios y las fobias han conculcado los derechos de la comunidad LGBT. Lo que conllevó a que solicitaran al poder judicial la reivindicación de sus derechos.
- Los derechos que han sido objeto de violación de este colectivo, son en materia de salud, discriminación, identidad, seguridad social, trato digno, pensiones, adopción, maternidad, libre desarrollo de la personalidad, entre otros. Estos temas desafortunadamente continuarán siendo materia de los jueces nacionales, hasta que haya un cambio de mentalidad, una buena capacitación en temas de derechos humanos y una campana de sensibilización en la sociedad.
- El control constitucional difuso y la convencionalidad son desconocidos e incomprensidos por los funcionarios públicos en México. Ellos son los primeros que deben proteger los derechos de la gente, pero en muchos de sus actos (tratándose en materia de grupos vulnerables) tienen una conducta que los ha excluido de sus derechos, por lo mismo debe generarse un cambio en su servicio y mentalidad.

- Se trata de un cambio de paradigma y de reconocimiento social a la igualdad de derechos, y que no sea la preferencia sexual el motivo para invalidar, menoscabar o ignorar las garantías constitucionales que goza toda la población. No es un tema de gustos, sino de tolerar a todas las personas, sin importar su raza, credo, sexualidad o cualquier motivo que las distinga.
- El control constitucional difuso y la convencionalidad son incomprensidos e inutilizados por los funcionarios públicos en México. Ellos son los primeros que deben proteger los derechos de la gente, pero en muchos de sus actos (tratándose en materia de grupos vulnerables) tienen una conducta que los ha excluido de sus derechos, por lo mismo debe generarse un cambio en su servicio y mentalidad.
- Se trata de un cambio de paradigma y de reconocimiento social a la igualdad de derechos, y que no sea la preferencia sexual el motivo para invalidar, menoscabar o ignorar las garantías constitucionales que goza toda la población. No es un tema de gustos, sino de tolerar a todas las personas, sin importar su raza, credo, sexualidad o cualquier motivo que las distinga.
- En este artículo hemos detectado un común denominador, el desprecio de los burócratas a los derechos de la comunidad LGBT. Por lo que debe haber una mayor capacitación y sensibilización a los servidores del Estado, para que sus derechos sean reconocidos sin cortapisas ni consideraciones personales.
- Se deben reformar, modificar, crear y derogar las leyes que no reconocen los derechos de las personas LGBT, en temas como familia, seguridad social, trabajo, etc. Se trata como decía Roberto Gargarella de Buenos Aires: "Que las normas sean un reflejo de la sociedad".

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce, *We the people. Foundations*, Ed. Harvard University Press, USA, 1991.
- ALEXY, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, Ed. Ad hoc, Buenos Aires, Argentina, 2010.
- ALTSCHULER, Bárbara, *Desigualdades sociales desde el enfoque de la complejidad: integrando disciplinas para pensar nuestra realidad*, Repositorio Institucional de Acceso Abierto de la Universidad Nacional de Quilmes, Argentina, 2016.
- ANDRADE MARTÍNEZ, Virgilio, “Balance y perspectivas de la justicia electoral en México”, en *Evolución histórica de las instituciones de la justicia electoral en México*, Ed. TEPJF, México, 2002.
- ANSOLABEHERE, Karina, *La política desde la justicia*, Ed. Fontamara, México, 2007.
- ARANGO, Rodolfo, *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho mínimo vital*, Ed. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Colombia, 2002.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Teoría general del proceso*, Ed. Porrúa, México, 1992.
- AZURMENDI, Ana, *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, segunda edición, Universidad Iberoamericana, México, 1998.
- BAZTERRICA, Gustavo M., *La ley*, agosto 29 de 1986, t. 1986-D.
- BICKEL, Alexander M., *The least dangerous branch*, Ed. Yale University Press, USA, 1986.
- CADENAS, Hugo, La desigualdad de la sociedad, *Revista persona y sociedad*, Universidad Alberto Hurtado, Chile, 2012.

CARMONA, Encarna, “Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital”, *Anuario multidisciplinar para la modernización de las administraciones públicas*, España, 2006, Número 2.

CASTILLO GONZÁLEZ, Leonel, *Reflexiones temáticas*, Ed. TEPJF, México, 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Ed. Cárdenas, México, 1989, Volumen II.

CLARK, Toby, *Arte y propaganda en el siglo XX. La imagen política en la era de las culturas de masas*. Ediciones Akal, Madrid, 2000.

CORTÉS, Fernando, *Desigualdad social en América Latina*, Ed. FLACSO, Costa Rica, 2004.

CRAGG, Wesley, *The practice of punishment*, Ed. Routledge, London, 1992.

DE ZAN, Julio, *La ética, los derechos y la justicia*, Ed. Konrad Adenauer, Montevideo, 2004.

ELSTER, Jon, *Constitutionalism and Democracy*, Ed. Cambridge University Press, USA, 2002.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Ed. Dykinson, Madrid, 1992.

FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, Ed. Trotta, España, 2007.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Derecho y moral”, Rodolfo Vázquez, *Derecho y moral*, Ed. Gedisa, Madrid, 1998.

GALINDO, Mariana, *Desigualdad*, Serie de estudios económicos, México, 2015, Vol.1.

GALVÁN RIVERA, Flavio, *Derecho Procesal Electoral*, Ed. Porrúa, México, 2006.

- GÓMEZ, Yolanda, Estado Constitucional y protección internacional, *en Presente, pasado y futuro de los DDHH*, Ed. CNDH, México, 2014.
- HART, H.L.A., *The concept of law*, Ed. Clarendon, Oxford, 1988.
- KESSLER, Gabriel, *Controversias sobre la desigualdad*, Ed. FCE, Buenos Aires, 2015.
- KOJÉVE, Alexandre, *La noción de autoridad*, Ed. Nueva visión, Buenos Aires, 2005.
- KURTENBACH, Sabine, *Violencia y desigualdad*, Ed. Nueva sociedad, Argentina, 2017.
- LINZ, Juan J., *Problems of democratic transition and consolidation*, Ed. The Johns Hopkins University Press, USA, 1996.
- LOWENSTEIN, Carl, *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, Barcelona, 1964.
- MEDELLÍN, Ximena, *Principio pro persona*, Ed. SCJN, México, 2013.
- OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús, “Sistemas de justicia electoral en el derecho comparado”, *en Sistemas de Justicia Electoral*, Ed. IFE, México, 1999.
- OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús, *Justicia electoral y garantismo jurídico*, Ed. Porrúa, México, 2006.
- PANICHAS, George, *Sex, morality and the law*, Ed. Routledge, Great Britain, 1997.
- PICARD DE ORSINI, Marie y USECHE, Judith, “Una nueva dimensión del Estado de Derecho: El Estado Social de Derecho”, *Provincia*, número especial, 2006.
- PINA, Rafael y Castillo, José, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Ed. Porrúa, México, 1990.
- POSNER, Richard, *How judges think*, Ed. Harvard University Press, USA, 2008.
- ROTHBARD, Murray N., *The ethics of liberty*, Ed. New York University Press, USA, 1998.

- SALDAÑA SERRANO, Javier, *Virtudes del juzgador*, Ed. SCJN, México, 2007.
- SCANLON, T.M., *The difficulty of tolerance*, Ed. Cambridge University Press, USA, 2008.
- SCJN, *Dignidad humana*, Ed. PJF, México, 2013.
- SHELDON, Charles, *Essentials of the american Constitution*, Ed. West view, USA, 2002.
- SILVA HENAO, Juan Fernando, “Evolución y origen del concepto de 'Estado Social' incorporado en la Constitución Política colombiana de 1991”, *Ratio Juris*, enero-junio de 2012, vol. 7, núm. 14.
- TEPJF, *El sistema mexicano de justicia electoral*, Ed. TEPJF, México, 2003.
- TRUJILLO, Isabel, *Imparcialidad*, Ed. UNAM, México, 2007.
- VALENZUELA, Arturo, *A nation of enemies. Chile under Pinochet*, Ed. W.W. Norton, USA, 1991.
- VILLALOBOS, Kevin, El libre desarrollo de la personalidad como fundamento universal de la educación. En: Obra colectiva. Simposio 2009: La población joven de Costa Rica a partir de la I Encuesta Nacional de Juventud: Ponencias y Memoria, San José Costa Rica, CNPPPJ-UNFPA, 2011.
- VILLALOBOS, Kevin, *El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad*, Ed. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Costa Rica, 2012.
- VILLAR BORDA, Luis, “Estado de derecho y estado social de derecho”, *Revista Derecho del Estado*, diciembre de 2007, núm. 20.
- VANOSSI, Jorge Reinaldo, *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Ed. EUDEBA, Argentina, 1987.
- VVAA, *Dinero y contienda político-electoral*, Ed. FCE, Perú, 2006.

WALDRON, Jeremy, *Law and disagreement*, Ed. Oxford University Press, USA, 2004.

WILLIAMS, Melissa & Waldron, Jeremy, *Toleration and its limits*, Ed. New York University Press, New York, 2008.

Precedentes judiciales:

Amparo 670/2021

Amparo 553/2018

Amparo 1317/2017

Acción de constitucionalidad 2/2010

Amparo 6/2008

Amparo en revisión 25/2021

Amparo 155/2021

Amparo en revisión 807/2019

Acción de inconstitucionalidad 155/2020

Amparo en revisión 101/2019

Amparo en revisión 553/2018

Amparo en revisión 750/2018

Acción de constitucionalidad 40/2018

Amparo directo en revisión 1317/2017

Amparo en revisión 852/2017

Amparo en revisión 203/2016

Amparo en revisión 710/2016

Amparo en revisión 2766/2016

Amparo en revisión 1127/2015

Acción de inconstitucionalidad 8/2014

Amparo en revisión 485/2013

Amparo en revisión 581/2012

Amparo en revisión 2806/2012

Tribunal Constitucional de Alemania, BVerfGE 6, 32, 16 de enero de 1957.

Websites consultados:

Significados

Biblioteca jurídica UNAM

Acción contra el hambre

Comisión Nacional de Derechos Humanos

Tribunal Federal de Justicia Administrativa

EL ARRENDAMIENTO INMOBILIARIO, EVASIÓN FISCAL Y LA INOPERANCIA DE LOS PRINCIPIOS EN MATERIA DE VIVIENDA, ASENTAMIENTOS HUMANOS, ORDENAMIENTO TERRITORIAL Y DESARROLLO URBANO.

Dasaev Sosa Arellano¹

SUMARIO: Introducción. I. Principios constitucionales y teóricos que regulan el derecho a la vivienda en México. II. Instrumentos jurídicos que regulan la creación de nuevos asentamientos. III. Resultados del Programa Nacional de Vivienda. IV. Problemas estructurales relativos a la propiedad de la vivienda y su relación con el arrendamiento inmobiliario. V. La inaplicabilidad del derecho a la ciudad en la construcción de las nuevas viviendas. VI. El abandono de vivienda nueva y desplazamiento hacia el arrendamiento inmobiliario. VII. Evasión fiscal en el régimen de personas físicas por arrendamiento inmobiliario. VIII. Conclusiones. IX. Fuentes consultadas.

RESUMEN: El artículo tiene como objetivo explicar la problemática inherente entre el fenómeno del arrendamiento inmobiliario informal y dos distintas problemáticas asociadas a dicha práctica, la primera de carácter fiscal con la práctica de la evasión y la segunda respecto a los principios aplicables a la construcción de asentamientos humanos, desarrollo urbano y ordenamiento territorial, en cuanto a seguridad, sustentabilidad, derecho a la ciudad y otros.

¹ Doctor en Ciencias del Derecho. Profesor Investigador de la Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Baja California y miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Correo: dasaev.sosa@uabc.edu.mx

También, aborda dichos tópicos, haciendo una crítica al actuar del Estado en el incumplimiento de sus obligaciones constitucionales, y promoviendo la acumulación inmobiliaria, como fuente de estas y otras inequidades.

PALABRAS CLAVE: Vivienda, Arrendamiento, Evasión fiscal.

ABSTRACT: The article aims to explain the inherent issues related to informal real estate leasing, along with two distinct problems associated with this practice. The first issue concerns tax evasion, while the second pertains to principles applicable to urban development, including safety, sustainability, the right to the city, and other considerations. The article also critiques the state's failure to fulfill its constitutional obligations in these matters, and it highlights how real estate accumulation exacerbates inequalities and other related issues.

KEYWORDS: Housing, Leasing, Tax evasion.

INTRODUCCIÓN

Una de las metas más importantes que han asumido los Estados, a raíz de la consolidación de los derechos humanos, es el de garantizar que todo miembro de la sociedad, tenga acceso a una vivienda digna y decorosa.

Con este objetivo se han creado acuerdos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece dicha prerrogativa en el contenido de su artículo 11, al mencionar que los Estados parte “... *reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia*”.²

² Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Para lograrlo se han ideado mecanismos, programas y sistemas de financiamiento que materialicen ese derecho, así como un marco normativo, que establece las facultades para definir políticas públicas encaminadas a satisfacer esas necesidades humanas, determinando en ellas principios y directrices del deber ser en su planeación y ejecución.

Sin embargo, al tratarse de un problema estructural derivado de una herencia histórica de acumulación de la propiedad, persisten los esquemas de negocio que impiden que, aun cuando se creen estas políticas, resulten insuficientes para lograr que la vivienda cumpla con las expectativas señaladas en instrumentos internacionales, así como en nuestra propia Constitución.

Ya lo mencionaba Henri Lefebvre que, haciendo un análisis de la ciudad bajo la teoría de Marx, señala que:

La propiedad de la tierra se mantiene en el cuadro de propiedad privada en general. Aunque esa propiedad inmobiliaria haya cedido el paso a la propiedad mobiliaria, la del dinero y el capital, persiste. Y aun se consolida, desde tiempos de Marx, comprando tierras la burguesía enriquecida, constituyéndose en propietarios de bienes raíces (y en consecuencia reconstituyendo, sobre la base de un nuevo monopolio, la propiedad de bienes raíces y la renta de la tierra). La propiedad de la tierra, intacta en el fondo, reconstituida por el capitalismo, pesa sobre el conjunto de la sociedad.³

Esto ha generado otro tipo de problemáticas que impactan en la seguridad de las familias respecto a la titularidad de derechos sobre los bienes inmuebles, al empujar a las familias a optar por la precariedad en la vivienda como propietario, o la inseguridad jurídica de los arrendamientos inmobiliarios.

Además, la falta de participación en la fiscalización de dichos fenómenos económico sociales, los ha convertido en negocios sumamente lucrativos, que se

³ Lefebvre, Henri, *El pensamiento marxista y la ciudad*, Editorial Coyoacán, México, Traductor Lya de Cardosa, 2014, p. 113.

encuentran en la mayoría de las ocasiones en el fraude fiscal, propiciando que crezca el esquema sin control.

I. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y TEÓRICOS QUE REGULAN EL DERECHO A LA VIVIENDA EN MÉXICO

Para efectos de profundizar en el tema de los principios y derechos que regulan la vivienda en México, debemos comenzar por abordar la perspectiva de la vivienda como propiedad y espacio físico en el que el individuo y su familia puede desarrollar sus actividades, habitarla, encontrar seguridad en ella, entre otras características.

Sobre la definición de vivienda digna, Olano García señala que, “... *el derecho a la vivienda digna presupone unas circunstancias que permiten a la persona acceder a una vivienda que se encuentre acorde con su valor como ser humano, es decir, que ostente una calidad necesaria para proteger la dignidad de las personas que conformen el núcleo familiar que pretende asentar su familia en un determinado lugar*”.⁴

Así, por ejemplo, desde el ámbito constitucional, se observa la delimitación del derecho humano a la vivienda con la lectura del artículo 4 de la Carta Magna, el cual señala que:

“Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo”.

De esta determinación, se obtiene el fundamento para la elaboración de la Ley de Vivienda, misma que tiene por objeto, dar forma a la política nacional de vivienda, establecer programa y generar mecanismos para que las familias puedan acceder a este tipo de bienes.

⁴ Olano García, Hernán Alejandro, “El derecho a la vivienda digna en Colombia”, *Dikaion*, Colombia, noviembre 2006, Vol. 20, Núm. 15, pp. 111-112.

Para lograr este objetivo, tanto el gobierno federal como los gobiernos estatales y los ayuntamientos, participan de las decisiones políticas, de planeación e instrumentación, que contribuyan a materializar este derecho.

Ahora bien, estas decisiones políticas según lo señalado por el artículo 4, deben enfocarse por una parte a garantizar que la vivienda sea digna y decorosa y por otro lado desarrollar las estrategias idóneas para facilitar el acceso a este tipo de bienes, aspectos que representan problemas conceptuales, estructurales, financieros y de planificación.

En relación con el concepto de dignidad y decoro en el hogar, el artículo segundo de la Ley de Vivienda señala lo siguiente:

Se considerará vivienda digna y decorosa la que cumpla con las disposiciones jurídicas aplicables en materia de asentamientos humanos y construcción, salubridad, cuente con espacios habitables y auxiliares, así como con los servicios básicos y brinde a sus ocupantes seguridad jurídica en cuanto a su propiedad o legítima posesión y contemple criterios para la prevención de desastres y la protección física de sus ocupantes ante los elementos naturales potencialmente agresivos.

Ahora bien, al hablar de dignidad en la vivienda, en múltiples ocasiones el análisis del deber ser en éste ámbito, se limita a explicar los aspectos materiales que deben estar presentes en la propia estructura de la morada, sin tomar en cuenta la existencia de otros factores relativos al espacio en donde se desarrollan los nuevos sectores residenciales.

Sin embargo al hacer referencia a las disposiciones aplicables a la materia de asentamientos humanos, la Ley de Vivienda establece un vínculo entre sus propias determinaciones y las estipuladas en el marco de la Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano (en adelante LGAHOTyDU), la cual si bien participa directamente en el marco de la política de vivienda, también lo hace desde una perspectiva que gira en torno al espacio, la ubicación y los criterios y principios que rigen la planeación urbana.

Sobre esto, el artículo 2 de la Ley en mención señala que, *“Todas las personas sin distinción de sexo, raza, etnia, edad, limitación física, orientación sexual, tienen derecho a vivir y disfrutar ciudades y asentamientos humanos en condiciones sustentables, resilientes, saludables, productivos, equitativos, justos, incluyentes, democráticos y seguros”*.

De su contenido se desprenden la serie de derechos y principios que deben estructurar los programas y políticas encaminadas a la definición del uso del suelo, el desarrollo de nuevos sectores inmobiliarios y en general los aspectos de distribución de los espacios dentro de una ciudad.

Así, por ejemplo, es importante señalar la existencia del derecho a la ciudad, como parte de las directrices a tomar en cuenta, que nos explica la importancia de que los asentamientos humanos, y desarrollos residenciales, se ubiquen en una posición que facilite el acceso a la población a los servicios públicos, así como a los espacios de trabajo, convivencia, esparcimiento, comercio y cultura, entre otros fines.

Sobre este concepto, Vicente Ugalde toma como referencia para conceptualizarlo el documento Carta de la Ciudad de México, emitido en el 2010 por el gobierno del entonces Distrito Federal, mismo que menciona que:

... se concibe tal derecho como un derecho colectivo que apuesta a que las personas gocen de una ciudad incluyente, en donde se accedan a los servicios y se ejerzan los derechos sin discriminación y exclusión por posición económica, social, de género u otra, y que confiere a sus habitantes legitimidad de acción y de organización para exigir y demandar el pleno ejercicio del derecho a la libre autodeterminación y a un nivel de vida adecuado.⁵

Íntimamente relacionado a lo anterior, el principio de equidad señala que, se debe:

⁵ Ugalde, Vicente, “Derecho a la ciudad, derechos en la ciudad”, *Estudios demográficos y urbanos*, México, Septiembre- Diciembre 2015, Vol. 30, Núm. 3, p. 568.

“garantizar el ejercicio pleno de derechos en condiciones de igualdad, promoviendo la cohesión social a través de medidas que impidan la discriminación, segregación o marginación de individuos o grupos. Promover el respeto de los derechos de los grupos vulnerables, la perspectiva de género y que todos los habitantes puedan decidir entre una oferta diversa de suelo, viviendas, servicios, equipamientos, infraestructura y actividades económicas de acuerdo a sus preferencias, necesidades y capacidades”.

Sumado a los anteriores, el derecho a la propiedad urbana señalado en la fracción III del mencionado artículo 4, expresa la necesidad de:

Garantizar los derechos de propiedad inmobiliaria con la intención de que los propietarios tengan protegidos sus derechos, pero también asuman responsabilidades específicas con el estado y con la sociedad, respetando los derechos y límites previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y esta Ley. El interés público prevalecerá en la ocupación y aprovechamiento del territorio.

Ahora bien, sin tratar de demeritar la importancia de los otros principios y derechos contenidos en la LGAHOTyDU, es importante enfocar el análisis en los tres anteriores, debido a su estrecho vínculo con el fenómeno bajo estudio, ya que gran parte de la problemática vinculada a él, reside en el aspecto de la distribución sobre la propiedad de la tierra y su uso, que en la actualidad no cumple con dichos principios y dificulta la implementación de cualquier política o programa encaminado a garantizar la dignidad en la vivienda.

Esto es así debido a que, las sociedades occidentales han optado por una protección a la propiedad privada, que ha desarrollado una mercantilización del espacio urbanizable, empleando la especulación inmobiliaria en los intercambios comerciales y hoy en día, cada vez más, utilizando el acaparamiento de los espacios privilegiados o que cumplen con las características de una vivienda digna, para después incursionar en el sector de inmobiliario de arrendamiento.

Sobre esto se pronuncian Perla Hernández y Montalvo Vargas al señalar lo siguiente:

El eje de acumulación de capital se ve reflejado en el proceso de urbanización, donde las ciudades tienen, por un lado, sus espectaculares zonas exclusivas de concentración económica (comercial, servicios y vivienda) y, por otro lado, zonas de miseria con segregación espacial para el resto de la ciudad en interacción y mutua convivencia. Los resultados se traducen en diferenciales de renta del suelo con zonas privatizadas en favor del gran capital y la irregularidad y nula propiedad para sectores sociales desposeídos o de bajos recursos.⁶

Por otro lado, Lida Masato⁷ agrega la responsabilidad del Estado en el fomento de la mercantilización de la vivienda, en donde explica que, este a través de sus políticas respecto al fomento de la competitividad en las inversiones urbanas e inmobiliarias, fomenta que, se incremente la acumulación de bienes raíces, rezagando a un plano secundario el objetivo de lograr una ciudad incluyente y sustentable.

Sin embargo, para efectos de abordar la problemática antes mencionada, es necesario explicar los instrumentos y programas existentes que buscan materializar dichos principios mediante la planeación urbana y el financiamiento de proyectos de desarrollo inmobiliario.

II. INSTRUMENTOS JURÍDICOS QUE REGULAN LA CREACIÓN DE NUEVOS ASENTAMIENTOS

Para efectos de llevar a cabo una estrategia eficaz que permita, el cabal cumplimiento del derecho a la vivienda digna, señalado constitucionalmente, el Estado se encuentra facultado para desarrollar un Programa Nacional de Vivienda (en adelante PNV), mismo

⁶ Hernández López, Perla Iliana y Montalva Vargas, Ramos, “Suelo intraurbano vacante para vivienda en la ciudad de Tlaxcala, México. Una aproximación espacial”, *Región y Sociedad*, México, 2020, Volumen 20, p. 5.

⁷ Masato, Lida, “La producción inmobiliaria como sostén de la acumulación y sus consecuencias socio-ambientales: Desde América latina y España.”, *Eure*, Chile, 2020, Núm. 139, Vol. 46, p. 289.

que encuentra su fundamento en el contenido del artículo 9 de la Ley de Vivienda que a la letra menciona lo siguiente:

El Programa Nacional de Vivienda será formulado por la Secretaría, aprobado por el Presidente de la República mediante decreto y estará sometido a un proceso permanente de control y evaluación, observando lo dispuesto en este ordenamiento y, en lo conducente, en la Ley de Planeación y la Ley General de Desarrollo Social.

Sobre los elementos que debe contener este instrumento, estos se señalan en el contenido del artículo 8 de la Ley en mención, sin embargo, es menester para efectos de desarrollar el presente tema, hacer énfasis en el diagnóstico de la situación habitacional, objetivos que rigen el desempeño de las autoridades, la estrategia habitacional y los métodos de financiamiento.

Esto en razón de poder realizar un análisis comparativo, que permita determinar los efectos de las políticas en materia de vivienda sobre el crecimiento del fenómeno del arrendamiento y su estrecho vínculo con el abandono de bienes inmuebles.

Además, es importante agregar, que dicho PNV, no solamente se encuentra limitados o dirigido por los preceptos contenidos en la Ley de Vivienda, ya que, sobre los aspectos relativos a las definiciones de uso de suelo y principios que rodean su determinación, la LAHOTyDU juega un papel fundamental.

Sobre esto, debemos recalcar que, el artículo 27 constitucional en su párrafo tercero, identifica la facultad del Estado para definir por interés público, el uso que se le dará al suelo, restringiendo y definiendo el destino que se le debe dar de acuerdo con el beneficio social.

Así, por ejemplo, la Ley en mención dispone en su artículo 6 una serie de conceptos que se identifican como causas de utilidad pública, en donde destacan por encontrarse vinculados a las estrategias del PNV las siguientes:

Son causas de utilidad pública:

- I. La fundación, conservación, mejoramiento, consolidación y crecimiento de los centros de población;
- II. La ejecución y cumplimiento de planes o programas a que se refiere esta Ley;
- III. La constitución de reservas territoriales para el desarrollo urbano;
- IV. La regularización de la tenencia de la tierra en los centros de población;
- V. La ejecución de obras de infraestructura, de equipamiento, de servicios urbanos y metropolitanos, así como el impulso de aquéllas destinadas para la movilidad;

Una vez definido el contenido normativo que rige la política nacional de vivienda, resulta importante, explicar el diagnóstico, estrategias y resultados del PNV, a través de un comparativo con los PNV de 2012-2018, en aras de observar sus diferencias, el comportamiento en cuanto a los métodos, estrategias y metas, así como sus resultados.

III. RESULTADOS DEL PROGRAMA NACIONAL DE VIVIENDA

Para poder identificar los resultados de las estrategias de los PNV, resulta muy útil realizar el comparativo de los distintos diagnósticos determinados para programas de diferentes sexenios, así como la identificación de las estrategias y su contraste con el cumplimiento de los principios integrados al sistema normativo que regula la política de vivienda.

Así el PNV 2014-2018 en su capítulo de diagnóstico, expresa los términos de participación del arrendamiento inmobiliario en la satisfacción de demanda de vivienda, en dónde se señala que en el año 2012 “... *15.5% de la población habitaba en vivienda rentada*”.⁸

Por su parte el PNV 2021-2024 especifica que para el año 2021 la cifra tuvo un crecimiento del 0.4 por ciento para colocarse en 15.9 de casas arrendadas, situación que se ha incrementado a juzgar por los resultados que el Instituto Nacional de Estadística y

⁸ Programa Nacional de Vivienda 2014-2018.

Geografía (en adelante INEGI) señala en su comunicado de la encuesta Nacional de Vivienda 2020, que señala la existencia de 5.8 millones de casas habitadas por medio de arrendamiento.⁹

Ahora bien, aun cuando se ha tratado de fomentar el beneficio de un arrendamiento, sobre todo para un grupo de población, cuya actividad económica, se encuentra vinculada con la característica de ser flotante, también es una realidad, que buena parte del déficit de vivienda, debe considerar a la población que busca contratar una renta, en razón de que no tiene posibilidades de acceder a alguno de los mecanismos de financiamiento para la adquisición de un bien inmueble propio.

Así también, es importante vincular este fenómeno, con lo relativo a la falta de seguimiento de los principios que, en materia de asentamientos humanos, ordenamiento territorial y desarrollo urbano, deben regir la construcción de nuevas zonas urbanizadas.

Por esto, es menester abordar los problemas estructurales de la propiedad de la vivienda, en aras de explicar la relación entre éstos y el fenómeno del arrendamiento.

IV. PROBLEMAS ESTRUCTURALES RELATIVOS A LA PROPIEDAD DE LA VIVIENDA Y SU RELACIÓN CON EL ARRENDAMIENTO INMOBILIARIO

Uno de los problemas fundamentales relativos al desarrollo de nuevos sectores inmobiliarios, se trata de la ubicación en la que estos son contruidos, en donde se observa la tendencia clara a la utilización de los espacios periféricos e incluso rurales, para la creación de nuevos asentamientos urbanos.

Al hablar de las reformas constitucionales realizadas en la década de los noventa que se refieren al artículo 27 se señala lo siguiente:

Las reformas permitieron la comercialización del ejido y que cada asamblea ejidal otorgara al ejidatario la capacidad de hacer lo que más le conviniera sobre su

⁹ Programa Nacional de Vivienda 2021-2024.

parcela, situación que fue aprovechada por los desarrolladores urbanos para obtener suelo barato y abundante destinado a la producción de vivienda.¹⁰

Este fenómeno tiene como consecuencia la creación de vivienda alejada de los servicios públicos, así como de las fuentes de trabajo, esparcimiento y sectores comerciales, situación que permite que una vez habitados dichos sectores, estos se conviertan en áreas no consolidadas, afectando la dinámica social de quienes las habitan.

V. LA INAPLICABILIDAD DEL DERECHO A LA CIUDAD EN LA CONSTRUCCIÓN DE LAS NUEVAS VIVIENDAS

El derecho humano a la ciudad, se trata de una prerrogativa que tiene como origen la protección del ser humano contra su expulsión por cuestiones económicas o de desarrollo urbano, de las zonas consolidadas.

Estas superficies, tienen la característica de ser inmuebles cuya ubicación privilegiada respecto de áreas comerciales, esparcimiento y su acceso a los distintos servicios públicos se encuentra garantizada.

Además, permiten que el ciudadano cuente con sistemas de movilidad que simplifiquen el transporte de sus hogares a sus fuentes de empleo, ahorrando tiempos en los traslados, el cual puede ser utilizado en el aprovechamiento de los diversos espacios de deporte, ocio o cultura.

Así, es importante hacer énfasis en que, verdaderamente se trata de áreas favorecidas, considerando que, al menos en México, el fracaso de la política de vivienda, ha logrado que las nuevas regiones urbanizadas, no cumplan con esta categoría, impidiendo con ello la cohesión social y generando diversos problemas de precarización de la vida.

¹⁰ González Vázquez, Sahian y Méndez Ramírez, José Juan, “Efectos de la Política Neoliberal en la producción de vivienda”, *Arquitectura y urbanismo*, México, Mayo- Agosto 2020, Vol. XLI, Núm. 2, p. 50.

Esta situación de marginación que subsiste, es el origen de una serie de dificultades de carácter social, que podrían ser paleados a través de la aplicación de los principios constitucionales y de desarrollo urbano.

Sin embargo, al no establecerlos materialmente mediante la política pública, estas carencias han trastocado otros derechos humanos, como el de acceder a la cultura, educación y otros, que, al no ser garantizados, impactan de forma directa a la seguridad pública.

Así una de las características de la vivienda periférica y descentrificada, es la de altos índices delictivos, falta de presencia de elementos de seguridad y la desintegración del tejido social.

VI. EL ABANDONO DE VIVIENDA NUEVA Y DESPLAZAMIENTO HACIA EL ARRENDAMIENTO INMOBILIARIO

Como consecuencia de lo anterior, el Instituto Nacional del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (en adelante INFONAVIT), organismo encargado de promover el acceso a la vivienda popular de los trabajadores, ha mostrado un incremento desmesurado en el abandono de bienes inmuebles de nueva construcción, fenómeno vinculado íntimamente con el lugar en que fueron desarrollados.

Según informa el Instituto a través de la publicación del atlas de abandono de vivienda para el año 2010¹¹ del total de viviendas el 14% de ellas se encuentra en estado de abandono, es decir alrededor de 5 millones de viviendas, a las que se suman 2 millones más, de aquellas que se clasifican como de uso temporal, así mismo agrega que, para el primer trimestre del año 2014 se sumaron otras 289 mil viviendas al abandono.

¹¹ INFONAVIT, *Atlas de abandono de vivienda*, México, INFONAVIT, 2015, p. 22.

Por esta razón, resulta claro que existe un estrecho vínculo en lo que respecta a la falta de reconocimiento y respeto de los principios en materia de desarrollo urbano y el abandono de la vivienda.

Ahora bien, para tratar de solventar las necesidades de refugio, quienes no han podido acceder a una vivienda digna, buscan ocupar un espacio en el sector del arrendamiento inmobiliario, situación que va en aumento en México.

Sobre este tema, la Encuesta Nacional de Vivienda 2020 que realiza periódicamente el INEGI señala que, ha existido un incremento respecto a lo indicado por el mismo instrumento publicado en el 2014, en dónde la vivienda rentada pasó de ubicarse en un 15.2% del total de vivienda al 16.4%.¹²

Esta circunstancia, propicia una serie de perjuicios a quienes las ocupan, ya que, la gran mayoría de los arrendamientos, se construyen sin generar contratos que integren los derechos y obligaciones tanto del arrendador, como del arrendatario.

Así, subsisten los desalojos sin motivación, el aumento de la renta sin previo aviso y sin que el inmueble sea sujeto de mejora alguna, violando el derecho de quienes habitan dichas viviendas.

Es importante agregar, que estos fenómenos, afectan principalmente a las personas de menor escolaridad y capacidad económica y quienes se encuentran en estado de vulnerabilidad, es decir, adultos mayores, niñas y niños, mujeres indígenas entre otras personas.

VII. EVASIÓN FISCAL EN EL RÉGIMEN DE PERSONAS FÍSICAS POR ARRENDAMIENTO INMOBILIARIO

Así también, se debe señalar, que existe un desfaldo a las arcas públicas por parte de este tipo de contratos de arrendamiento inmobiliario, ya que, datos del propio servicio de

¹² INEGI, Encuesta Nacional de Vivienda 2020, México, INEGI, 2020. p. 14. visto en https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envi/2020/doc/envi_2020_presentacion.pdf

administración tributaria, indican que más del 76.22 por ciento de dichos instrumentos, no se encuentran fiscalizados y por lo tanto no contribuyen de ninguna manera, incumpliendo sus obligaciones fiscales.

Así lo ha manifestado el Servicio de Administración Tributaria (en adelante SAT), explicando que, para el 2015 dicho porcentaje de evasión representaba un impacto presupuestal de 27 382 millones de pesos aproximadamente.¹³

Cabe señalar lo que explica Carlos Briñes, sobre las consecuencias de la informalidad:

La informalidad puede perjudicar la recaudación tributaria, pero sus consecuencias son mucho más profundas si se considera la calidad de vida y el acceso a los sistemas de seguridad social, dado que el margen de utilidades condiciona también la informalidad del empleo. En conjunto, estos aspectos generan un escaso crecimiento en los negocios, para evitar sanciones; no obstante, funcionar en una escala muy reducida implica menos productividad y menos acceso a los recursos productivos, desde el crédito hasta la tecnología, por lo que la informalidad impacta la economía y la sociedad mucho más allá de la pérdida de ingresos fiscales.¹⁴

Este sistema, verdaderamente, se ha convertido en un paraíso fiscal, para quienes ostentan la propiedad de bienes inmuebles y los colocan a la renta, ya que todo ingreso que perciben se mantiene en la inobservancia de la autoridad administrativa.

Sobre esto, es menester indicar, que en algunos casos las transacciones se realizan por medio de pagos en dinero en efectivo y podría señalarse que eso representa una dificultad para que las autoridades fiscales, cumplan con su deber de ejecutar las contribuciones que correspondan. Sin embargo, también resulta relevante, contrastar

¹³ San Martín Reyna, Juan Manuel, Evasión del Impuesto al Valor Agregado y el Impuesto Sobre la Renta, México, Universidad de las Américas, p. 29. Visto en:
http://omawww.sat.gob.mx/cifras_sat/Documents/IVAISRDEFINITIVO.pdf

¹⁴ Briñez Torres Carlos Yesid y Gutiérrez Duarte Carlos Eduardo, “Caracterización de la evasión fiscal en establecimientos gastronómicos en Bogotá”, *Revista Logos Ciencias y Tecnología*, Colombia, 2023, Núm. 3, Vol. 15, p. 82.

esto, con el trabajo que realiza el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, que en sus reportes explica, cuales son los diversos supuestos de posesión o propiedad con la que cuentan las viviendas en México.

Así, al existir un indicador que muestre, cuántas viviendas existen en posesión por arrendamiento, el SAT podría bien implementar una política de fiscalización en las zonas más conglomeradas y dónde la vivienda sea mucho más costosa a la renta, para generar un impacto recaudatorio.

VIII. CONCLUSIONES

El fracaso de las políticas de vivienda en México, se ve impulsado por la falta de aplicación de los principios que la LAHOTyDU estipula, principalmente el que se refiere al derecho a la ciudad.

Esto ha generado dos fenómenos vinculados entre sí, el primero de ellos se refiere al abandono de la vivienda por resultar inhabitable, debido a las condiciones de su ubicación y los problemas derivados de la falta de acceso a los servicios públicos y la inseguridad.

El segundo de ellos, se trata del aumento de la oferta de arrendamientos que sustituye la posibilidad de acceso a una vivienda en lugares consolidados, así quienes abandonan, acceden a un contrato para rentar, generando otras problemáticas sociales y fiscales.

En lo que se refiere a la primera categoría, existe violencia ejercida e inseguridad en la propiedad cuando el arrendador, evita garantizar la titularidad de derechos de los inquilinos y no respeta las condiciones estipuladas en un inicio de la relación contractual, siendo las personas más vulnerables, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, mujeres indígenas, quienes sufren en mayor medida esas condiciones.

Por último, las finanzas públicas se ven afectadas por incumplir las contribuciones que le corresponde a este sector, sumado a que, dicha inactividad administrativa por

parte de las autoridades fiscales, impulsa el crecimiento de este fenómeno y de la evasión fiscal en consecuencia.

IX. FUENTES CONSULTADAS

Bibliografía:

LEFEVBRE, Henri, *El pensamiento marxista y la ciudad*, Editorial Coyoacán, México, Traductor Lya de Cardosa, 2014.

INFONAVIT, *Atlas de abandono de vivienda*, México, INFONAVIT, 2015.

Hemerografía:

BRIÑEZ TORRES, Carlos Yesid y Gutiérrez Duarte Carlos Eduardo, “Caracterización de la evasión fiscal en establecimientos gastronómicos en Bogotá”, *Revista Logos Ciencias y Tecnología*, Colombia, 2023, Núm 3, Vol, 15.

GONZÁLEZ VÁZQUEZ, Sahian y Méndez Ramírez, José Juan, “Efectos de la Política Neoliberal en la producción de vivienda”, *Arquitectura y urbanismo*, México, Mayo-Agosto 2020, Vol. XLI, Núm. 2.

HERNÁNDEZ LÓPEZ, Perla Iliana y MONTALVA VARGAS, Ramos, “Suelo intraurbano vacante para vivienda en la ciudad de Tlaxcala, México. Una aproximación espacial”, *Región y Sociedad*, México, 2020, Volumen 20.

MASATO, Lida, “La producción inmobiliaria como sostén de la acumulación y sus consecuencias socio-ambientales: Desde América latina y España.”, *Eure*, Chile, 2020, Núm. 139, Vol. 46.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, “El derecho a la vivienda digna en Colombia”, *Díkaion*, Colombia, noviembre 2006, Vol. 20, Núm. 15.

UGALDE, Vicente, “Derecho a la ciudad, derechos en la ciudad”, *Estudios demográficos y urbanos*, México, septiembre- diciembre 2015, Vol. 30, Núm. 3.

Páginas de Internet:

INEGI

SAT

Normativa:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Programa Nacional de Vivienda 2014-2018.

Programa Nacional de Vivienda 2021-2024.

Ley de Vivienda.

Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano.

LIDERAZGO Y COMUNICACIÓN EN LA ORGANIZACIÓN, UN MARCO TEÓRICO

Alfonso Reyna Parra*

Adrián Cuevas López**

Luis Nathanael López Luna***

SUMARIO: I. Introducción. II. Marco metodológico. III. Teorías de la organización relacionadas con la comunicación. IV. El interés individual y el trabajo colectivo. V. Habilidades del líder en las organizaciones. VI. El liderazgo en la organización educativa. VII. Referencias.

RESUMEN: El objetivo de la investigación es el análisis del liderazgo y comunicación en la organización educativa, considerando el tema de las relaciones humanas en estos grupos.

La importancia en los distintos procesos y colaboradores se centra en la necesidad que se tiene de estimular a los participantes y a quienes intervienen en cada parte de los procesos internos y externos.

El compromiso en grupos es orientado mediante el liderazgo de los representantes del mismo. Así el líder debe de establecer los objetivos y más aún convencer al grupo sobre dichos objetivos. La habilidad del líder es importante en el rendimiento de la organización.

* Doctor en Administración. Profesor e Investigador en la Universidad Autónoma de Sinaloa. Correo: alfonso-reyna23@hotmail.com

** Doctor en Innovación y Administración. Profesor e Investigador en la Universidad Autónoma de Sinaloa. Correo: adriancuevas@uas.edu.mx

*** Doctor en Administración. Profesor e Investigador en la Universidad Autónoma de Sinaloa. Correo: lnlopez@live.com.mx

Hipótesis. La disposición de los colaboradores en la organización presenta una relación con las formas de establecer el liderazgo y comunicación por parte de los representantes.

PALABRAS CLAVE: Liderazgo, Comunicación, Organización.

ABSTRACT: The objective of the research is the analysis of leadership and communication in the educational organization, considering the issue of human relations in these groups.

The importance in the different processes and collaborators focuses on the need to stimulate the participants and those involved in each part of the internal and external processes.

Commitment in groups is guided through the leadership of its representatives. Thus, the leader must establish the objectives and even more so convince the group about these objectives. The ability of the leader is important in the performance of the organization.

Hypothesis. The disposition of the collaborators in the organization presents a relationship with the ways of establishing leadership and communication by the representatives.

KEYWORD: Leadership, Communication, Organization.

I. INTRODUCCIÓN

El estudio del liderazgo en relación a los estímulos de los participantes de la organización representa el análisis de la conducta de todo el equipo, considerando las formas de comunicación y relaciones dentro del grupo. El liderazgo presenta características sobre el auto conocimiento y el conocimiento del equipo de trabajo.

Se debe tener información sobre las metas, misión y visión de la organización.

Es importante la comunicación con sus formas, considerando el contenido y orientación del mensaje comunicado. La expresión en todas sus formas tiene alta importancia en los líderes.

La definición de los objetivos organizacionales es un elemento que se encuentra en juego permanente en este tema.

II. MARCO METODOLÓGICO

Se realiza un estudio cualitativo, considerando que se toman en cuenta los elementos y factores no cuantitativos del fenómeno, donde se observan las conductas y relaciones humanas en sus abstracciones y subjetividades.

El enfoque cualitativo, como un “*mecanismo de acercamiento a la realidad a través de interpretaciones de la realidad*”.¹ Coincide con el trabajo en contexto, donde se permita el análisis y comprensión de situaciones desde la realidad social, además de comprender las experiencias.

Se emplea la observación directa no participante, que según Hernández,² es una técnica que permite conocer e identificar diferentes situaciones, costumbres y actitudes en situaciones naturales, en el presente caso, aprovechando el contacto directo que tiene el investigador, con los participantes sujetos de observación, el investigador a su vez, registra todos los hallazgos en los respectivos diarios de campo. Así mismo, se utiliza la evaluación diagnóstica que es definida por Brenes, como “*el conjunto de técnicas y procedimientos evaluativos que se aplican antes y durante el desarrollo del proceso*”.³

El desarrollo de este estudio se establece metodológicamente desde un enfoque cualitativo, y un método inductivo, el cual, permite desde la inferencia y el análisis de textos, llegar a puntos comunes que dan viabilidad.

Método de investigación

¹ Hernández-Jiménez, Daniel, “Educación: una visión desde las dimensiones del ser humano y la vida”, *Revista Acta Académica*, 2015, #57, p. 54.

² Hernández Sampieri, Roberto, Fernández Collado, Carlos & Baptista Lucio, Pilar, *Metodología de la Investigación*, España, McGraw-Hill, 2014.

³ Brenes Espinoza, Fernando, *Evaluación diagnóstica, formativa y sumativa de los aprendizajes. Un enfoque continuo y sistemático de la evaluación para educadores de I y II ciclos*, San José, Editorial EUNED, 2006, p. 27.

Es de carácter hipotético deductivo porque el proceso inicia formulando las hipótesis, que posteriormente se procede a afirmar o rechazar, con el propósito de desprender las conclusiones.⁴

Marco teórico

Liderazgo y comunicación en la organización

El liderazgo como guía para propiciar el cambio organizacional contempla elementos como la energía y habilidades del líder en las relaciones de grupo.

“El vigor y espíritu de los líderes proporciona el foco y la energía para su organización”,⁵
“El poder de los líderes provienen de su habilidad para atraer seguidores fieles”,⁶ esto es importante ya que de ello depende de que sus subordinados serán productivos y sobre todo que quieran ponerse la camiseta y ser leales a su patrón.

Fernández,⁷ señala que el liderazgo:

Es un mecanismo de influencia entre el líder y las demás personas, que posee un propósito de su implicación voluntaria en la meta de los propósitos de la empresa. Se dice que la capacidad del líder es la cualidad más característica que presenta ya que tiene la facilidad de que otras personas se incorporen a su proyecto o asuman los objetivos del líder como únicos y lo hagan voluntariamente.

Las formas en que se puede desarrollar, como lo cita, en las tres fases del liderazgo.⁸

⁴ Carrasco Díaz, Sergio, *Metodología de la investigación científica. Pautas metodológicas para diseñar y elaborar el proyecto de investigación*, Perú: Editorial San Marcos, 2019.

⁵ Watts S. Humphrey. *Dirección para la innovación. Liderazgo de los profesionales técnicos*. Madrid: Ediciones Díaz de Santos, 1989, p. 5.

⁶ Fernández Rodríguez, Luis, *Liderazgo organizacional*. Universidad Nacional de Educación a Distancia, España. 2018, p. 12.

⁷ *Ibíd.*

⁸ Cifuentes Llano, Carlos, *El nuevo empresario en México*. México: Editorial Fondo de Cultura Económica, 1994.

Primer paso es conocerse a sí mismo, debemos saber en qué aspecto de nuestro trabajo se posee mayor habilidad necesaria, además de saber sus puntos débiles y ver la manera de fortalecerlos.

El segundo paso es el conocimiento de la misión, saber la misión de la actividad en que se es líder.

El tercer paso es saber cómo y qué comunicar, tener la astucia y habilidad para poder expresarse y también para escuchar combinando el lenguaje corporal. Al igual nos comenta que para auxiliarse existen técnicas que permite hacer una delegación efectiva y una creación de sistemas, son seis los pasos;

- 1) Definir los objetivos, pasos concretos, específicos que dan oportunidad de actuar y evaluar los resultados de las acciones;
- 2) Hacer sencillas las metas, debe sintetizar brevemente los mensajes para hacerlos entendibles;
- 3) Educar, el líder debe de hacer que en todos los empleados exista la misma idea, que tengan claro los objetivos;
- 4) Dar y recibir retroalimentación, permitir que cada miembro sea evaluado de la misma manera, hacer reuniones continuamente para que se vean los errores y las virtudes de cada uno de los miembros de la empresa, nos menciona que debe esta información de ser recíproca, para tener un mejor flujo de comunicación, el líder debe de ser al igual que ellos de recibir lo que piensan sus subordinados de él y así poder cambiar, esto es importante en esta investigación, pues es un objetivo que persigue la investigación;
- 5) Resaltar la comunicación formal, cuando se incrementa la delegación del mando, se debe de fortalecer los canales de comunicación;
- 6) Canales informales de comunicación, no solo es importante darle lugar a la comunicación formal, sino también darle tiempo a la comunicación informal.

Las pequeñas empresas necesitan cambiar su paradigma con respecto a la competencia comercial, ya que actualmente compiten con empresas de todo el mundo debido a la globalización. El liderazgo de los dueños o directivos de las pequeñas empresas deben tener mucha energía, una visión más amplia que inspire a todos sus empleados a realizar sus actividades dentro de la empresa de manera eficiente, que haga a los empleados hacer suya la misión y visión de la empresa, logrando con ello alcanzar los mejores resultados.

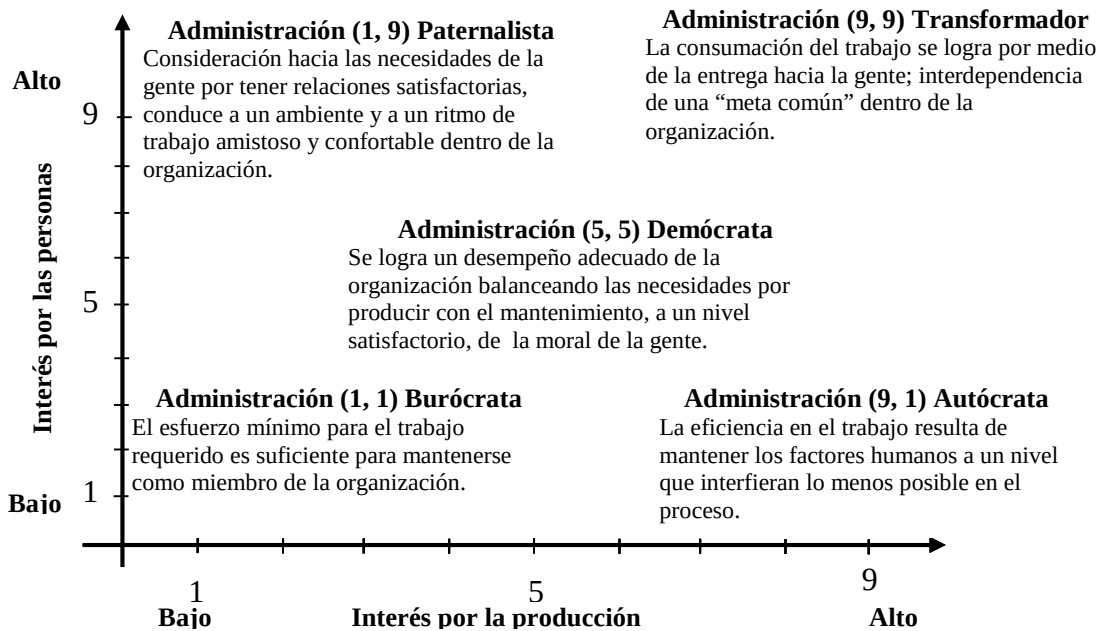
Para Daft, el liderazgo es la relación de influencia que ocurre entre los líderes y sus seguidores, mediante el cual las dos partes pretenden llegar a cambios y resultados reales que reflejan los propósitos que comparten.⁹

Para Munch,¹⁰ existen diferentes estilos de liderazgo dentro de la dirección de una organización: el liderazgo o tipo de liderazgo que se utiliza en la dirección de una empresa es predominante para llevarla al éxito. Los primeros estudios de tipo de liderazgo fueron hechos por Leivin Leppit y White en 1939, encontrando tres estilos de dirección: El democrático, en donde las decisiones se toman en colaboración; es decir, con la participación efectiva de los elementos del grupo; autocrático, es cuando las decisiones las toma el directivo en un ambiente de disciplina inflexible, supervisión y control; y el *laissez faire* o burocrático, el cual se caracteriza porque la actividad directiva real del líder se mantiene en grado mínimo, con una escasa supervisión sobre la realización de las tareas del grupo.

⁹ Daft, Richard L. Teoría y diseño organizacional, Octava edición, México: Thomson editores. México, 2002, p. 5.

¹⁰ Munch, Galindo Lourdes, Más allá de la excelencia y de la calidad total. Segunda edición, editorial trillas. México, 1998, p. 228.

Figura 1. Cuadro del Grid



Fuente: Blake y Mouton (1972).

Una de las investigaciones más completas en los estudios del tipo de liderazgo, fue hecho por los académicos Robert Blake y Jane Mouton en 1972,¹¹ donde ubicaron diferentes estilos de liderazgo y construyeron el cuadro del Grid, en el cual desarrollaron los fundamentos de la dinámica de dichos estilos. El cuadro del Grid busca interpretar la relación entre las variables, interés por las personas e interés por la producción, integrado por cinco tipos de administradores, en la que la posición que ocupe el estilo del líder en la coordenada, lo ubica en uno u otro tipo de administrador, esas posiciones son: Burócrata (1,1), Paternalista (1, 9), Demócrata (5,5), Autócrata (9,1) y Transformador (9, 9).

¹¹ Blake, Robert y Mouton, Jane, *El modelo de cuadro organizacional*, Fondo Educativo Interamericano, Colombia, 1972.

Comunicación. La información obtenida sobre datos o circunstancias importantes dentro de las organizaciones, se expresan de manera distinta, dependiendo de qué tipo de orientación se trate”.¹²

Comunicación externa: es la creada por la administración para controlar el comportamiento individual y grupal, pero sobre todo para alcanzar metas de la organización. “Este sistema es dictado por el ambiente técnico, político y económico de la organización”.¹³ Generalmente se utiliza para: “decisiones acerca de modificación de conductas, efectuar cambios operativos o de actuación, entre otras cosas.”¹⁴

Comunicación interna. Es el intercambio planificado de mensajes en el seno de una empresa, y que responde a un fin previamente planificado. Su función principal es apoyar culturalmente el proyecto organizacional, la primera misión de una estrategia de comunicación interna es crear las condiciones necesarias para la satisfacción de la estrategia general.¹⁵

Funciones de la comunicación interna. De acuerdo al indicador Thomas,¹⁶ la comunicación interna cuenta con tres funciones principales que son:

Mantener una relación entre el individuo y la empresa para que el trabajador se implique y cumpla sus expectativas dentro de la organización, de manera que asocie el éxito personal, con el éxito de la empresa. Si se aplica bien, el empleado se sentirá valorado y unido a la institución; además se le reconoce un lugar en el seno de la organización. Se debe perseguir que los empleados consigan la mayor cultura organizacional posible: noción que tiene el individuo de la empresa en que trabaja. Cuanto mayor sea la cultura organizacional, mayor será el conocimiento de la empresa, etc.

¹² Hughes, G. David, *Mercadotecnia. Planeación Estratégica*. México: Adison-Wesley Iberoamericana, 1986.

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ Calderón Córdova, Hugo, *Manual para la Administración del Proceso de Capacitación*, México: Ed Diamante, 1990.

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ *Ibíd.*

Comunicación interna: en toda organización, la comunicación fluye por canales de autoridad y responsabilidad, que son conocidos como formales (correspondencia, instructivos, manuales, ordenes, etc.). La comunicación interna se crea y desarrolla con la interacción de la gente dentro de estos canales formales. Dentro de los grupos informales de cualquier organización, también se origina comunicación, que, por no seguir los canales formales, se le conoce como comunicación informal (opiniones, comentarios, rumores, etc.), en ocasiones esta puede ser de gran importancia, ya que por su naturaleza puede influir más que la comunicación formal e inclusive ir en contra de esta. Por estos motivos se recomienda a las organizaciones que los canales de comunicación formal se apoyen en las redes informales.¹⁷

Los comunicadores organizacionales en la actualidad, en particular los internos, manifiestan preocupaciones en orden a lograr que la función de la comunicación interna sea visualizada como estratégica y no sólo como operativa por la organización; abordar la necesidad de diseñar un plan estratégico de comunicación enfocado a indicar de forma clara la dirección y los medios destinados a concretar la contribución esperada, la función y los resultados organizacionales; tratar el tema de la medición de los resultados obtenidos; y desarrollar habilidades de comunicación interpersonal.¹⁸

La vinculación de la comunicación a los objetivos y resultados organizacionales establece la necesidad de plantearla dentro de todas las fases del proceso administrativo, ya que en el caso de las instituciones educativas ligadas al sector público y otras organizaciones también públicas, se refleja un interés limitado en estas variables, donde los procesos no plantean estrategias tendientes a lograr los resultados, lo cual presenta los logros como algo no esencial. Son comportamientos que pueden estar arrojados por los tipos de liderazgo, el poder sindical, grupos de poder al interior respaldados por grupos externos.

¹⁷ *Ibídem.*

¹⁸ Andrade, Horacio, *Comunicación organizacional interna. Proceso, disciplina y técnica*, La Coruña, España: Netbiblo, 2005, p. 45.

Los factores que generan flexibilidad administrativa, llevan a procesos endeble en planeación y su relación con el control y los resultados, con un liderazgo directivo confiado, aunque en las condiciones descritas, los resultados pierden interés.

La comunicación interna según Pinillos,¹⁹ se sustenta en la utilización de medios dirigidos a favorecer el contacto personal entre los directivos y los integrantes de su equipo de trabajo y de éstos entre sí; los medios de comunicación interna benefician el contacto entre personas y un flujo de información en doble sentido; los canales personales han sufrido pocos cambios esenciales, dado que las organizaciones han empleado acciones similares, en situaciones de improvisación, de crisis o de intuición.

En el caso estudiado se observa una limitada intervención pensada en los resultados, ya que hay una reducida participación de estudiantes en los programas culturales, lo cual puede relacionarse con las formas que lleva la comunicación de los mismos, donde el esquema no presenta las estrategias vinculadoras del objetivo con el resultado.

En la actualidad, un número importante de organizaciones están operando diversos canales personales de comunicación, tales como entrevistas individuales, equipos de trabajo, círculos de calidad, grupos de proyecto, sistema de inducción y reuniones de cascada informativa; y estos canales se han ido incorporando en las organizaciones, las sociedades occidentales han promovido valores democráticos y han fortalecido la práctica de los derechos de los trabajadores.²⁰

Las incidencias de la comunicación poseen un carácter objetivo y otro subjetivo, el primero está relacionado con los temas de la comunicación; y, el segundo está enlazado con aspectos de la emocionalidad.²¹

¹⁹ Pinillos, Andreu, *Comunicación interna, un paseo por el tiempo*, 1996, p. 56.

²⁰ *Ibíd.*

²¹ Carnicero Duque, Paulino, *La comunicación y la gestión de la información en la institución educativa*, Madrid, España: WK Educación, 2005, p. 27.

Abundando sobre esta materia, Carnicero,²² puntualiza su enfoque en la comunicación en las instituciones escolares en el área del subsistema social y en su adaptación a los requerimientos de la sociedad; en el cambio e innovación desde la perspectiva del avance y en el sentido de identidad; en el marco comunitario, enfatiza el establecimiento de relaciones con los integrantes de la comunidad; en el contexto de organización y de gestión se centra en el desarrollo de la gestión y de la dirección.

Lacasa y Blay,²³ establece la realización de una auditoría de comunicación a nivel interno con el objeto de conocer la situación de la organización; la selección de los mensajes a transmitir, además de definir su idoneidad; la determinación de las estrategias; la definición de los instrumentos más adecuados para concretar la difusión de acuerdo a las características de la entidad organizativa; la formulación de la programación, de los objetivos y de los plazos; la elección de los sistemas de seguimiento y de control, la divulgación del plan a los empleados y solicitud de participación y; el desarrollo de reuniones, entrevistas, asignación de responsabilidades y ejecución.

En tal sentido, este autor señala que la organización debe institucionalizar mediante la aplicación permanente de planes la consolidación, una activa política de comunicación interna.

III. TEORÍAS DE LA ORGANIZACIÓN RELACIONADAS CON LA COMUNICACIÓN

El comienzo de las organizaciones se sitúa en la Revolución Industrial a mediados del siglo XVIII en Gran Bretaña, lo cual trajo consigo la aparición de nuevos sistemas organizativos para la productividad de las fábricas.

²² Ibídem, p. 221.

²³ Lacasa y Blay, Antonio, *Gestión de la Comunicación Empresarial*, Barcelona, España: Ediciones Gestión 2000, 2004, p. 105.

Los sistemas de dirección de las empresas antes de la Revolución Industrial eran tan rudimentarios, predominando el uso de incentivos negativos (castigos) sobre los positivos (premios). Hasta principios del siglo XIX con Robert Owen se comenzó a considerar el elemento humano como el más valioso de las organizaciones. La Revolución Industrial trajo consigo una serie de transformaciones socioeconómicas, tecnológicas y culturales de la historia de la humanidad.²⁴

La teoría del comportamiento de la administración vino a significar una nueva dirección y un nuevo enfoque dentro de la teoría administrativa: el enfoque de las ciencias del comportamiento, el abandono de las posiciones normativas y prescriptivas de las teorías anteriores (teoría clásica, de las relaciones humanas y de la burocracia) y la adopción de posiciones explicativas y descriptivas. Es el estudio del funcionamiento y de la dinámica de las organizaciones y de cómo los grupos y los individuos se comportan dentro de ellas. Es una ciencia interdisciplinaria y casi independiente.

La teoría del comportamiento presenta debilidades, puntos críticos y aspectos característicos: marcado énfasis en las personas; extremada preocupación por explicar y describir las características del comportamiento organizacional; falta en la creación de modelos y principios de aplicación práctica.

Para Daft,²⁵ las organizaciones son entidades sociales que están dirigidas por metas y se encuentran diseñadas como sistemas de actividad deliberadamente coordinada y estructurada y están vinculadas con el entorno. Se entiende que las organizaciones están compuestas por personas y por sus relaciones interpersonales, debe haber quien estructure y coordine los recursos de manera intencionada para poder perseguir y lograr los fines por los que fue creada, cuidando el entorno que es quien le va a dar la pauta para el logro de los mismos.

²⁴ Fernández Aguado Javier, *Fundamentos de la Organización de Empresas*. (1ra. Ed.). Madrid España: Narcea, 2006, p. 33.

²⁵ Daft, L. Richard, *Teoría y Diseño Organizacional*, Novena Ed., México: Thomson editores, 2007, p. 10.

Las organizaciones formales son aquellas que tienen estructura bien definida, que puede describir sus relaciones de autoridad, razón y responsabilidad. Las organizaciones formales tienen puestos claramente específicos para cada miembro. Estas son durables y están planeadas; debido a su énfasis en el orden son relativamente inflexibles. Algunos ejemplos de organizaciones formales son las grandes empresas, los gobiernos federales y estatales, y las universidades. Mientras que las organizaciones informales es contraste con las organizaciones formales. La calidad de un miembro de las organizaciones informales puede ganarse consiente e inconscientemente, y suele ser difícil determinar el momento en que una se convierte en un miembro.²⁶

Borboa,²⁷ concluye que a lo largo de la historia moderna de la producción industrial, los encargados de la organización han buscado el éxito de la misma de muy diversas formas y en esta búsqueda, el actuar y sentir de empresarios y directivos de las organizaciones han estado orientados por paradigmas gerenciales, mismos que proyectan formas de organización de la sociedad que han facilitado la implantación de un cierto orden regido por el imperativo de la acumulación y poder.

La organización es un ente moral, en la cual sus recursos humanos, financieros, técnicos y materiales están enfocados en la generación de productos y servicios para la obtención de utilidad, todo esto bajo el marco legal del país. Las organizaciones son entidades que nacen, crecen se reproducen y mueren, su importancia es la generación de empleos, derrama económica en la sociedad.

La organización objeto de estudio, es de origen estadounidense y se encuentra enfocada en las telecomunicaciones, es uno de los tres proveedores más importantes del país y en el mundo, su giro principal es la venta de servicio de internet, telefonía celular y banda ancha. Los cambios permanentes en la innovación tecnológica presentan una dinámica especial en este tipo de organizaciones, donde la parte humana puede

²⁶ Herbert, G. Hicks, “*Administración de Organizaciones*”, México, McGraw-Hill, 1972, p. 587.

²⁷ Borboa, Q. M. S., *Prácticas y Estrategias de la Gestión Organizacional, Historias de vida*, Ed. Universidad Autónoma de Sinaloa. 2004, p. 43-47.

encontrarse movida por las necesidades de capacitación y por el acondicionamiento y adaptación a la situación de consumidores.

IV. EL INTERÉS INDIVIDUAL Y EL TRABAJO COLECTIVO

En toda clase de profesiones, el esfuerzo que pone la mayoría está siempre en proporción con la necesidad en que se encuentra de realizar ese esfuerzo.²⁸ La necesidad de realización de ese esfuerzo es mayor en aquellas personas que solo se dedican a esa profesión como fuente de ingreso.

No todos los participantes de una organización tienen el mismo interés por desarrollarse profesionalmente, ni las mismas necesidades económicas y tampoco la motivación para alcanzar un objetivo o una meta profesional y esto repercute en el trabajo colectivo de la organización.

Teoría del interés individual de Adam Smith. Solo es posible lograr la productividad y riqueza si se permite que lo haga el interés privado, quien en la búsqueda de su propio beneficio crea un beneficio social. Cada individuo está constantemente buscando la óptima manera de sacarle el mayor provecho a su capital o aquel capital, que aunque no sea suyo está a su disposición, y esto lo hace en interés propio no en beneficio de la sociedad en que vive, cuyo interés no toma en cuenta para nada. Pero su propio interés lo conduce, precisamente a invertirlo para obtener de él, el mayor beneficio y precisamente en aquello que sin duda alguna es beneficio para la sociedad Smith.²⁹

En tal situación es preciso que ejecute en el transcurso del año, una cantidad determinada de trabajo de indefinido valor; allí donde la competencia es libre, la rivalidad de los competidores que se esfuerzan por desalojarse mutuamente de sus cargos, obliga a todos a esforzarse por realizar su labor con cierto grado de exactitud. La magnitud de los objetivos que pueden alcanzarse, mediante el éxito en determinadas profesiones,

²⁸ Smith, Adam, *La riqueza de las naciones*, Ed. Aguilar, Madrid 1961, 1776, pp. 663-664.

²⁹ Herrerías, Armando, *Fundamentos para el estudio de la historia económica*, Ed. Limusa. 1991, pp. 116-120.

puede estimular a veces el esfuerzo de algunos hombres de ánimo y ambición extraordinaria.³⁰

Lo ya planteado, se relaciona con la condición humana de que solo estamos dispuestos a hacer o ejercer bien cuando necesitamos que así sea. Es decir no actuamos bien cuando no necesitamos actuar bien. Estas teorías de Smith, acercan a las organizaciones a ejercer de tal forma que, estén creando presiones en sus participantes para que sientan de esa necesidad personal de hacer bien sus funciones.

La gente actuará a partir del interés personal. Así que una importante tarea de cualquier sociedad, es crear un medio social razonable. Crear un medio social en el que sea razonable esclarecer el interés personal. Si queremos que una mano invisible comprometa todo en cierta clase de armonía social, debemos estar seguros, en primer lugar, de que nuestras instituciones sociales están formadas para descubrir nuestros mejores intereses y en segunda, que no requieran de sacrificios importantes del interés personal de mucha gente durante mucho tiempo.

V. HABILIDADES DEL LÍDER EN LAS ORGANIZACIONES

Davis y Newstrom: consideran que un liderazgo exitoso depende de comportamientos, habilidades y acciones apropiadas, y no de características personales, los comportamientos pueden aprenderse y cambiarse y las características personales son fijas, los tres diversos tipos de habilidades que los líderes utilizan son: técnicas, es el conocimiento y capacidad de una persona en cualquier tipo de proceso o técnica; humana, capacidad de trabajar con las personas y obtener resultados del trabajo en equipo; conceptual, capacidad de pensar en términos de modelos, marcos de referencia y relaciones amplias, como en los planes estratégicos de largo plazo, estos tres

³⁰ Smith, op. cit. pp. 663-664.

elementos son variables que pueden afectar para determinar un comportamiento apropiado del líder.³¹

Mateus en su investigación: “*La influencia de los estilos de liderazgo en la productividad de las organizaciones*”,³² concluye que el estilo de liderazgo es importante e influye sobre los resultados de los equipos de trabajo, pero no es lo único que afecta.

Las características personales de los líderes tienen gran importancia sobre la forma en la que el equipo responde a los diferentes desafíos que se le presentan. Adicionalmente, existen otros factores que contribuyen en la obtención de buenos resultados y que se relacionan de manera directa con el liderazgo, como es el caso de los factores situacionales que se presentan y que suponen algún reto para el líder y su equipo.

Las investigaciones que se han hecho del liderazgo, se tratan de centrar en la clasificación de los líderes y de los no líderes, de los líderes exitosos y de los no exitosos. Algunos estudios se centraron en el estudio de la personalidad, situacional/transaccional y maneras transformacionales del liderazgo.³³

Horner, nos dice que la personalidad, físico y características mentales fueron examinados. Su investigación fue basada en la idea que los líderes nacieron, no fueron hechos y la llave del éxito consistía simplemente en identificar a esa gente que nació para ser líderes.³⁴

En general estas clasificaciones no han podido llegar a un acuerdo de conjuntar las ideas, todas ellas llegan a un mismo objetivo y clasificaciones de las habilidades del líder.

³¹ Davis, Keith y Newstrom, Jhon W., *Comportamiento humano en el trabajo*, México: Mc Graw Hill, 1991.

³² Mateus Camargo, Juan Sebastián, *La influencia de los estilos de liderazgo en la productividad de las organizaciones*, Colombia: UMNG, 2019.

³³ Cacioppe, Ron, “Leadership moment by moment!”, *Leadership & Organization Development Journal* 18 (7), 1997, pp. 335-345.

³⁴ Horner, Melissa, “Leadership theory: past, present and future”. *Team Performance Management*, 1997, Vol. 4. No 4. pp. 270-287.

La habilidad técnica tiene que ver principalmente con las cosas, con el trabajo físico diario; la habilidad humana como su nombre lo dice se centra principalmente en las personas, en el trato con el que son llevadas; la habilidad conceptual, principalmente está relacionada con las ideas del líder. Estas habilidades nos pueden ayudar a ver porque un líder no está utilizando al cien por ciento sus habilidades, pues tiene que ver en qué está fracasando, para poder cambiarlo, esto también es de acuerdo al nivel jerárquico en que se encuentre.

Existen algunos comportamientos que fueron considerados, defectos por McCall Lombardo citado en Reig y son: actuar con rapidez y en forma intimidatoria, con estilo tirano y de manera insensible, fría, distante y arrogante, dichos comportamientos generan poca confianza y el líder se puede llegar a mostrar ambicioso.³⁵

Las características del líder: dar lo que se tiene.- Es importante tratar de desarrollar diferentes talentos, sin dejar de reconocer que no podrá tener todos, pero los que posee desarrollarlos al máximo, las cosas no debe de enfrentarlas por sí solo, tiene que buscar la ayuda de sus colaboradores que tengan las habilidades que se requiera para dicha actividad; rasgos diferenciadores (antes mencionados); disposición para la evaluación interior.- El líder tiene capacidad de autoevaluarse, valorar su talento, sus fortalezas y debilidades para actuar en la forma debida de cada situación, permitir el relevo, encontrar satisfacción sin reconocimiento, lo que permitirá un mejor desarrollo, espacio para la eficacia bienestar y aprendizaje colectivo.³⁶

Donayre, Portocarrero, y Vidal, en estudios de liderazgo concluyen que, el liderazgo organizacional tiene influencia en el desempeño laboral, es decir, mientras se pueda contar con una buena supervisión y liderazgo, no solo a nivel de gerencia general,

³⁵ Reig Pintado, Enrique, Fernández Garrido, Julio y Jauli., Isaac, *Los recursos humanos en las organizaciones orientadas a la eficacia y el aprendizaje*, España: Thomson-Paraninfo, 2003.

³⁶ Reig, Enrique, *Liderazgo Emocionalmente Inteligente*, México: Mc Graw Hill, 2003.

sino en cada una de las áreas, se podrá lograr un buen desempeño, mejorando el clima laboral, fortaleciendo el equipo de trabajo y logrando el compromiso.³⁷

Roca, determinó que si el liderazgo mejora, el desempeño laboral de los trabajadores será eficiente en las áreas de servicios.³⁸

VI. EL LIDERAZGO EN LA ORGANIZACIÓN EDUCATIVA

Debe ser claro por parte del líder educativo transformador, sus conceptos acerca de lo que entiende por didáctica, pedagogía y metodología en educación, conjuntamente con el conocimiento específico de su área y el modelo pedagógico de desarrollo que ha de aplicar en cada una de ellas, teniendo en cuenta las características de sus estudiantes y del entorno en el cual realiza su actividad profesional.

Hacer referencia al modelo, es aquel que construye el maestro a lo largo de su formación docente, de su experiencia, no cualquiera, debe ser una experiencia calificada, es decir, que sea analizada, reflexionada y sistematizada para que conjuntamente con su conocimiento académico y científico, le permita poseer diferentes alternativas didácticas y metodológicas como herramientas a ser consideradas en el proceso de enseñanza y aprendizaje.

Teniendo en cuenta que, *“Las competencias profesionales han demostrado ser relevantes para la mejora sistemática de la calidad de la educación, especialmente, en lo que respecta a la percepción de los profesores que trabajan para generar aprendizajes valiosos, y que, a su vez, están mejorando su propio desarrollo profesional”*.³⁹

De acuerdo, con los tiempos actuales se debe promover en el contexto educativo plantear una interrelación permanente en los procesos de enseñanza y aprendizaje,

³⁷ Donayre Salcedo, J., Portocarrero Aguilar, J., & Vidal Espinoza, D. *Liderazgo organizacional y su influencia en el desempeño laboral para mejorar la productividad del área de logística en la empresa Kopelco* -San Juan de MirafloresLima - enero 2017-2018.

³⁸ Roca Vallejos, Linda Marilyn, *Relación entre Liderazgo y Desempeño Laboral en la Oficina de Logística de la Red de Salud Pacífico Sur, Chimbote* – 2017. Universidad César Vallejo, Administración del Talento Humano, Lima. 2017.

³⁹ Aparicio Molina, Carolina, et. al., *Liderazgo directivo y cambio educativo: Análisis de una experiencia de colaboración Universidad-Escuela*, páginas de Educación, 13(1), Chile, 2020, p. 22.

reflexionar, analizar e implementar los diferentes medios y habilidades con los que cuenta el líder docente transformador, para llevar a buen término sus propósitos académicos, la permanente relación entre el enseñante y el aprendiente y viceversa, debe permitir el crecimiento e incremento de diferentes herramientas y estrategias.

Las competencias didácticas y metodológicas son muy importantes, con las que debe contar el maestro, porque son fundamentales para el desarrollo de sus propuestas, además, el líder docente transformador debe desarrollar los procesos de planear, gestionar, liderar y evaluar en los diferentes momentos y circunstancias, debe tener en cuenta su relación didáctica y metodológica y cómo ha de aplicarse con sus estudiantes, pero sobre todo, estar dispuesto a escucharlos, entenderlos y llegar a niveles de concertación que permitan el aprendizaje, es un líder docente transformador convertido en aprendiz permanente.

Los cada vez más complejos contextos en los que se ejerce el liderazgo escolar y la amplia incidencia que la literatura le atribuye en los resultados de aprendizaje, obliga al diseño de una estrategia de formación directiva que posibilite una trayectoria profesional especializada y sistemática.⁴⁰

Cuando se presentan momentos de dificultad en el ámbito escolar, estos, se convierten en un llamado de atención que permite tener un despertar espiritual para generar un comportamiento diferente y encontrar las respuestas necesarias para tener una razón auténtica, que desde el sentido de vida pedagógico permita seguir hacia adelante, es convertir la dificultad en una oportunidad para mejorar. Otra habilidad necesaria en el líder docente transformador es la capacidad que debe desarrollar para realizar una introspección, una autoevaluación permanente, sobre las capacidades, las actuaciones educativas y personales.⁴¹

⁴⁰ Bush, Tony, *Cultivo del liderazgo educativo: principios fundamentales. Cómo cultivar el liderazgo educativo: Trece miradas*, Editores: José Weinsten y Gonzalo Muñoz. Universidad Diego Portales. Santiago de Chile, 2019, p. 23.

⁴¹ Maureira, Oscar y Rojas, Armando, “Características del liderazgo transformacional en docentes de lenguaje y comunicación en una muestra de establecimientos escolares de vulnerabilidad social”. *Estudios Pedagógicos*, 39(1), 2013, pp. 115–127.

Uno de los factores que influyen en la percepción, son las sensaciones que se tienen, pues son las respuestas inmediatas y directas de los órganos sensoriales que se basan en estímulos, asumiendo que son cualquier unidad de insumo para los sentidos. Ya que la sensación es un cambio de energía bien sea de manera positiva o negativa, sabiendo que un ser humano puede tener un nivel mínimo para experimentar una sensación, llamado umbral absoluto, el cual surge el detectar la diferencia entre algo y nada. Así como también el detectar la diferencia entre dos estímulos similares llamada umbral diferencial de acuerdo a lo dicho por Schiffman.⁴²

Dimensiones del liderazgo organizacional. Para Sáenz las dimensiones son: Liderazgo para resolver con eficacia problemas: La persona que lidera la organización toma en cuenta que para resolver problemas dentro de los equipos de trabajos debe evaluar y seleccionar alternativas de solución considerando todos los aspectos generales que se puedan suscitar dentro del ámbito laboral para que finalmente se tome decisiones eficaces.⁴³

Cada individuo juzga la calidad de un producto o servicio, tomando en cuenta información asociada con los mismos, lo que da lugar a que sea de manera intrínseca o extrínseca, proporcionando la base para las percepciones de la calidad de los mismos, es decir, de un producto o servicio. Las percepciones del usuario y las formas en que asume cada servicio son muy semejantes, aunque se trate de un cliente externo (las personas o negocios que compren bienes y servicios a la organización), o bien de un cliente interno. Los clientes internos son los empleados de una organización quienes, en su trabajo, dependen de otros empleados de la misma organización para proveer internamente bienes y servicios.⁴⁴

El cuarto paso de la escala de las necesidades de motivación establece que las personas desean ser valoradas por lo que hacen, sentirse responsables de su trabajo y

⁴² Schiffman, León, & Lazar Kanuf, Leslie, *Comportamiento del Consumidor*, Madrid: Prentice Hall México, 10 ed., 2001.

⁴³ Sáenz, Maite, Las 4 dimensiones del Liderazgo, 2016, p. 16. Recuperado en: <https://excelencemanagement.wordpress.com/2016/02/24/decodificando-elliderazgo-las-4-dimensiones-que-realmente-importan/> (Consultado el 23 de mayo del 2018)

⁴⁴ Zeithaml, Valerie, & Bitner, Mary Jo, *Marketing de servicios*. México, McGraw-Hill Interamericana, 2002.

ser recompensadas por lo que hacen bien. El trabajador ya se siente motivado al tener un trabajo estable y bien remunerado y sentirse parte de un equipo.⁴⁵

⁴⁵ Organización Internacional del Trabajo, *Mejore su negocio. El recurso humano y la productividad*, Ginebra, OIT, 2016.

VII. REFERENCIAS

- ANDRADE, Horacio, *Comunicación organizacional interna. Proceso, disciplina y técnica*, La Coruña, España: Netbiblo, 2005.
- APARICIO MOLINA, Carolina, Sepúlveda López, F., Valverde Huincatripay, X., Cárdenas Merino, V., Contreras Sanzana, G., y Valenzuela Ravanal, M. Liderazgo directivo y cambio educativo: Análisis de una experiencia de colaboración Universidad-Escuela, *Páginas de Educación*, 13(1), Chile, 2020.
<https://doi.org/10.22235/pe.v13i1.1915>.
- BLAKE, Robert y MOUTON, Jane, *El modelo de cuadro organizacional*, Fondo Educativo Interamericano, Colombia, 1972.
- BORBOA, Q. M. S., “*Prácticas y Estrategias de la Gestión Organizacional*”, Historias de vida/ Ed. Universidad Autónoma de Sinaloa, 2004.
- BRENES ESPINOZA, Fernando, *Evaluación diagnóstica, formativa y sumativa de los aprendizajes. Un enfoque continuo y sistemático de la evaluación para educadores de I y II ciclos*, San José, Editorial EUNED, 2006.
- BUSH, Tony, *Cultivo del liderazgo educativo: principios fundamentales. Cómo cultivar el liderazgo educativo: Trece miradas*, Editores: José Weinsten y Gonzalo Muñoz. Universidad Diego Portales. Santiago de Chile, 2019.
- CACIOPPE, Ron, *Leadership moment by moment!, Leadership & Organization Development Journal* 18 (7), 1997.
- CALDERÓN CÓRDOVA, Hugo, *Manual para la Administración del Proceso de Capacitación*. México: Ed Diamante, 1990.
- CARNICERO DUQUE, Paulino, *La comunicación y la gestión de la información en la institución educativa*, Madrid, España: WK Educación, 2005.

- CARRASCO DÍAZ, Sergio, *Metodología de la investigación científica. Pautas metodológicas para diseñar y elaborar el proyecto de investigación*. Perú: Editorial San Marcos, 2019.
- CIFUENTES LLANO, Carlos, *El nuevo empresario en México*. México: Editorial Fondo de Cultura Económica, 1994.
- DAFT, Richard L., *Teoría y Diseño Organizacional*, Novena Ed., México: Thomson editores, 2007.
- , *Teoría y diseño organizacional*, Octava edición, México: Thomson editores. México, 2002.
- DAVIS, Keith y NEWSTROM, Jhon W., *Comportamiento humano en el trabajo*. México: Mc Graw Hill, 1991.
- DONAYRE SALCEDO, J., PORTOCARRERO AGUILAR, J., & VIDAL ESPINOZA, D. Liderazgo organizacional y su influencia en el desempeño laboral para mejorar la productividad del área de logística en la empresa Kopelco -San Juan de MirafloresLima - enero 2017-2018. Tesis de grado, universidad peruana de las américas, escuela de administración y gestión de empresas, 2018.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Luis, *Liderazgo organizacional. Universidad Nacional de Educación a Distancia*, España, 2018.
- FERNÁNDEZ AGUADO, Javier, *Fundamentos de la Organización de Empresas*. (1ra. Ed.). Madrid España: Narcea, 2006.
- HERBERT, G. Hicks, “*Administración de Organizaciones*”, México, McGraw-Hill, 1972.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos & BAPTISTA LUCIO, Pilar, *Metodología de la Investigación*, España, McGraw-Hill, 2014.

HERNÁNDEZ-JIMÉNEZ, Daniel, Educación: una visión desde las dimensiones del ser humano y la vida, *Revista Acta Académica*, 2015.

HERRERÍAS, Armando, *Fundamentos para el estudio de la historia económica*, Ed. Limusa. 1991.

HORNER, Melissa, Leadership theory: past, present and future. *Team Performance Management.*, 1997, Vol. 4. No 4.

HUGHES, G. David, *Mercadotecnia. Planeación Estratégica*. México: Adison-Wesley Iberoamericana, 1986.

LACASA y Blay, Antonio, *Gestión de la Comunicación Empresarial*, Barcelona, España: Ediciones Gestión 2000, 2004.

MATEUS CAMARGO, Juan Sebastián, *La influencia de los estilos de liderazgo en la productividad de las organizaciones*. Colombia: UMNG, 2019.

MAUREIRA, Oscar y ROJAS, Armando, Características del liderazgo transformacional en docentes de lenguaje y comunicación en una muestra de establecimientos escolares de vulnerabilidad social. *Estudios Pedagógicos*, 39(1), 2013. <https://doi.org/10.4067/S0718-07052013000100007>.

MUNCH, Galindo Lourdes, *Más allá de la excelencia y de la calidad total*, Segunda edición, editorial trillas. México, 1998.

Organización Internacional del Trabajo, *Mejore su negocio. El recurso humano y la productividad*, Ginebra, OIT, 2016.

PINILLOS, Andreu, *Comunicación interna, un paseo por el tiempo*, 1996.

REIG PINTADO, Enrique, FERNÁNDEZ GARRIDO, Julio y JAULI, Isaac, *Los recursos humanos en las organizaciones orientadas a la eficacia y el aprendizaje*. España: Thomson-Paraninfo, 2003.

REIG, Enrique, *Liderazgo Emocionalmente Inteligente*, México: Mc Graw Hill, 2003.

ROCA Vallejos, Linda Marilyn, *Relación entre Liderazgo y Desempeño Laboral en la Oficina de Logística de la Red de Salud Pacífico Sur, Chimbote – 2017*. Universidad César Vallejo, Administración del Talento Humano, Lima, 2017.

SÁENZ, Maite, *Las 4 dimensiones del Liderazgo*, 2016.

SCHIFFMAN, León, & LAZAR KANUF, Leslie, *COMPORTAMIENTO DEL CONSUMIDOR*, Madrid: Prentice Hall México, 10 ed., 2001.

SMITH, Adam, *La riqueza de las naciones*, ed. Aguilar, Madrid 1961, 1776.

WATTS S. Humphrey, *Dirección para la innovación. Liderazgo de los profesionales técnicos*. Madrid: Ediciones Díaz de Santos, 1989.

ZEITHAML, Valerie, & BITNER, Mary Jo, *Marketing de servicios*, México: McGraw-Hill Interamericana, 2002.

TRANSPARENCIA OBLIGATORIA: LA DECLARACIÓN 3 DE 3 COMO MECANISMO DE COMBATE A LA CORRUPCIÓN EN MÉXICO

Ángel de Jesús Sánchez Garay*

SUMARIO: I. Introducción. II. Aspectos fundamentales del servidor público y la función pública. III. La obligación de los servidores públicos de presentar su declaración de situación patrimonial y de intereses. IV. Sanciones aplicables por incumplir con la presentación de la declaración patrimonial y de intereses. V. La constancia de presentación de la declaración anual del impuesto sobre la renta. VI. Discrepancia fiscal. VII. Conclusiones. VIII. Fuentes consultadas.

RESUMEN: Con el nuevo Sistema Nacional Anticorrupción se ha materializado constitucionalmente la obligación para todos los servidores públicos de presentar su declaración patrimonial, intereses y del impuesto sobre la renta, ante las secretarías o los órganos internos de control, en los medios electrónicos que para tales efectos estén autorizados. En caso del incumplimiento de presentar dichas declaraciones o que omitan datos de bienes o derechos, así como de deudas u obligaciones, pueden incurrir en sanciones administrativas, penales y algunos procedimientos que se pueden derivar de dicha conducta como la extinción de dominio y la discrepancia fiscal.

* Licenciado en Contaduría Pública, Licenciado en Derecho, Estudiante de la Maestría en Ciencias del Derecho en la Unidad de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho Culiacán de la Universidad Autónoma de Sinaloa, reconocida por CONACYT. Correo: lcp.angelgaray@gmail.com.

PALABRAS CLAVE: Transparencia, Rendición de cuentas, Servidor público, Declaración patrimonial, Declaración de intereses.

ABSTRACT: With the new National Anticorruption System, the obligation for all public servants to file their asset, interest and income tax declarations with the secretariats or internal control bodies, in the electronic media authorized for such purposes, has been constitutionally materialized. In case of failure to file such declarations or omitting data on assets or rights, as well as debts or obligations, they may incur in administrative and criminal penalties and some procedures that may arise from such conduct, such as forfeiture of ownership and tax discrepancy.

KEYWORDS: Transparency, Accountability, Public servant, Asset declaration, Declaration of interests.

I. INTRODUCCIÓN

Ante los escándalos de corruptela ventilados en el México contemporáneo, donde servidores públicos por medio de redes de influencias y el ejercicio del poder, realizaban una serie de conductas ilícitas que les permitían obtener beneficios para sí o para terceros, tales como: el saqueo de capitales de las haciendas públicas por medio de operaciones simuladas, asignación directa de obras sin licitación alguna, entre otros esquemas de saqueo y triangulación de recursos. Esto daba lugar a la acumulación incesante de fortunas y capitales inexplicables, que no estaban acordes con el nivel de ingresos que un servidor público podía tener.

Ante la indignación y descontento de la ciudadanía, organizaciones de la sociedad civil se agruparon para presentar la iniciativa ciudadana llamada “3 de 3”. Este instrumento contiene tres declaraciones que todo servidor público debe presentar durante el desempeño de sus funciones, como la declaración patrimonial, la declaración de conflicto de intereses y la presentación del acuse de la declaración anual del

impuesto sobre la renta, todo ello con la finalidad de que se transparente el patrimonio de los servidores públicos y que puedan ser vigilados por la propia ciudadanía. Esta iniciativa fue el origen de la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

II. ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL SERVIDOR PÚBLICO Y LA FUNCIÓN PÚBLICA

Uno de los fines del Estado es satisfacer las necesidades colectivas, lo que se logra a través de la “*función encaminada a regular la actividad concreta y tutelar del Estado*”¹ – función administrativa–, misma que se materializa con la creación de entes e instituciones con funciones y atribuciones específicas, las cuales son encomendadas a determinados individuos denominados servidores públicos como parte del ejercicio de la función pública.

¿Qué es un servidor público? conforme al artículo 108, párrafo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al artículo 3, fracción XXV de la Ley General de Responsabilidades Administrativas (LGRA) y al artículo 3, fracción X de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción (LGSNA):

Se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial de la Federación, los funcionarios y empleados y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el Congreso de la Unión o en la Administración Pública Federal, así como a los servidores públicos de los organismos a los que esta Constitución otorgue autonomía, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.

Y, en ese sentido, toda aquella persona que se desempeñe en algún puesto de la administración pública será considerada como servidor público.

¹ Arriaga Escobedo, Raúl Manuel, *Manual de Derecho Administrativo I*, Segunda edición, Estado de México, Editorial Porrúa, 2016, p. 18.

Con base en esta concepción, se deducen ciertos principios que todo servidor público debe de observar en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, de acuerdo con el artículo 7 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas; dichos principios son: disciplina, legalidad, objetividad, profesionalismo, honradez, lealtad, imparcialidad, integridad, rendición de cuentas, eficacia y eficiencia que rigen el servicio público.

Estos principios influyen en el correcto desempeño en la administración de la cosa pública, para que *“su actividad esté siempre acorde con la orientación y la función de la Administración, alcanzando el bien público a través de su organización específica, cumpliendo las funciones asignadas a su unidad de trabajo que de alguna manera se integran en esa orientación general hacia el bien común”*.²

III. LA OBLIGACIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS DE PRESENTAR SU DECLARACIÓN DE SITUACIÓN PATRIMONIAL Y DE INTERESES

Ante las desoladoras conductas cometidas en contra del correcto funcionamiento del buen servicio público, tales como saqueo de recursos de las dependencias de gobierno, cohecho, peculado, desvíos de recursos, enriquecimiento ilícito, actuación bajo conflicto de interés, entre otras, han obtenido beneficios económicos ilícitos, que los servidores públicos encubren mediante diversas alternativas, como la inversión en bienes patrimoniales, que les permiten el “lavado” de dinero a efecto de darle un origen lícito.

Lo expuesto, trae como consecuencia que los bienes que los servidores públicos tienen a su nombre o de sus cónyuges, concubinas o concubinarios, dependientes económicos directos, entre otros, no estén acordes con el nivel de ingresos que perciben por el ejercicio de sus funciones, lo que da como resultado un incremento patrimonial sin justificación legal alguna, lo que constituye un problema por no contar

² Villoria Mendieta, Manuel e Izquierdo Sánchez, Agustín, *Ética Pública y buen Gobierno*, Madrid, Editorial Tecnos, 2016, pp. 166-167.

con las fuentes lícitas para aclarar el origen de esos recursos y, por ende, de las adquisiciones realizadas. De ahí que *“los instrumentos de rendición de cuentas tengan como finalidad básica la publicidad de los movimientos económicos, de intereses y fiscales que realicen los servidores públicos obligados a través de una plataforma digital”*.³

Por tales razones, los servidores públicos se han resistido a controles judiciales, patrimoniales y sociales que pudieran exhibir el signo externo de la riqueza:

Una larga lista de presidentes, primeros ministros, legisladores y personal judicial del más alto nivel han sido sujetos a acusaciones parecidas en todo el orbe en los últimos años. En un escenario ideal en países con sistemas judiciales relativamente efectivos y una sociedad civil vigilante, estas detenciones detonarían investigaciones patrimoniales y decomisos importantes que involucrarían a empresas y a otros políticos, son muchas veces vinculados con redes criminales transnacionales. Sin embargo, estas investigaciones patrimoniales y decomisos brillan por su ausencia en naciones con instituciones judiciales y administrativas menos desarrolladas o sujetas a controles discrecionales, así como una sociedad civil pasiva, paternalista y acostumbrada al autoritarismo de un partido único de Estado, tal como México o Rusia.⁴

Una de las novedades implementadas con la normativa anticorrupción para los servidores públicos de todos los niveles de gobierno, incluyendo aquellos a los que la Constitución les otorga autonomía, es la de presentar bajo protesta de decir verdad su declaración patrimonial y de conflicto de intereses, conforme a lo prescrito en el artículo 108 último párrafo de nuestra Carta Magna y los artículos 32 y 46 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

³ Padilla Sanabria, Lizbeth Xóchitl, *Manual Operativo del procedimiento administrativo de responsabilidad en el Sistema Nacional Anticorrupción*, Ciudad de México, Flores Editor y Distribuidor SA de CV, 2018, p. 27.

⁴ Buscaglia, Eduardo, *Lavado de Dinero y corrupción política*, México DF, Editorial Penguin Random House Grupo editorial, 2015, pp. 22-23.

En ese orden de ideas, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), al resolver el amparo en revisión 294/2018, el 4 de julio de 2018, resolvió que en términos del artículo 108 de la Constitución federal, todo servidor público tiene la obligación de presentar declaración de situación patrimonial y de intereses conforme a la tesis aislada de registro número 2017886, “Declaraciones de Situación Patrimonial y de Intereses”, donde se expresa que: *“Todos los servidores públicos, por mandato constitucional, están obligados a presentarlas (Constitucionalidad de los artículos 32 y 46 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas)”*.⁵

De la tesis aislada citada se infiere que la presentación de la declaración patrimonial y de intereses es obligatoria para los servidores públicos a los que hace referencia el artículo 108 párrafo primero de nuestra carta constitucional. Por otra parte, en el artículo 32 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas se prevé la obligación de presentar la declaración patrimonial bajo protesta de decir verdad ante las secretarías u órganos internos de control.

¿Cómo y cuándo se presenta la declaración de situación patrimonial y de intereses?

Para dar cumplimiento a la obligación de presentar las declaraciones antes referidas, el declarante deberá observar lo siguiente:

El servidor público presentará la declaración patrimonial inicial si ingresara por primera vez al servicio público o reingresara, misma que se cumplirá dentro de los sesenta días naturales siguientes a la posesión del empleo, cargo o comisión, además presentará en el mes de mayo de cada año la declaración de modificación patrimonial y la declaración de conclusión del cargo dentro de los setena días naturales siguientes a la conclusión del mismo.⁶

⁵ Cfr. Con la Tesis 2a. LXXXIX/2018 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Décima Época, t. I, septiembre de 2018, p. 1213.

⁶ Artículo 33 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 18 de junio de 2016.

Es de gran importancia que el servidor público, considere que en la declaración inicial y de conclusión del encargo, se manifestarán los bienes inmuebles que posee, con la fecha y valor de adquisición, mientras que en las declaraciones de modificación patrimonial se manifestarán sólo las modificaciones al patrimonio, con fecha y valor de adquisición, indicándose el medio por el que se hizo la adquisición.

Por otra parte, la declaración de intereses se refiere a la obligación del servidor público de informar la posible afectación del desempeño imparcial y objetivo de las funciones de los servidores públicos en razón de intereses personales, familiares o de negocios; conforme a lo previsto en el artículo 3, fracción VI de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, *“el funcionario está impedido para realizar cualquier tipo de contratación pública con algún particular con el que pudiera tener una relación de amistad, trabajo o familiar; tampoco podrá contratar a persona alguna bajo las circunstancias anteriores”*.⁷ Esta declaración tendrá por objeto informar y determinar el conjunto de intereses de un servidor público a fin de delimitar cuándo éstos entran en conflicto con su función.

El declarante deberá de cumplir con esta obligación en los mismos términos y condiciones que la declaración de situación patrimonial.

IV. SANCIONES APLICABLES POR INCUMPLIR CON LA PRESENTACIÓN DE LA DECLARACIÓN PATRIMONIAL Y DE INTERESES

La omisión del cumplimiento o la falsedad de la información que se aporte en la declaración patrimonial o la de conflicto de intereses pueden ser constitutivas de infracciones a la norma jurídica, por lo que resulta *“importante precisar que una conducta violatoria de un mandato legal de contenido administrativo puede dar lugar a*

⁷ El Vigía. El conflicto de intereses como instrumento de combate a la corrupción, Disponible en: <https://www.elvigia.net/columnas/2019/2/23/el-conflicto-de-intereses-como-instrumento-de-combate-la-corrupcion-322592.html>, consultado el 14 de septiembre del 2024 a la 8:21 pm

una infracción o a un delito, o a ambos ilícitos, dependiendo de las características de la violación y su trascendencia en el mundo jurídico”.⁸

El nuevo modelo de responsabilidades administrativas es aplicable para servidores públicos o particulares, y clasifica a las faltas administrativas en: faltas administrativas no graves y faltas administrativas graves de los servidores públicos, actos de particulares vinculados con faltas administrativas graves y faltas de particulares en situación especial.

El no presentar la declaración patrimonial y de conflicto de intereses es constitutiva de una falta administrativa no grave, conforme al artículo 49, fracción IV, de la Ley General de Responsabilidades Administrativas:

Artículo 49, fracción IV. (...) Incurrirá en falta administrativa no grave el servidor público cuyos actos u omisiones incumplan o transgredan lo contenido en las obligaciones siguientes:

V. Presentar en tiempo y forma las declaraciones de situación patrimonial y de intereses, en los términos establecidos por esta Ley.

En caso de que el servidor público incumpla con la obligación de presentar su declaración patrimonial y de conflicto de intereses, la secretaría o el órgano de interno de control impondrá sanciones administrativas al servidor público por dicho incumplimiento, conforme al artículo 75 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas; dichas sanciones pueden consistir en: amonestación pública o privada, suspensión del empleo, cargo o comisión; destitución de su empleo, cargo o comisión; así como la inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público y para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas.

⁸ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, *El sistema de Responsabilidades Administrativas de los Servidores públicos*, sexta edición, México D.F., Editorial Porrúa, 2011, p. 94.

Además, el servidor público también incurre en enriquecimiento oculto u ocultamiento de conflicto, considerado como una falta administrativa de carácter grave conforme al artículo 60 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas:

Artículo 60. Incurrirá en enriquecimiento oculto u ocultamiento de conflicto de Interés el servidor público que falte a la veracidad en la presentación de las declaraciones de situación patrimonial o de intereses, que tenga como fin ocultar, respectivamente, el incremento en su patrimonio o el uso y disfrute de bienes o servicios que no sea explicable o justificable, o un conflicto de interés.

En ese sentido, el servidor público también puede ser sancionado por faltas administrativas de carácter grave, mismas que serán impuestas por el Tribunal de Justicia Administrativa y pueden ser: suspensión del empleo, cargo o comisión; destitución del empleo, cargo o comisión; sanción económica, así como la inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público y para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas, según el artículo 78 de la LGRA.

La falta administrativa de enriquecimiento oculto u ocultamiento de conflicto de interés tiene su homólogo jurídico -delito-, denominado enriquecimiento ilícito, en los delitos cometidos por corrupción, contenidos en el artículo 224 del Código Penal Federal.

Artículo 224. Se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito. Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño.

Por lo que, ante alguno de estos casos, la secretaría o el órgano interno de control, inmediatamente deberán de avisar a la Fiscalía Especializada en el Combate a la Corrupción para que se integre la carpeta correspondiente.

Ante las alteraciones patrimoniales injustificadas del servidor público, se presumirá que se ha enriquecido de manera ilícita, por lo que se le puede iniciar un procedimiento de extinción de dominio conforme al artículo 22 de la Constitución:

Artículo 22. La acción de extinción de dominio se ejercitará por el Ministerio Público a través de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza civil y autónomo del penal. Las autoridades competentes de los distintos órdenes de gobierno le prestarán auxilio en el cumplimiento de esta función. La ley establecerá los mecanismos para que las autoridades administren los bienes sujetos al proceso de extinción de dominio, incluidos sus productos, rendimientos, frutos y accesorios, para que la autoridad lleve a cabo su disposición, uso, usufructo, enajenación y monetización, atendiendo al interés público, y defina con criterios de oportunidad el destino y, en su caso, la destrucción de los mismos.

Será procedente sobre bienes de carácter patrimonial cuya legítima procedencia no pueda acreditarse y se encuentren relacionados con las investigaciones derivadas de hechos de corrupción, encubrimiento, delitos cometidos por servidores públicos, delincuencia organizada, robo de vehículos, recursos de procedencia ilícita, delitos contra la salud, secuestro, extorsión, trata de personas y delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos y petroquímicos.

Como puede observarse, la extinción de dominio es la pérdida de los derechos que tiene el servidor público sobre aquellos bienes que se incrementaron de manera desproporcionada con su nivel de ingresos y no pudiese demostrar su legítima procedencia.

En el artículo 7 de la Ley Nacional de Extinción de Dominio establece cuales son los bienes a los que se puede aplicar dicha figura:

Artículo 7. La acción de extinción de dominio procederá sobre aquellos bienes de carácter patrimonial cuya legítima procedencia no pueda acreditarse, en

particular, bienes que sean instrumento, objeto o producto de los hechos ilícitos, sin perjuicio del lugar de su realización, tales como:

- I. Bienes que provengan de la transformación o conversión, parcial o total, física o jurídica del producto, instrumentos u objeto material de hechos ilícitos a que se refiere el párrafo cuarto del artículo 22 de la Constitución;
- II. Bienes [de procedencia lícita] utilizados para ocultar otros bienes de origen ilícito, o mezclados material o jurídicamente con bienes de ilícita procedencia;
- III. Bienes respecto de los cuales el titular del bien no acredite la procedencia lícita de éstos;
- IV. Bienes utilizados para la comisión de hechos ilícitos por un tercero y,
- V. Bienes que constituyan ingresos, rentas, productos, rendimientos, frutos, accesorios, ganancias y otros beneficios derivados de los bienes a que se refieren las fracciones anteriores.

En este tenor, como señala Padilla Sanabria, *“es importante señalar que no solo se podrán extinguir bienes de procedencia ilícita o aquellos sobre los que no se pudiera demostrar el origen lícito de los mismos, sino, aquellos ilícitos que, incluso, el fiscal no pudiera identificarlos”*.⁹

V. LA CONSTANCIA DE PRESENTACIÓN DE LA DECLARACIÓN ANUAL DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Los pagos que reciben los servidores públicos por el ejercicio de sus funciones en la administración pública son considerados como ingresos por salarios y en general por la

⁹ Padilla Sanabria, Lizbeth Xóchitl, *Tópicos Jurídicos de combate a la corrupción*, Ciudad de México, Flores editor y Distribuidor SA de CV, 2020, p. 117.

prestación de un servicio personal subordinado, conforme al capítulo I del título IV de la Ley Impuesto sobre la Renta.

Por lo que dichas remuneraciones son asimilables a sueldos y salarios, conforme a la fracción I del artículo 94 del citado ordenamiento:

Artículo 94. Se consideran ingresos por la prestación de un servicio personal subordinado, los salarios y demás prestaciones que deriven de una relación laboral, incluyendo la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas y las prestaciones percibidas como consecuencia de la terminación de la relación laboral. Para los efectos de este impuesto, se asimilan a estos ingresos los siguientes:

I. Las remuneraciones y demás prestaciones, obtenidas por los funcionarios y trabajadores de la Federación, de las entidades federativas y de los municipios, aun cuando sean por concepto de gastos no sujetos a comprobación, así como los obtenidos por los miembros de las fuerzas armadas.

En ese sentido, esas percepciones son sujetas a un gravamen tributario y a una retención del impuesto sobre la renta por sueldos y salarios, por lo que dicha retención podrá acreditarse contra el impuesto anual del ejercicio.

Al existir la obligación del pago del impuesto, se derivan otra serie de obligaciones que deben de cumplir los funcionarios públicos por la obtención de esos ingresos. Una de ellas es la de presentar su declaración anual, en la cual el servidor público declarará el total de ingresos que recibe del ente público y así cumplir cabalmente con sus obligaciones tributarias, según lo establecido por el artículo 98, fracción III, inciso e) de la Ley del Impuesto sobre la Renta:

Artículo 98. Los contribuyentes que obtengan ingresos de los señalados en este capítulo, además de efectuar los pagos de este impuesto, tendrán las siguientes obligaciones:

III. Presentar declaración anual en los siguientes casos:

e) Cuando obtengan ingresos anuales por los conceptos a que se refiere este capítulo que excedan de \$400,000.00.

Como puede observarse, la obligación de presentar la declaración anual del ejercicio es en el supuesto de que sus ingresos excedan de \$400,000.00 m/n, en caso de no rebasar dicho monto, no estarán obligados de presentar su declaración ante el portal del Servicio de Administración Tributaria.

En ese sentido, se ha emitido por medio de reglas de carácter general una disposición que releva a los contribuyentes la obligación de no presentar la declaración anual del ejercicio sin que dicho incumplimiento no se considere una infracción tributaria contenida en la resolución miscelánea fiscal para el ejercicio 2024 en la regla 3.17.11 fracción I:

3.17.11. Para los efectos de los artículos 81, fracción I del CFF, 98, fracción III, incisos a) y e), 136, fracción II y 150, primer párrafo de la Ley del ISR, los contribuyentes personas físicas no estarán obligados a presentar su declaración anual del ISR del ejercicio 2023, sin que tal situación se considere infracción a las disposiciones fiscales, siempre que en dicho ejercicio fiscal se ubiquen en los siguientes supuestos:

I. Hayan obtenido ingresos exclusivamente por salarios y en general por la prestación de un servicio personal subordinado de un solo empleador, siempre que no exista ISR a cargo del contribuyente en la declaración anual.

En materia de responsabilidades administrativas, los servidores públicos están obligados a entregar la constancia de presentación de la declaración anual del ejercicio de que se trate ante las secretarías o los órganos internos de control, conforme lo establece la Ley General de Responsabilidades Administrativas en su artículo 32.

VI. DISCREPANCIA FISCAL

En el supuesto de que el servidor público tenga un crecimiento desproporcionado de su patrimonio, sería un problema tributario ya que no contaría con las fuentes lícitas para aclarar el origen de esos recursos y por ende las erogaciones realizadas, por lo que se podría presumir que son ingresos omitidos, por los cuales no ha pagado el impuesto sobre la renta ya que gasta más de lo que percibe, por lo que puede ser sujeto a un procedimiento de discrepancia fiscal.

La Ley del Impuesto Sobre la Renta –artículo 91– establece el procedimiento de discrepancia fiscal al que pueden ser sometidos los servidores públicos:

Las personas físicas podrán ser objeto del procedimiento de discrepancia fiscal cuando se compruebe que el monto de las erogaciones en un año de calendario sea superior a los ingresos declarados por el contribuyente, o bien a los que le hubiere correspondido declarar.

Para tal efecto, también se considerarán erogaciones efectuadas por cualquier persona física, las consistentes en gastos, adquisiciones de bienes y depósitos en cuentas bancarias, en inversiones financieras o tarjetas de crédito.¹⁰

De esta suerte, el servidor público realiza distintas erogaciones, que son direccionadas a diferentes pagos o inversiones, tales como compra de automóviles, depósitos en cuentas bancarias, inversión en acciones de negocios, adquisición de inmuebles, pago de tarjetas de crédito, créditos bancarios y/o hipotecarios.

Dicha discrepancia puede ser sancionada con las mismas penas que el delito de defraudación fiscal, conforme al artículo 109, fracción I del Código Fiscal de la Federación:

¹⁰ Cámara de Diputados, Ley de Impuesto sobre la Renta, 2013. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LISR.pdf>, consultado el 24 de agosto de 2024 a las 12:14 pm

Artículo 109. Será sancionado con las mismas penas del delito de defraudación fiscal, quien:

I. Consigne en las declaraciones que presente para los efectos fiscales, deducciones falsas o ingresos acumulables menores a los realmente obtenidos o valor de actos o actividades menores a los realmente obtenidos o realizados o determinados conforme a las leyes. En la misma forma será sancionada aquella persona física que perciba ingresos acumulables, cuando realice en un ejercicio fiscal erogaciones superiores a los ingresos declarados en el propio ejercicio y no compruebe a la autoridad fiscal el origen de la discrepancia en los plazos y conforme al procedimiento establecido en la Ley del Impuesto sobre la Renta.

En ese orden de ideas, si un servidor público adquiere bienes que no están acordes con su nivel de ingresos se podría ver involucrado en un procedimiento de discrepancia fiscal y sancionado en correspondencia con el artículo 109, fracción I, del Código Fiscal de la Federación, así como con las disposiciones normativas de la Ley General de Responsabilidades Administrativas por omitir la existencia de dichos bienes en su declaración patrimonial.

En resumen, ese dinero que no se declaró, pero que se gastó o se invirtió en cualquiera de las formas antes señaladas, genera información que llega a la autoridad de manera automatizada -alguna en tiempo real y sin necesidad de hacer una visita domiciliaria-, por lo que electrónicamente se puede determinar la discrepancia fiscal evidenciándose que la suma de las erogaciones es superior al total de los ingresos.¹¹

VII. CONCLUSIONES

Los servidores públicos deben ejercer sus funciones en beneficio del bien común, de ahí que cuando esto no ocurre se presume que han incurrido en un acto de corrupción,

¹¹ Santos, Rayas, Luis Alfonso, *La discrepancia fiscal en las personas físicas*, México, editorial Thomson Reuters, 2018, p. 53.

traicionando la confianza depositada en ellos y el compromiso asumido de servicio a la sociedad durante la ejecución de sus mandatos.

Los mecanismos legales de control y transparencia de la gestión de los servidores públicos devienen herramientas de suma importancia para prevenir la corrupción y lograr la realización de la finalidad de la gestión del gobierno en cada mandato.

Muchos de los mecanismos descritos tienen la función de prevenir antes que sancionar, por lo que su implementación incorrecta o negligente puede estimular el fenómeno que se combate, obteniéndose un resultado contrario a la finalidad perseguida con su aplicación.

En el trasfondo de la legislación descrita subyace la intención de evidenciar la existencia o no de coherencia entre el estilo y modo de vida del servidor público y los ingresos que percibe por la gestión que realiza, lo que es de suma importancia no sólo por sus consecuencias jurídicas sino también por el trasfondo ético, porque pone de manifiesto la presencia o no de integridad moral del servidor público, que es un requisito necesario para su buena gestión.

VIII. FUENTES CONSULTADAS

Bibliografía

ARRIAGA ESCOBEDO, Raúl Manuel, *Manual de Derecho Administrativo I*, Segunda edición, Estado de México, Editorial Porrúa, 2016.

BUSCAGLIA, Eduardo, *Lavado de Dinero y corrupción política*, México DF, Editorial Penguin Random House Grupo editorial, 2015.

DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto, *El sistema de Responsabilidades Administrativas de los Servidores públicos*, sexta edición, México D.F., Editorial Porrúa, 2011.

PADILLA SANABRIA, Lizbeth Xóchitl, *Manual Operativo del procedimiento administrativo de responsabilidad en el Sistema Nacional Anticorrupción*, Ciudad de México, Flores Editor y Distribuidor SA de CV, 2018.

_____, *Tópicos Jurídicos de combate a la corrupción*, Ciudad de México, Flores editor y Distribuidor SA de CV, 2020.

SANTOS, RAYAS, Luis Alfonso, *La Discrepancia Fiscal en las personas físicas*, México, editorial Thomson Reuters, 2018.

VILLORIA MENDIETA, Manuel e IZQUIERDO SÁNCHEZ, Agustín, *Ética Pública y buen Gobierno*, Madrid, Editorial Tecnos, 2016.

Legislación

Código Fiscal de la Federación.

Código Penal Federal.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley General de Responsabilidades Administrativas.

Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción.

Ley Nacional de Extinción de Dominio.

Resolución Miscelánea Fiscal para el Ejercicio 2022.

Páginas electrónicas

Cámara de Diputados.

El Vigía.

Tesis SCJN

Tesis 2a. LXXXIX/2018 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Décima Época, t. I, septiembre de 2018.

EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD COMO DERECHO HUMANO EN MÉXICO

Francisco Álvarez Valdez*

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes. III. Clasificación. IV Identidad sexual y de género. V. Estado civil. VI. Actividades recreativas y lúdicas. VII. Apariencia externa frente a las demás personas. VIII. Conclusiones. IX. Fuentes consultadas.

RESUMEN: El libre desarrollo de la personalidad es un derecho autónomo que deriva del marco de libertades fundamentales, al proteger esencialmente a toda persona a dirigir su plan de vida, este derecho tiene una existencia relativamente corta en el sistema jurídico mexicano, además de que no existe directamente un reconocimiento de esta libertad en la Constitución Mexicana, se ha reconocido mediante la interpretación del derecho a la dignidad humana contenido en su artículo 1º, por lo tanto, ha emanado de diversos criterios jurisprudenciales y aislados originados en sentencias pronunciadas por la Suprema Corte en casos emblemáticos sobre derechos íntimamente relacionados y que doctrinalmente se han clasificado como libertad de identidad sexual y de género, de estado civil, de realizar actividades recreativas y lúdicas, y de apariencia externa frente a las demás personas.

* Doctor en Ciencias del Derecho en el área constitucional (PNPC CONAHCYT), Profesor Investigador de la Unidad de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho Culiacán de la Universidad Autónoma de Sinaloa, miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Correo: licfranciscoalvarez@hotmail.com

PALABRAS CLAVE: Libre desarrollo, Identidad sexual, De género, Actividades recreativas y lúdicas.

ABSTRACT: The free development of the personality is an autonomous right that derives from the framework of fundamental freedoms, by essentially protecting every person to direct his or her life plan, this right has a relatively short existence in the Mexican legal system, in addition to the fact that there is no direct recognition of this freedom in the Mexican Constitution. Has been recognized through the interpretation of the right to human dignity contained in Article 1, therefore, it has emanated from various jurisprudential and isolated criteria originating in judgments pronounced by the Supreme Court in emblematic cases on closely related rights and that doctrinally have been classified as freedom of sexual and gender identity, of marital status, of carrying out recreational and recreational activities, and of external appearance in front of other people.

KEYWORDS: Free development, Sexual and gender identity, Recreational and leisure activities.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Mexicana en su artículo 1, otorga una amplia protección a la autonomía de las personas, al garantizar el goce de derechos que son indispensables para la elección y materialización de los planes de vida que las personas se proponen, así, en términos generales, este derecho fundamental tiene la función de proteger esas atribuciones contra medidas estatales o actuaciones de terceras personas que puedan afectar la autonomía personal que son necesarios para su consecución.

El libre desarrollo de la personalidad es la realización de un proyecto de vida que tiene para sí el ser humano, como ente autónomo, por lo que este derecho es el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiera dirigir su plan de vida, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se

ha fijado; es decir, es la persona quien decide el sentido de su propia existencia, de acuerdo a sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera y que, por supuesto, como todo derecho, no es absoluto, pues encuentra sus límites en los derechos de terceros y en el propio orden público.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia ha resuelto casos emblemáticos en relación al libre desarrollo de la personalidad, mismos que se pueden clasificar de identidad sexual y de género, al derecho a la privacidad, al reconocimiento de la identidad de género; de estado civil que consiste en el derecho de contraer matrimonio o concubinato, el derecho de disolverlo; de realizar actividades recreativas y lúdicas, y de apariencia externa frente a las demás personas, como la libertad a portar tatuajes, entre otros.

El presente trabajo abordará el derecho al libre desarrollo de la personalidad partiendo desde la concepción, progreso internacional y desarrollo en México mediante sentencias emitidas por los Tribunales de la Federación, en los temas de identidad sexual y de género, estado civil, actividades recreativas y lúdicas, y apariencia externa de las personas, estableciendo diversos criterios jurisprudenciales, los cuales le dan verdadero sentido a este derecho fundamental.

II. ANTECEDENTES

El libre desarrollo de la personalidad como derecho humano fue concebido en un primer momento “en Alemania donde se acuña en el derecho constitucional comparado este concepto, concretamente como derecho fundamental autónomo. Específicamente está en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania del 23 de mayo de 1949, en su artículo 2.1 establece: *“Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otra ni atente contra el orden*

constitucional o la ley moral".¹ Su primera aplicación se dio ocho años después de la promulgación, mediante su definición y desarrollo jurisprudencial como libertad general de acción en el ámbito intangible de las libertades humanas.

En Latinoamérica se encontró un segundo antecedente de esta libertad en la Constitución de Colombia de 1991, estableciendo al respecto en el artículo 16: "*Todas las personas tienen el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que las que imponen el derecho de los demás y el orden jurídico*".² Se consagra en esta Constitución al libre desarrollo de la personalidad como un derecho fundamental sin más limitación que los derechos de terceros y aquellas que se desprendan del orden jurídico.

El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad en México no se encuentra específicamente establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no obstante, se relaciona de forma directa con el derecho a la dignidad humana, previsto en el artículo 1º constitucional y en los tratados internacionales en materia de derechos humanos. En tanto, la dignidad como derecho:

Constituye, junto a la vida, el valor más importante en un Estado constitucional, y se traduce en la libertad que todo ser humano tiene de ser "uno mismo". Es decir, que ni el Estado ni los órganos que lo componen ni persona alguna pueden tener injerencia en la espiritualidad e individualidad de la mujer y el hombre.³

Al respecto, en el amparo directo 6/2008, la Suprema Corte sostuvo por primera vez la base de su contenido normativo, en el sentido de que "*el individuo, sea quien sea, tiene derecho a elegir en forma libre y autónoma, su proyecto de vida, la manera en que*

¹ Libre desarrollo de la personalidad en el ámbito de los derechos humanos, Instituto de Estudios Legislativos, Diputados Locales, Estado de México, [http://www.inesle.gob.mx/ Investigaciones/ 2014/3-14%20Libre%20Desarrollo%20de%20la%20Personalidad%20en%20el%20Ambito%20de%20los%20Derechos%20Humanos.pdf](http://www.inesle.gob.mx/Investigaciones/2014/3-14%20Libre%20Desarrollo%20de%20la%20Personalidad%20en%20el%20Ambito%20de%20los%20Derechos%20Humanos.pdf).

² Del Moral Ferrer, Ana Bella, "El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana", en *Revista Cuestiones Jurídicas*, volumen VI, número 2, julio-diciembre, 2012, p. 64.

³ Ontiveros Alonso, Miguel, "El libre desarrollo de la personalidad (un bien jurídico digno del estado constitucional)", *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, Volumen 8, número 15, 2006, p. 154, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1455397#:~:text=Con%20Fundamento%20en%20la%20dignidad%20humana%2C%20en%20su,vida%20humana%20como%20valor%20supero%20del%20ser%20humano.>

logrará las metas y objetivos que, para él, son relevantes",⁴ los cuales solo tienen sus límites en el derecho de terceros y los que se puedan desprender del propio orden público.

III. CLASIFICACIÓN

Posterior a la reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio del 2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitió una serie de sentencias en las cuales se resolvieron derechos íntimamente relacionados al derecho de libre desarrollo de la personalidad, de las cuales emanaron tesis aisladas y de jurisprudencia que establecían de forma clara este derecho humano interpretando el artículo primero de la Constitución con relación a la dignidad y a la no discriminación.

Las sentencias emitidas por la Corte, en relación al libre desarrollo de la personalidad han resuelto los temas sobre: derecho de las personas transexuales a vivir según su identidad de género, igualdad y no discriminación, disolución del vínculo matrimonial, libre desarrollo de la personalidad de niñas, niños y adolescentes, gestación subrogada, de acceso a la información, identidad, consumo de la marihuana con fines lúdicos, reconocimiento de la filiación de hijos de parejas homoparentales, disolución del vínculo matrimonial, decidir de forma libre y autónoma el proyecto de vida, salud, portación de tatuajes, mismas que se han clasificado en derecho identidad sexual y de género, estado civil, realizar actividades recreativas y lúdicas, y apariencia externa frente a las demás personas.

IV. IDENTIDAD SEXUAL Y DE GÉNERO

⁴ Salgado Cipriano, Giovanni Alexander, Libre desarrollo de la personalidad (Cuadernos de jurisprudencia. Derechos humanos número 16), México, Centro de Estudios Constitucionales SCJN, 2022, p. 1.

En relación con el derecho de libre desarrollo de la personalidad, la primera sentencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación fue *“en el amparo directo civil (ADC) 6/2008 dictada el 6 de enero de 2009, constituye un hito en la labor de esta institución. Esto no sólo por novedad, sino por el cuidadoso tratamiento dado a los asuntos que debían resolverse”*.⁵

Asimismo, en esta sentencia resuelve el Pleno de la Corte que *“se vulnera al derecho a la privacidad, al obligar a la persona que realiza un cambio de acta registral a evidenciar frente a terceros una condición que corresponde al fuero interno de la persona, por lo que se deben reservar la publicidad de los datos marginales y las constancias que revelen su condición de transexual y se ordene la expedición de un acta nueva”*.⁶ Por lo que en relación al reconocimiento de la identidad de género debe realizarse el registro de la persona, pudiendo solo acceder al acta primigenia mediante orden judicial emitida por autoridad competente.

Por consiguiente, la citada sentencia fue:

Una interpretación a partir del concepto de dignidad, de libertad y de no discriminación que se encuentran reconocidos en la constitución, específicamente en su artículo 1°, al igual que trayendo las argumentaciones, los contenidos de los estándares internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos. Es interesante ya que antes del 2011 no había esta obligación expresa en la constitución mexicana.⁷

⁵ Alterio, Ana Micaela, “Identidades de género y libre desarrollo de la personalidad. Comentario al amparo directo civil 6/2008”, en SALAZAR UGARTE, Pedro, NIEMBRO ORTEGA, Roberto y ALONSO BELTRÁN Carlos Ernesto (coords.), *Diez sentencias emblemáticas de la Suprema Corte*, Serie Doctrina Jurídica, número 858, México, UNAM-IIIJ, 2019, p. 27.

⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sentencias relevantes en materia de Derechos Humanos: Derecho al libre desarrollo de la personalidad, Unidad General de Conocimiento Científico y Derechos Humanos (scjn.gob.mx), en https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/buscadores-juridicos/sentencias-relevantes-en-materia-de-derechos-humanos/1357?field_tema_value=&field_sinopsis_value=&field_numero_de_expediente_value=&page=1

⁷ Collí Ek, Víctor Manuel y Pérez Inclán, Freddy Martín, “El derecho al libre desarrollo de la personalidad en la doctrina jurisprudencial de la Corte mexicana”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional Cuestiones Constitucionales*, número 45, Julio-Diciembre de 2021, UNAM-IIIJ, México, p. 453.

Por lo que, en esta primera fase en la cual la Suprema Corte resuelve el primer caso sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad, razona que la persona es libre de manifestar su identidad sexual y de género, al estar protegido por el artículo 1º constitucional, que reconoce como derecho fundamental la dignidad humana del cual se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que las personas desarrollen integralmente su personalidad, ello se desprende de la tesis aislada emanada de la citada sentencia, identificada con el rubro P. LXV/2009, la cual establece al respecto:

DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES. El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones étnicas o de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que atente contra la dignidad humana y que, junto con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México, reconocen el valor superior de la dignidad humana, es decir, que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose como un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás, el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana, y del cual se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, dentro de los que se encuentran, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal. Además, aun cuando estos derechos personalísimos no se enuncian expresamente en la Constitución General de la República, están implícitos en los tratados internacionales suscritos por México y, en todo caso, deben entenderse como derechos derivados del reconocimiento al

derecho a la dignidad humana, pues sólo a través de su pleno respeto podrá hablarse de un ser humano en toda su dignidad.⁸

En este sentido, el Pleno de la Corte establece que el derecho al libre desarrollo de la personalidad necesariamente implica el reconocimiento a los derechos a la identidad personal, sexual y de género, pues a partir de éstos la persona se proyecta frente a sí mismo y dentro de una sociedad, por lo que concluye que la reasignación sexual que decida una persona transexual para adecuar el estado psicosocial al físico y de ahí, vivir en el género con el que se identifica plenamente y ser reconocido como tal por los demás, constituye una decisión que forma parte del libre desarrollo de la personalidad, en tanto es una expresión de la individualidad, respecto de la percepción de género ante sí mismo, que influye decisivamente en el proyecto de vida y en todas las relaciones con la sociedad.

V. ESTADO CIVIL

Dos resoluciones relevantes de la Corte que hacen referencia a la vinculación entre el derecho del libre desarrollo de la personalidad y el estado civil, se localizan en los amparos directos en revisión 3979/2014, en el que se decidió sobre la disolución del vínculo matrimonial y 670/2021, que resolvió el derecho a unirse en matrimonio o concubinato frente a la existencia de una enfermedad crónica o incurable, sentencias que serán abordadas de forma independiente, las cuales se consideran trascendentales en el reconocimiento de este derecho.

1. *Disolución del vínculo matrimonial*

En relación a la disolución del matrimonio, en el amparo directo en revisión 3979/2014, la Primera Sala señaló *“las causales que hay que acreditar para que pueda decretarse la disolución del matrimonio cuando no existe mutuo consentimiento de los cónyuges para*

⁸ Tesis aislada P. LXV/2009, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXX, del mes de diciembre de 2009, p. 8.

divorciarse, resulta inconstitucional pues constituye una medida legislativa que restringe injustificadamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad",⁹ al no resultar idónea para perseguir ninguno de los límites constitucionalmente legítimos que tiene este derecho fundamental: los derechos de terceros y el orden público. Señalando debe decretarse el divorcio sin que sea condicionado a causal alguna, pues solo es necesario que uno de los cónyuges solicite la disolución del matrimonio sin necesidad de expresar algún motivo para que pueda prosperar.

Por lo tanto, en relación con el establecimiento de causales que necesariamente se deben acreditar para decretar la disolución del matrimonio, cuando no existe mutuo consentimiento de los cónyuges para divorciarse, la Primera Sala resuelve que resultan inconstitucionales, pues constituyen una medida legislativa que restringe injustificadamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por ende, el juzgador debe decretar el divorcio sin necesidad de que se deba acreditar alguna causal, ello se puede apreciar con claridad en la tesis aislada emanada de la referida sentencia, identificada con el rubro 1a.CCCLXV/2015, la cual establece:

DIVORCIO NECESARIO. EL RÉGIMEN DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO QUE EXIGE LA ACREDITACIÓN DE CAUSALES CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 404 DE LA LEGISLACIÓN DE JALISCO, VULNERA EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. El libre desarrollo de la personalidad constituye la expresión jurídica del principio liberal de "autonomía de la persona", de acuerdo con el cual al ser valiosa en sí misma la libre elección individual de planes de vida, el Estado tiene prohibido interferir en la elección de éstos, debiéndose limitar a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno elija, así como a impedir la interferencia de otras personas en su persecución. En el ordenamiento mexicano, el libre desarrollo de la personalidad es un derecho fundamental que permite a los individuos elegir y materializar los planes de vida

⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, p. 2

que estimen convenientes, cuyos límites externos son exclusivamente el orden público y los derechos de terceros. De acuerdo con lo anterior, el régimen de disolución del matrimonio contemplado en el Código Civil del Estado de Jalisco, que exige la acreditación de causales cuando no existe mutuo consentimiento de los contrayentes, incide en el contenido prima facie del derecho al libre desarrollo de la personalidad...¹⁰

Así, la Corte sostiene en esta sentencia que el establecimiento de causales para la procedencia de la disolución del vínculo matrimonial se trata de una medida legislativa que restringe injustificadamente el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, debido a que no resulta idónea para perseguir ninguno de los límites que imponen los derechos de terceros y de orden público. Por lo que, las normas que instituyen la necesidad de acreditar algún tipo de causal para que pueda decretarse la disolución del vínculo matrimonial cuando no pretendan hacerlo por mutuo consentimiento, son inconstitucionales.

De conformidad a lo anterior, los jueces de las entidades federativas no pueden condicionar el otorgamiento del divorcio a la prueba de alguna causal, de tal forma que para decretar la disolución del vínculo matrimonial es suficiente que uno de los cónyuges lo solicite sin que sea necesario expresar motivo alguno por el que se pida dicha disolución.

2. Derecho a la unión en matrimonio o concubinato

La Primera Sala dilucidó el derecho a la unión en matrimonio o concubinato frente a la existencia de alguna enfermedad crónica o incurable, en el amparo directo en revisión 670/2021, resolviendo en este caso:

Que la mejor forma de proteger la salud de quien desea unirse en matrimonio o concubinato no es la de prohibir de manera absoluta el acceso a dicha institución familiar frente a la existencia de una enfermedad crónica o incurable que sea

¹⁰ Tesis aislada 1a.CCCLXV/2015, publicada en el Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, tomo I, libro 24, noviembre de 2015, p. 975.

contagiosa o hereditaria, sino la de suministrar información oportuna, completa, comprensible y fidedigna que resulte imprescindible para la toma de una decisión informada”.¹¹

En este sentido, el derecho a la salud se encuentra relacionado con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, ya que conlleva la toma de decisiones sin mediar controles injustificados o impedimentos, de forma que la relación entre estos derechos implica la libertad que tiene toda persona de cuidar su salud y su cuerpo, sin injerencias.

Así, dicha Sala resolvió que la prohibición del matrimonio o concubinato debido a la existencia de una enfermedad crónica o incurable sea esta contagiosa o incurable establecida en la ley no solo va en contra del derecho al libre desarrollo de la personalidad, sino que violenta el propio derecho a la salud tanto de la persona que padece la enfermedad en que se sustenta el impedimento, como de quien desea unirse a ella en matrimonio o en concubinato, al establecer limitantes que interfieren y son contrarias a tales derechos. Tal y como se dilucida en la tesis de jurisprudencia identificada con el rubro 1a./J. 5/2023 (11a.), que establece:

IMPEDIMENTO PARA CONTRAER MATRIMONIO. EL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 4.7, FRACCIÓN IX, DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO, EN SU TEXTO ANTERIOR A LA REFORMA PUBLICADA EN LA GACETA DEL GOBIERNO EL 1 DE NOVIEMBRE DE 2022, CONSISTENTE EN PADECER "ENFERMEDADES CRÓNICAS E INCURABLES QUE SEAN CONTAGIOSAS O HEREDITARIAS", CONTRAVIENE LOS DERECHOS A LA SALUD Y AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.¹²

Esta tesis jurisprudencial señala que la decisión de contraer o no matrimonio, o de unirse o no en concubinato, corresponde a la esfera de las decisiones autónomas de los individuos respecto a su vida privada y familiar y se toma en ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este poder de decisión, sin duda, se vincula con el

¹¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, p. 1.

¹² Jurisprudencia 1a./J. 5/2023, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Undécima Época, tomo II, libro 21, enero de 2023, p. 1694.

bienestar mental y emocional de las personas; por tanto, con el derecho a la salud. En consecuencia, impedir el matrimonio y el concubinato por padecer enfermedades crónicas e incurables, en realidad se contraponen con el derecho a la salud, en tanto que ese impedimento limita el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual implica la libertad de contraer o no matrimonio o de unirse o no en concubinato.

Ahora, el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la persona que padece la enfermedad contagiosa e incurable, puede encontrar límite en el derecho de la persona con la que desea unirse en matrimonio o concubinato, lo cierto es que el derecho a la salud no sólo abarca el acceso a servicios para disfrutar del más alto nivel posible de salud, sino que además comprende la libertad de cada persona de controlar su salud y su cuerpo y el derecho a no tener injerencias.

Entonces, al haber una incidencia entre la integridad física y psicológica con la autonomía personal y la libertad de tomar decisiones sobre el propio cuerpo, este derecho exige que, por un lado, el Estado asegure y respete decisiones y elecciones hechas en forma libre y responsable; y por otro, que garantice el acceso a información relevante, para que las personas estén en condiciones de tomar decisiones informadas sobre el curso de acción respecto a su cuerpo y salud, de acuerdo a su propio plan de existencia; por tanto, en materia de salud, el suministro de información oportuna, completa, comprensible y fidedigna debe realizarse de oficio debido a que ésta es imprescindible para la toma de decisiones en dicho ámbito.

En este sentido, la decisión de unirse en matrimonio o en concubinato con una persona que padece la enfermedad ya mencionada, únicamente corresponde al ámbito de aquel que puede sufrir ese riesgo, por eso cualquier impedimento que resulte absoluto para acceder a esas instituciones es ilegal, pues si bien las autoridades en el ámbito de sus respectivas competencias tienen la obligación de prevenir y garantizar la inmunización de enfermedades contagiosas, endémicas y de cualquier otra índole.

Para lo cual, dicha prevención debe resultar acorde con el derecho que se pretende proteger, de tal suerte que la mejor manera de proteger la salud de quien desea

contraer matrimonio o unirse en concubinato, no es prohibir de manera absoluta el acceso a esas instituciones, sino el suministrar información oportuna, completa, comprensible y fidedigna que resulte imprescindible para la toma de una decisión informada a ese respecto.

VI. ACTIVIDADES RECREATIVAS Y LÚDICAS

Las sentencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto la libertad de realizar actividades recreativas y lúdicas en relación al libre desarrollo de la personalidad se han resuelto en la última década, ya que la primera de ellas se dilucidó en el amparo en revisión 237/2014, en relación al derecho a consumir marihuana con fines lúdicos, posteriormente en el amparo en revisión 623/2017, se emite una nueva sentencia sobre el mismo tema, luego se inicia el procedimiento y se emite la declaratoria general de inconstitucionalidad 1/2018, sobre el consumo de marihuana, en ese mismo año, la Corte conoce de los amparos en revisión 547/2018 y 548/2018, también sobre el derecho al consumo de marihuana con fines lúdicos y por último del amparo en revisión 585/2020 aborda nuevamente del tema sobre consumo de la marihuana.

En la primera sentencia emitida por *“la Primera Sala, sobre el libre desarrollo de la personalidad señaló que este derecho permite que las personas mayores de edad decidan sin interferencia alguna qué tipo de actividades recreativas o lúdicas desean realizar, lo que significa que tal derecho no puede ser limitado argumentando el derecho a la salud o el orden público”*.¹³ Concluyendo que se debe autorizar el consumo personal de marihuana, sin que esto constituya una autorización comercializarla, ni para el consumo de diferentes estupefacientes y psicotrópicos que se encuentren aún prohibidos.

En la declaratoria general de inconstitucionalidad emitida por el Pleno de la Suprema Corte, se eliminó la prohibición absoluta al consumo lúdico o recreativo de la

¹³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, p. 2

marihuana contenido en la Ley General de Salud, con esta declaratoria elimina el obstáculo jurídico para que la Secretaría de Salud, autorice las actividades relacionadas con el autoconsumo de cannabis como son: sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer y transportar, con fines lúdicos, respetando de esta manera el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por lo que, con esta resolución de la Corte, la Secretaría de Salud deberá emitir las autorizaciones sólo a personas adultas y para el autoconsumo de cannabis, pero no de otras sustancias que aún se encuentran prohibidas por la citada ley.

Asimismo, la Primera Sala de la Corte mediante jurisprudencia estableció, que derivado a las escasas afectaciones en la salud y el orden público que protege la prohibición aludida, se origina una intensa afectación al derecho al libre desarrollo de la personalidad que supone dicha medida legislativa, en proporción al beneficio que se logra obtener, ello se puede desprender del contenido de la tesis de jurisprudencia 1a./J. 9/2019 (10a.), que se cita bajo el rubro:

PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL CONSUMO LÚDICO DE MARIHUANA. NO ES UNA MEDIDA PROPORCIONAL PARA PROTEGER LA SALUD Y EL ORDEN PÚBLICO.¹⁴

Estableciendo la Corte en la tesis en mención, que la afectación al libre desarrollo de la personalidad que comporta este sistema de prohibiciones administrativas puede calificarse como muy intensa, pues consiste en una prohibición prácticamente absoluta para consumir la marihuana y realizar las actividades relacionadas con el autoconsumo de ésta, de tal manera que suprime todas las posiciones jurídicas en las que podría ejercerse el derecho.

Por lo que esta medida no se limita solo a regular la forma y lugar en que pueden realizarse dichas actividades atendiendo a las finalidades constitucionalmente válidas, como debería haberlo realizado el propio legislador, sino que directamente veda dichas conductas. Resultando más intensa la vulneración al derecho al libre desarrollo de la

¹⁴ Jurisprudencia 1a./J. 9/2019, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, tomo I, libro 63, febrero de 2019, p. 496.

personalidad, en consideración con el grado mínimo de protección a la salud y al orden público que otorga dicha medida.

En efecto, la medida no es necesaria debido a que existen medios alternativos a la prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana que son igualmente idóneos para proteger la salud y el orden público, pero que afectan en menor grado al derecho fundamental en cuestión.

VII. APARIENCIA EXTERNA FRENTE A LAS DEMÁS PERSONAS

Esta libertad fue abordada por la Primera Sala de la Suprema Corte, en el amparo directo en revisión 4865/2018, sobre el uso de tatuajes, resolviendo que esta libertad se encuentra protegida, por el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de expresión, de esta forma se permite que las personas manifiesten su pensamiento, ideas u opiniones por cualquier medio, como una manera de autodeterminación de su individualidad.

En ese sentido, la Corte precisó, este derecho al igual que el de libre desarrollo de la personalidad, deriva del principio de autonomía personal, principio fundamental reconocido en el sistema jurídico mexicano, y el cual prescribe que:

Al ser valiosa en sí misma la libre elección individual de planes de vida e ideales de excelencia humana, el Estado tiene prohibido interferir indebidamente con la elección y materialización de estos, debiendo limitarse a diseñar instituciones que faciliten la prosecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales en virtud que cada uno elija, así como a impedir la interferencia injustificada de otras personas en su persecución.¹⁵

Tema abordado en la tesis identificada con el rubro 1a. CXX/2019 (10a.), misma que establece:

¹⁵ Salgado Cipriano, Giovanni Alexander, *op. cit.*, p. 171.

TATUAJES. SU USO ESTÁ PROTEGIDO, POR REGLA GENERAL, POR EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. El derecho al libre desarrollo de la personalidad deriva del principio de autonomía personal, y consiste en la capacidad de elegir y materializar libremente planes de vida e ideales de excelencia humana, sin la intervención injustificada de terceros. Este derecho incluye, entre otras cosas, la elección de la apariencia personal, pues se trata de un aspecto de la individualidad que se desea proyectar ante los demás. La libertad de expresión es el derecho a expresar, buscar, recibir, transmitir y difundir libremente, ideas, informaciones y opiniones. Este derecho está vinculado estrechamente con la autonomía personal, pues se trata de un bien necesario para ejercerla, pero tiene también una especial conexión con la realización de diversos bienes colectivos, como la democracia o la generación y transmisión del conocimiento, de aquí que se le reconozca un peso especial en las democracias constitucionales. Una forma de expresar la individualidad es mediante el uso de tatuajes, pues el uso de éstos en lugares visibles constituye un acto deliberado de expresión de su significado, que puede consistir en ideas, opiniones, convicciones, informaciones, etc. En este sentido, el uso de tatuajes está protegido, por regla general, por los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de expresión, por lo que no debe ser motivo para discriminar a sus portadores.¹⁶

Por tanto, de lo establecido en este criterio, en el cual se realiza una interpretación vinculada entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que puede comprender la autodeterminación de la persona para elegir conforme a la voluntad, entre otras cosas, la apariencia física, acorde con el plan de vida y la forma en que desea proyectarse ante los demás; así el derecho a la libertad de expresar el pensamiento, opiniones o ideas, que permite a la persona manifestar esos aspectos de la individualidad por cualquier

¹⁶ Tesis aislada: 1a. CXX/2019, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, tomo I, libro 73, diciembre de 2019, p. 331.

medio; es pertinente admitir que un tatuaje visible en la piel, constituye una forma de ejercicio de esa dualidad de derechos.

Por lo que *“es relevante señalar que el derecho al libre desarrollo de la personalidad se reconoce como un derecho único e independiente entre el espectro de libertades reconocidas en el sistema jurídico mexicano, porque lo que protege en esencia es el derecho a las personas a dirigir su persona y su plan de vida, lo cual no está protegido por ningún otro derecho o libertad”*,¹⁷ establecido en la Constitución mexicana o tratado internacional en materia de derechos humanos celebrado por el Presidente de la República y ratificado por el Senado del Congreso de la Unión.

VIII. CONCLUSIONES

Por todo lo anterior, en México, la Suprema Corte ha realizado una labor interpretativa respecto al libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental, delimitando claramente el contenido y objeto de este en situaciones que se desarrollen en diversos contextos como; el derecho de identidad sexual y género, estado civil, el realizar actividades recreativas y lúdicas, y apariencia externa frente a las demás personas, entre otros. Esto ha originado una línea interpretativa por parte de la Corte, pues aún con ligeros matices y aspectos no profundizados en toda su verticalidad, la orientación de este órgano jurisdiccional es clara en cuanto a este derecho humano.

Considerando que, las decisiones sustentadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la última década, han sido un factor fundamental en la construcción del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ya que, a través de las sentencias, ha impulsado aspectos cruciales para el libre desenvolvimiento de las personas, otorgándole a este derecho alcances que se han desarrollado a partir de dichas decisiones, entre estas destacan el amparo directo civil 6/2008, en el que el máximo tribunal determinó que el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad implica necesariamente el

¹⁷ Hernández Cruz, Armando, *Derecho al libre desarrollo de la personalidad*, México, UNAM-IIJ, 2018, p. 39.

reconocimiento al derecho a la identidad sexual y a la identidad de género, dado que a partir de estos es que la persona se presenta frente a sí mismo y hacia la sociedad.

Asimismo, las resoluciones relevantes emitidas por la Suprema Corte que hacen referencia a la vinculación entre el derecho del libre desarrollo de la personalidad y el estado civil, que encontramos en las sentencias emitidas en el amparo directo en revisión 3979/2014, en el que se establecieron criterios sobre la disolución del vínculo matrimonial, señalando al respecto que el régimen de disolución del matrimonio, que exige la acreditación de causales cuando no existe mutuo consentimiento de los contrayentes, afecta de forma directa el derecho al libre desarrollo de la personalidad; así como el amparo directo en revisión 670/2021, que resolvió el derecho a unirse en matrimonio o concubinato frente a la existencia de una enfermedad crónica o incurable que sea contagiosa o hereditaria, por lo que resuelve que impedir el matrimonio y el concubinato por padecer enfermedades crónicas, en realidad se contrapone con el derecho a la salud, en tanto que ese impedimento limita el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual implica la libertad de contraer o no matrimonio o de unirse o no en concubinato.

En los amparos en revisión 237/2014 y 623/2017, así como en otros promovidos con posterioridad a los señalados, en los cuales se cuestionó las disposiciones de la Ley General de Salud que prohíben todas las actividades vinculadas al consumo personal con fines recreativos de marihuana, luego derivados a las sentencias emitidas en los amparos que de forma reiterada se promovían en contra de la prohibición al consumo lúdico de la marihuana, se inicia el procedimiento y se emite la declaratoria general de inconstitucionalidad 1/2018, sobre el consumo de marihuana, en ese mismo año la Corte conoce de otros amparos en revisión 547/2018 y 548/2018, también sobre el tema derecho al consumo de marihuana con fines lúdicos y por último del amparo en revisión 585/2020 aborda nuevamente el mismo tema, estableciendo que el libre desarrollo de la personalidad comprende la posibilidad de decidir sobre las actividades recreativas o lúdicas, incluyendo la libertad de utilizar, ingerir o consumir sustancias que produzcan

experiencias que afecten pensamientos, emociones y sensaciones, como ocurre con el consumo lúdico de la marihuana.

En el amparo directo en revisión 4865/2018, la Primera Sala de la Suprema Corte, se pronuncia sobre el uso de tatuajes, estableciendo el criterio que este se encuentra protegido, por el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la libertad de expresión, de esta forma se permite que las personas manifiesten su pensamiento, ideas u opiniones por cualquier medio, como una manera de autodeterminación de su individualidad, pues su uso en lugares visibles constituye un acto deliberado de expresión de su significado, que puede consistir en ideas, opiniones, convicciones, informaciones, por lo que, el uso de tatuajes está protegido, por los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de expresión, por tanto no debe ser motivo para discriminar a las personas que los portan.

El libre desarrollo de la personalidad se ha venido perfeccionando como derecho fundamental a lo largo de la historia, en México a pesar de no existir de forma expresa en la Constitución se ha venido construyendo mediante las sentencias pronunciadas por Tribunales de la Federación, en las cuales se ha emitido jurisprudencia obligando a los órganos jurisdiccionales del país para que retomen sus criterios respecto a este derecho. Sin desestimar dicha labor considero necesario que el constituyente permanente incluya en la Constitución Mexicana de forma específica en el catálogo de derechos humanos el libre desarrollo de la personalidad regulando todos sus aspectos con el objeto de que exista mayor certidumbre jurídica respecto a esta libertad.

IX. FUENTES CONSULTADAS

- ALTERIO, Ana Micaela, "Identidades de género y libre desarrollo de la personalidad. Comentario al amparo directo civil 6/2008", en SALAZAR UGARTE, Pedro, NIEMBRO ORTEGA, Roberto y ALONSO BELTRÁN Carlos Ernesto (coords.), *Diez sentencias emblemáticas de la Suprema Corte*, Serie Doctrina Jurídica, número 858, México, UNAM-IIJ, 2019.
- COLLÍ EK, Víctor Manuel y PÉREZ INCLÁN, Freddy Martín, El derecho al libre desarrollo de la personalidad en la doctrina jurisprudencial de la Corte mexicana, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional Cuestiones Constitucionales*, número 45, Julio-Diciembre de 2021, UNAM-IIJ, México, 2021.
- DEL MORAL FERRER, Ana Bella, El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana, en *Revista Cuestiones Jurídicas*, volumen VI, número 2, julio-diciembre, 2012.
- HERNÁNDEZ CRUZ, Armando, *Derecho al libre desarrollo de la personalidad*, México, UNAM-IIJ, 2018.
- INSTITUTO DE ESTUDIOS LEGISLATIVOS, Diputados Locales, Estado de México, Libre desarrollo de la personalidad en el ámbito de los derechos humanos.
- ONTIVEROS ALONSO, Miguel, El libre desarrollo de la personalidad (un bien jurídico digno del estado constitucional), *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, Volumen 8, número 15, 2006.
- SALGADO CIPRIANO, Giovanni Alexander, Libre desarrollo de la personalidad (*Cuadernos de jurisprudencia. Derechos humanos número 16*), México, Centro de Estudios Constitucionales SCJN, 2022.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Sentencias relevantes en materia de Derechos Humanos: Derecho al libre desarrollo de la personalidad, Unidad General de Conocimiento Científico y Derechos Humanos.

Tesis aisladas y de jurisprudencia

Tesis aislada P. LXV/2009, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXX, del mes de diciembre de 2009.

Tesis aislada 1a.CCCLXV/2015, publicada en el Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, tomo I, libro 24, noviembre de 2015.

Tesis aislada: 1a. CXX/2019, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, tomo I, libro 73, diciembre de 2019.

Jurisprudencia 1a./J. 9/2019, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, tomo I, libro 63, febrero de 2019.

Jurisprudencia 1a./J. 5/2023, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Undécima Época, tomo II, libro 21, enero de 2023.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

METODOLOGÍA PARTICIPATIVA Y FILOSOFÍA KANTIANA EN EL PARLAMENTO ABIERTO

Yully Nallely Ruiz Alfonso¹

SUMARIO: I. Introducción II. Parlamento Abierto III. Relevancia del conocimiento científico y la filosofía IV. Metodología participativa y filosofía kantiana V. Conclusiones VI. Fuentes consultadas

RESUMEN: En el presente documento aborda la figura del parlamento abierto, como parte del modelo de gobernanza que se aplica en las democracias donde la ciudadanía tiene una intervención activa en la toma de decisiones, denominada “gobierno abierto” ejercitando el derecho fundamental de acceso a la información pública, pugnando por la transparencia y la rendición de cuentas. De igual manera, presenta el análisis de la metodología participativa del sociólogo Manuel Montañés quien a través de la estructura de su obra, establece una propuesta de diseño e implementación del programa de documentación y evaluación de datos, que se estima básico en la valoración de las demandas sociales para la generación de propuestas legislativas; esta metodología será contrastada con las teorías de conocimiento científico de Immanuel Kant, filósofo del derecho positivo, con el propósito de demostrar que el pensamiento crítico de este referente clásico, resulta vigente y actualizado en la producción del conocimiento, que tiene relevancia en la consolidación del parlamento abierto y su adecuada sistematización.

¹ Maestra en Derecho Parlamentario por la Universidad Autónoma del Estado de México, actualmente adscrita al Instituto de Investigaciones Parlamentarias del Congreso del Estado de Sinaloa. Correo: yullyruiza@gmail.com

PALABRAS CLAVES: Parlamento abierto, Metodología participativa, Immanuel Kant.

ABSTRACT: This document addresses the figure of the open parliament, as part of the governance model applied in democracies where citizens have an active intervention in decision-making, called “open government” exercising the fundamental right of access to public information, striving for transparency and accountability. Likewise, it presents the analysis of the participatory methodology of sociologist Manuel Montañés who, through the structure of his work, establishes a proposal for the design and implementation of the data documentation and evaluation program, which is considered basic in the assessment of social demands for the generation of legislative proposals; This methodology will be contrasted with the theories of scientific knowledge of Immanuel Kant, philosopher of positive law, with the purpose of demonstrating that the critical thinking of this classic reference, is current and updated in the production of knowledge, which has relevance in the consolidation of the open parliament and its proper systematization.

KEYWORDS: Open parliament, Participatory methodology, Immanuel Kant.

I. INTRODUCCIÓN

El modelo de gobernanza de «gobierno abierto» desarrollado en las democracias modernas del mundo, incide en el ejercicio de los poderes de gobierno. Dicho modelo estima relevante la participación del ciudadano en las decisiones gubernamentales y fomenta de diversas maneras la intervención del mismo, en los procesos al interior de la administración pública.

La implementación del «gobierno abierto», encuentra su fundamento en diversos instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de los Derechos

Humanos,² la Convención Americana sobre Derechos Humanos,³ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,⁴ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵ y la Carta Democrática Interamericana⁶ que hacen referencia al derecho humano a la información pública; así como la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en el ejercicio de la democracia.

En ese sentido, la realización del parlamento abierto al interior de los parlamentos del mundo, ha reconocido la necesidad de brindar mecanismos adecuados para la implementación y efectiva participación de la sociedad en la toma de decisiones legislativas. Plataformas internacionales como ParlAmericas sostienen que el modelo funciona:

A través de procesos de co-creación entre las y los legisladores, funcionarios, organizaciones de la sociedad civil, academia y ciudadanía en general, y tiene como propósito fortalecer las funciones parlamentarias para continuar consolidando la transparencia y el acceso a la información pública, la rendición de cuentas, la participación ciudadana inclusiva, la ética y la probidad en favor del sistema democrático.⁷

El parlamento abierto implica transparentar la información y la rendición de cuentas; crear mecanismos para una efectiva participación ciudadana y usar tecnologías que abonen el camino para la construcción de esta nueva relación social e institucional, que den como resultado parlamentos receptivos, innovadores y efectivos que trabajen a favor de la gente.

² Organización de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Disponible para su consulta en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

³ Organization of American States. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible para su consulta en: https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

⁴ Organization of American States. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Disponible para su consulta en: <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp>

⁵ Organización de las Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Disponible para su consulta en: <https://bit.ly/410yve3>

⁶ Organization of American States. Carta Democrática Interamericana. Disponible para su consulta en: <https://bit.ly/3Qj43XK>

⁷ ParlAmericas. Hoja de ruta hacia la apertura legislativa 2.0. Disponible para su consulta en: <https://bit.ly/4hZLmUK>

Por ello resulta oportuno, el estudio de las razones y argumentos que dieron origen al modelo en el ejercicio del poder legislativo, así como realizar el análisis de la importancia de la construcción de democracias participativas, donde los ciudadanos transitan de ser solo receptores de información, a sujetos activos que indagan, comparan e intervienen en las problemáticas sociales que los parlamentos buscan atender.

Aborda lo anterior, la comprensión de la metodología participativa que evoca el establecimiento de procesos de intervención social como herramienta de aprendizaje y comprensión del conocimiento mediante actividades colectivas, apodócticamente para la consolidación del parlamento abierto y la intervención de la ciudadanía en la toma de decisiones.

Al respecto, Abarca expresa que: *“el surgimiento de la concepción metodológica participativa y procesual responde al pensamiento complejo, que propone nuevas miradas al conocimiento de la realidad, de la vida, de las relaciones entre las personas, de los seres vivos y de la naturaleza, como interdependientes, integrales, complejas y autoorganizadas.”*⁸ De ahí que resulte necesario el estudio de la epistemología para la determinación de políticas que ayuden a la vinculación de la sociedad con las instituciones.

En esa comprensión, se requiere la revisión de la teoría del método, la aproximación del estudio de lo concreto a lo abstracto, atendiendo la diversidad de enfoques para interpelar la ciencia, la razón y la lógica, trascendiendo en la vinculación epistemológica de la ciudadanía con los métodos de participación activa en las democracias.

⁸ Abarca Alpízar, Flor, “La metodología participativa para la intervención social: reflexiones desde la práctica”, *Revista Ensayos Pedagógicos*, Costa Rica, 2016, Vol. XI, No 1, enero-junio. pp. 87-109. P.93.

Cabe indicar que, el vocablo epistemología según el diccionario de teoría jurídica, se define como: “*el estudio de cómo conocemos las cosas, o de las justificaciones de las aseveraciones. Las cuestiones respecto a la naturaleza y los fundamentos del conocimiento (jurídico) también estarán relacionadas con temas sobre la verdad (jurídica)*”⁹. Es así que es conveniente plantearse la pregunta de sí ¿existe influencia de la racionalización de la metodología de la investigación y el estudio de la filosofía en la consolidación del parlamento abierto?

Por ello, el presente artículo a través del análisis documental y valoración cualitativa plantea la reflexión de la pertinencia del conocimiento científico en los mecanismos y herramientas que intervienen en la implementación del parlamento abierto al interior de los parlamentos, para fundamentar que el estudio de este conocimiento en adición a la metodología participativa, actualiza las posturas clásicas de la teoría jurídica de Immanuel Kant.

Y a su vez, determinar la relevancia de la filosofía¹⁰ en las etapas de desarrollo de éste, así como de sus objetivos, coadyuvando a la atención de las demandas sociales que se atiende por las y los legisladores al interior de las asambleas legislativas. En el entendimiento de que esta disciplina brinda mayor valor a las apreciaciones científicas y las herramientas que de ella emanen.

II. PARLAMENTO ABIERTO

El parlamento abierto es una *nueva forma de interacción entre la ciudadanía y sus representantes; en donde la sociedad no solo se informa sobre las decisiones que se toman en el ámbito legislativo, sino también se involucra activamente a lo largo de todo*

⁹ Bix H, Brian, *Diccionario de teoría jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Ciudad de México, 2009, disponible para su consulta en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2631/10.pdf>

¹⁰ “Conjunto de saberes que busca establecer, de manera racional, los principios más generales que organizan y orientan el conocimiento de la realidad, así como el sentido del obrar humano”. *Diccionario Real de la Academia Española*, España, 2025.

*el proceso legislativo hasta culminar con la emisión de las leyes y su consecuente aplicación.*¹¹

Se constituye como un modelo que atenúa la crisis de representación al interior de los parlamentos y la desconfianza existente en torno a la atención de demandas sociales en el proceso legislativo. *“Los parlamentos han perdido la confianza de la ciudadanía y su legitimidad, por lo que ya no son concebidos como aquellos lugares en donde se representa la voluntad de los electores, al tiempo que esta percepción contribuye a la apatía de la ciudadanía por los asuntos públicos.”*¹² Lo cual responde a varios factores que perpetúan el ciclo de la desinformación legislativa, el poco conocimiento de la labor parlamentaria y escasos espacios para el intercambio entre la ciudadanía y los integrantes del parlamento.

El parlamento abierto atiende una serie de acciones, mecanismos y prácticas que transforman la relación de los legisladores con la ciudadanía a la que representan, poniendo en el centro de las decisiones legislativas a los ciudadanos, orientando a satisfacer dudas y con ello consolidar la labor parlamentaria y la comunicación eficaz para un mejor funcionamiento.

El paradigma se sostiene sobre cuatro pilares que consisten en:

- A) Transparencia y acceso a la información. La información de interés público debe estar a disposición de la ciudadanía.
- B) Rendición de cuentas. Que las legisladoras y los legisladores justifiquen y comuniquen las decisiones del ejercicio del cargo.
- C) Participación ciudadana. Que la ciudadanía se involucre activamente en las decisiones del parlamento en todas sus etapas y procesos.
- D) Ética y probidad. Implica el establecimiento de código de integridad y conducta.

¹¹ ParlAmericas y Red Latinoamericana por la Transparencia Legislativa, 2016. Disponible en: <http://parlamericas.org/uploads/documents/Roadmap-ES-SCREEN.pdf>

¹² Salas Reyes, Alejandra, Apertura parlamentaria en México, análisis y retos para el congreso local de la Ciudad de México. II. El parlamento abierto: una aproximación a través de sus mediciones, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2023, p. 46. Disponible para su consulta en: <https://bit.ly/3Exbecb>

Estos constituyen el marco de referencia para realizar mecanismos y planes de acción para la implementación del parlamento abierto al interior de los entes que constituyen el poder legislativo.

Ahora bien, la colaboración ciudadana que propone realizar el parlamento abierto, será posible solo con el diseño y ejecución sistematizada entre los actores que convergen en los parlamentos, es decir, resulta necesario brindar un andamiaje que sostenga los pilares señalados con anterioridad que determinen sus acciones para la obtención de su fin.

Khemvirg Puente, estudioso del parlamento abierto, expresa que:

Para la implementación del modelo de parlamento abierto no basta con la voluntad de las y los legisladores o el interés de la sociedad o individuos en participar. Resulta indispensable que exista un entramado institucional que favorezca la participación social y que facilite la incorporación de agentes externos.¹³

El entramado institucional estará ligado a dar seguimiento a los mecanismos para fortalecer la documentación, análisis y difusión de las tareas parlamentarias donde la ciudadanía pueda intervenir. Incluso podrá considerar la verificación de la información mediante estudios detallados y la instrumentalización de métodos de comparación y evaluación para con ello generar propuestas en el proceso legislativo. Béjar explica que: *“los diseños institucionales delimitan el universo de quiénes pueden participar en el proceso de expedición de las leyes en cada campo de política pública, así como las ideas que guiarán su discusión”*.¹⁴

¹³ Puente Martínez, Khemvirg. *El Congreso mexicano desde la perspectiva del modelo de parlamento abierto. Experiencias, resistencias y retos. El Congreso Mexicano y el Parlamento Abierto*, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, México, 2021, p. 235. Disponible para su consulta: <https://inai.janium.net/janium/Documentos/3929.pdf>

¹⁴ Béjar Algazi, Luisa, *Transparencia legislativa y parlamento abierto: análisis institucional y contextual. ¿Qué tan transparente es el proceso legislativo en México? Una propuesta de estudio desde el análisis de políticas públicas*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México, 2018, p. 28.

En ese sentido, surge la reflexión de la necesaria aplicación de los métodos científicos en la implementación del parlamento abierto dirigido a los órganos legislativos y la vinculación ciudadana, atendiendo un enfoque epistemológico que ayude a estudiar el origen, forma, profundidad y aspiración de este modelo de gobernanza al interior de los parlamentos.

III. RELEVANCIA DEL CONOCIMIENTO CIENTÍFICO Y LA FILOSOFÍA

El discernimiento teórico de alguna manera, justifica la existencia de elementos que intervienen en un paradigma, de ahí la relevancia del conocimiento científico y la reflexión filosófica para la consolidación del andamiaje jurídico y operativo del parlamento abierto en la institución legislativa y el impacto en la participación ciudadana.

Issa Luna Pla afirma que *“además de la función de monitorear, las organizaciones se han convertido en recolectoras de datos y productoras de bases de datos que permiten analizar en el tiempo aspectos de la vida interna de los Congresos y sus integrantes”*.¹⁵ Derivado de ese interés social, es necesario fortalecer las políticas de parlamento abierto y definir un diseño metodológico que sostenga la sistematización de la información y aumente la comunicación bidireccional que al momento se tiene.

En introspección es posible sostener que, la metodología de la investigación y el enfoque filosófico, si bien es cierto, no son determinantes en la instauración del parlamento abierto en el ejercicio del poder legislativo; su revisión y análisis sí permite contribuir a las mejores prácticas en la realización y comprensión de la función como paradigma de participación social en actividades parlamentarias.

¹⁵ Luna Pla, Issa, *Transparencia legislativa y parlamento abierto: análisis institucional y contextual. Lo que explican las mediciones de transparencia parlamentaria y lo que dejan de explicar*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2018, p. 8.

La metodología y la filosofía, son áreas del conocimiento, que dan pauta para estructurar de una mejor manera la implementación del modelo de parlamento abierto al interior de los entes legislativos, ya que propician su consolidación sólida y permanente, por medio de métodos probados, técnicas estudiadas y reflexiones intelectuales.

De ahí que racionalizar, es un recurso básico para justificar los fenómenos y particularmente la esfera del derecho que irrefutablemente incide en las actividades parlamentarias.

Aunado a lo anterior, el filósofo Ferrater Mora señala que:

La calificación de un pensamiento como racional o de una realidad, conducta o norma no puede hacerse de un modo abstracto, sino que necesariamente debe estar referido a algo y ese algo condiciona de manera determinante la forma, estructura y sentido del razonamiento. En consecuencia, lo primero que habrá que determinar cuándo se invoca la racionalidad es respecto de qué se predica y al mismo tiempo será necesario saber para qué o con qué finalidad se realiza.¹⁶

Tener ese nivel de claridad permite la recepción e intercambio de información necesaria para la implementación del parlamento abierto, donde el ente del poder legislativo ofrece imparcialmente una vinculación con la ciudadanía.

Ahora bien, el presente documento no pretende abundar en los elementos que constituyen la metodología de estudio del conocimiento, ni exceder de la diversidad de debates y discursos relacionados con la razón, las fronteras y categorías; sino que propone ser pro activo en la necesaria instrumentalización del método científico en la vinculación del poder legislativo con la ciudadanía; así como la consideración de la

¹⁶ Ferrater Mora, José, *Diccionario de filosofía*, tomo I, Ed. Sudamericana, Argentina.

riqueza filosófica que implica el modelo en la esfera jurídica que observa “*el ser del derecho y su papel en la sociedad*”.¹⁷

La metodología participativa para la intervención social, según la doctora Flor Abarca sostiene que: “*los fundamentos epistemológicos de la metodología participativa tienen estrecha relación con todos y cada uno de los momentos de los procesos de intervención social, garantizando, entre otros aspectos, la efectividad del trabajo, su unidad e integralidad para la realización de procesos de impacto real en la vida de las personas*”.¹⁸ De ahí se desprende la pertinencia de aplicar el método científico en las diversas etapas y actividades en las que se desarrolla el parlamento abierto, en virtud de las distintas ideas y propuestas ciudadanas que pueden presentarse.

Por otro lado, también asegura que: “*la ausencia de un planteamiento metodológico participativo e integral nos remite al desgaste, al activismo, a la realización de procesos aislados y de poca efectividad y, en el peor de los casos, a la inversión de recursos humanos, económicos y físicos en proyectos de poco aliento e impacto social*”.¹⁹ En aras de evitar que el parlamento abierto se coloque como un modelo discursivo e inoperante al interior de los entes encargados del ejercicio del poder legislativo, es necesaria la aplicación de métodos probados.

En los siguientes párrafos, se expresa la metodología propuesta por Manuel Montañés Serrano, sociólogo que publicó la obra *metodología y técnica participativa* donde evoca teorías y prácticas para desarrollar en la investigación participativa, la cual puede ser potencialmente aplicada en la búsqueda del fortalecimiento del estudio del parlamento abierto.

¹⁷ Kant, Immanuel, *Introducción a la teoría del derecho*, traducción Felipe Gonzáles Vicen, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, España, 2005.

¹⁸ Abarca Alpízar, Flor, “La metodología participativa para la intervención social: Reflexiones desde la práctica”, *Revista Ensayos Pedagógicos*, Costa Rica, 2016, Vol. XI, N° 1, enero-junio, p. 93.

¹⁹ *Ibíd.*

En dicha metodología participativa, se exploran los aspectos de las «cosas en sí mismas» para dar argumentos que van más allá del sentido de elección e intención para tener certeza. Como expresaría Kant: “*¡Sapere aude!*”.²⁰ Que es una invitación a «*atrévete a pensar*».

De ahí que exista, el propósito de analizar la particular aplicación de la metodología participativa y la filosofía de Kant en la instauración de mecanismos dentro del proceso legislativo que involucre al ciudadano en la construcción de la agenda legislativa e implementación de parlamento abierto como respuesta a las demandas sociales.

Immanuel Kant fue el filósofo más importante del siglo XVIII, quién influenciado por las ideas de la Ilustración, desarrolló teorías críticas que contrastaban el racionalismo y empirismo de la época. Aportando con sus teorías el análisis de la razón, la moral y la ética. Su pensamiento crítico puede atender la actual problemática de estructurar las demandas sociales al interior del modelo del parlamento abierto y de alguna manera relacionarse con el conocimiento científico que recrea la metodología participativa.

La literatura sobre la obra kantiana es cíclopea, Immanuel Kant fue un filósofo exhaustivo y minucioso en sus teorías, por lo que abordar el trabajo en su conjunto no sería posible en estas páginas. No obstante, hay algunos discursos que pueden ser aplicados a los conceptos de sociedad y participación bajo ópticas morales, culturales y de ética.

De igual manera, la reflexión de las «*clases de juicios*» pueden ser aplicados en la documentación y análisis de las demandas sociales que generen documentos legislativos que abonen a la co producción de leyes al interior de los parlamentos, a través de la metodología participativa propuesta.

²⁰ Kant, Emmanuel. *Crítica del juicio ¿Qué es la Ilustración? El conflicto de las facultades*. Traducción y notas de Manuel García Morente, RBA Gredos, enero, 2015.

IV. METODOLOGÍA PARTICIPATIVA Y FILOSOFÍA KANTIANA

Para la implementación del modelo de parlamento abierto no es suficiente la voluntad política o el interés de la sociedad o individuos en participar. “*Resulta indispensable que exista un entramado institucional que favorezca la participación social y que facilite la incorporación de agentes externos*”.²¹ Es necesario atender la opinión y crítica en la implementación y operación de un procedimiento que mida el impacto a corto y mediano plazo. Que a su vez, sostenga una estrategia pragmática de la información vertida por los ciudadanos en colaboración de propuestas legislativas.

Ahora bien, ¿cuáles son las ventajas de la metodología participativa en la recolección y evaluación de datos necesarios para documentos legislativos en el parlamento abierto? El diseño e implementación de la recolección y evaluación de información permiten identificar fortalezas, áreas de oportunidad y mejorar las estrategias para elaborar documentos que impacten en la legislación. De igual manera, permite conocer la incidencia que dichas demandas sociales puedan tener a corto y mediano plazo.

La medición o aproximación del impacto social de una nueva ley, permite el reconocimiento de omisiones y equívocos principalmente por los entes encargados de la aplicación y operación de la ley, así como los beneficiarios de la misma. Por otro lado, permite la elaboración de indicadores de mejora social en la entidad en un determinado tema social y coadyuva en la toma de decisiones para las políticas públicas aplicables y la elaboración de ajustes legislativos en el caso.

Lo anterior, ha de realizarse bajo el marco de derecho y la utilización de las tecnologías de la información, priorizando procedimientos sencillos, prácticos y que

²¹ *Ibíd.*

puedan ser utilizados por la mayoría de los ciudadanos. Por ello, Manuel Montañés en su obra expresa que:

El método de la investigación participada se estructura en cuatro pasos: 1) la investigación colectiva o de grupos; 2) la recuperación histórica; 3) la valoración y utilización de los elementos de la cultura popular; y 4) la comunicación multivocal de los trabajos.²²

La metodología participativa propuesta por Montañés Serrano, establece cuatro esferas de estudio que se relacionan con la estructura anterior, la praxis producción de conocimiento, la fundamentación teórica metodológica de la estrategia a seguir, el procedimiento y las técnicas al servicio del proceso investigar.

Esta metodología y técnica son abordadas con un enfoque de filosofía kantiana para contrastar el conocimiento científico con la reflexión filosófica de las teorías de Immanuel Kant, para expresar lo siguiente:

1. La praxis producción de conocimiento.

Este primer apartado puntualiza el plan ideomotor que generará conocimiento, es decir, la relación epistemológica, ideológica, teórica del conocimiento por lo que no se encuentra alejado del pensamiento kantiano, en lo que se refiere a la acción de observar y determinar la relación entre el sujeto y el predicado.

De igual manera, identificar ¿qué necesita el sujeto para convertirse en sujeto de conocimiento? De ahí derivará una variedad de razonamientos relacionados con la colectividad que en sí mismo, será el ciudadano. Serán necesarias una serie de cuestionamientos que abonen al estudio de las demandas sociales o las necesidades del ciudadano.

²² Montañés Serrano, Manuel, *Metodología y técnica participativa. Teoría y práctica de una estrategia de investigación participativa*, Editorial UOC, Barcelona, 2009, p. 42.

Esas preguntas, desarrollan ideas y esas ideas generar conocimiento, el cual una vez sistematizado, abona a las teorías del conocimiento que se relacionan con la sustancia de las cosas.

2. *Fundamentación teórica-metodológica de la estrategia a seguir.*

Montañés indica que la metodología participativa tiene como fin lograr la producción de conocimiento sociocultural de manera participada y argumenta que para ello es necesaria la participación conversacional, que es el intercambio de ideas entre los agentes, el diseño e implementación de una estrategia que debería disgregarse en fases para detonar las conversaciones interpersonales, en redes y proyectivas que en el conjunto proporcionen datos que puedan incidir en propuestas concretas.

Es posible aplicar en esta etapa teórica metodológica, las premisas de Immanuel Kant relacionadas con trasladar el interés del sujeto al objeto. Donde el conocimiento científico válido será aquel que demuestre ser universal, necesario y que aporte un conocimiento nuevo.

El desarrollo del *a priorismo* de Kant, producto de la crítica al racionalismo y empirismo, es plausible en la clasificación de los juicios, que no es sino el estudio de los cuatros juicios: los *juicios a priori* que no dependen de la experiencia, *juicios a posteriori* que sostienen la verdad de la experiencia, los *juicios analíticos* aquellos donde no se da información nueva y los *juicios sintéticos* que son aquellos que aumentan el conocimiento y aportan algo nuevo a la ciencia.

Considerar estos juicios, dentro de la metodología participativa para la generación de propuestas al interior del parlamento abierto, garantizan la sistematización adecuada de la información y la expectativa de resultados objetivos.

3. *¿Cómo se ha de proceder?*

Ahora bien, Montañés habla de cómo se ha de proceder en la metodología participativa así como las técnicas que utilizará el investigador, destacando las preguntas ¿De dónde se parte? ¿Para qué y quiénes? ¿En qué participarán? ¿En dónde se realizará? Con el propósito de identificar las características demográficas, la estructura organizativa, recursos, cronología y observación de las fases.

En colaboración a estas preguntas es posible adecuar a las mismas, la filosofía de Kant en lo relativo a las preguntas fundamentales de la teoría crítica de la razón pura: ¿qué puedo conocer? ¿Qué debo hacer? ¿Qué puedo esperar?, con ello es posible interactuar con las formas puras de sensibilidad, como son el espacio y tiempo, características de los fenómenos kantianos.

En el uso teórico de la razón, hemos de tener presente la incógnita ¿Qué es lo que hombre puede conocer?, del uso práctico de la razón, se reflexiona ¿qué debe hacer el hombre? abordando el sentido moral y de ética de la sistematización de la información. E incluso intentar responder ¿qué esperar del futuro? llegar a proyectar aquello que no se conoce, de lo que no hay información, de lo que existe pero que no es posible conocer.

4. *Técnicas al servicio del proceso investigador.*

Hace referencia, a que el contenido, considera una serie de técnicas dinamizadoras, documentales, distributivas, estructurales, implicativas y conversacionales para producción de conocimiento y propuestas de actuación.

La obra metodología y técnica participativa se apoya en la presentación de conceptos teóricos y de análisis de discursos que invariablemente llevan a la relación al pensamiento del filósofo del siglo XVIII que su legado resulta clásico en el estudio de métodos y teorías del conocimiento.

Kant dice: “*para esta ilustración no se requiere más que una cosa, libertad; y la más inocente entre todas las que llevan ese nombre, a saber: libertad de hacer uso público de su razón íntegramente*”.²³ Para llegar al conocimiento se requiere la libertad del uso de herramientas, cuestionarse y usar indeterminados recursos para la explicación, descripción y exploración de las cosas.

En el momento en que la persona, haciendo uso de su razón, se dirige a los demás comunicando la problemática o la demanda social que descubre como necesaria atender, su postura discursiva ha de estar abierta a la crítica o la objeción, en virtud de que el conocimiento como fin, es producto de la libertad del uso de la razón y la retroalimentación de las ideas, enriquece los propósitos.

En ese sentido, es posible asegurar que el pensamiento de Kant, no se trata de una realidad concebida en un lugar de la historia y que ha desaparecido en la actualidad, sino se trata de una serie de postulados que trascienden el tiempo de aplicación y resultan vigentes para su referencia, particularmente en la definición de la metodología participativa que puede ser utilizado en la implementación y ejercicio del parlamento abierto.

V. CONCLUSIONES

Derivado de las apreciaciones vertidas para identificar si existe influencia de la racionalización de la metodología de la investigación y el estudio de la filosofía en la consolidación del parlamento abierto, es posible manifestar que la metodología del área jurídica se sostiene de información teórica, que a su vez, remite a filósofos clásicos que con los postulados planteados y las diferentes corrientes de pensamiento, construyen conceptos y teorías del conocimiento para fortalecer el desarrollo de una investigación.

²³ Kant, Emmanuel, *Crítica del juicio ¿Qué es la Ilustración? El conflicto de las facultades*, Traducción y notas de Manuel García Morente. RBA Gredos, enero, 2015

Por ello, es notable como Kant y la teoría jurídica permean en las problemáticas de ciencia exactas y sociales. Las premisas y conceptos son aplicables a la esfera jurídica e incide lógicamente en la filosofía de la política; la cual se encargará de teorizar cómo deberían de ser los fenómenos, explicándolos y proyectándolos.

Es en la filosofía política donde es posible encontrar el origen de la democracia, que es un ente menester de la instauración del gobierno abierto y parlamento abierto en los sistemas contemporáneos. Por su parte, Oszlak afirma que: *“esto es lo que ha ocurrido con el ‘gobierno abierto’, término con múltiples acepciones al que se identifica variablemente como nuevo paradigma, modelo o filosofía de gobernanza pública”*.²⁴

Por otro lado, en su discurso jurídico de la *sociedad civil* en la doctrina kantiana *“la sociedad civil queda vinculada indisolublemente al derecho; la perentoriedad de los mío y tuyo solamente puede darse en la sociedad civil, cuya estructura la constituye el sistema de derecho”*.²⁵ Kant concibe a la sociedad civil como un solo ente, cual si fuera el género humano, según criterio de Hernández Vega; la sociedad civil a que se refiere Kant o el sistema jurídico, no es sino una vía instrumental, un arte forzado para que el hombre pueda desarrollar los gérmenes de la naturaleza puestos en él.

Llevar a esta etapa de la historia el tema del parlamento abierto y la metodología de participación, es tan actual por el simple hecho de conocer, elaborar y aplicar el método adecuado para que los individuos libremente se sirvan de la experiencia, del derecho y la autoreflexión en los asuntos políticos y legislativos de su sociedad.

²⁴ Oszlak, Oscar, Gobierno abierto y el valor social de la información pública. Gobierno abierto: el rumbo de los conceptos, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México, 2016, p. 23.

²⁵ Hernández Vega, Raúl, Análisis de dos discursos de Kant sobre la sociedad civil, Serie G. Estudios doctrinales. Núm. 122. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1991. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/245-analisis-de-dos-discursos-de-kant-sobre-la-sociedad-civil>

Es así que, resulta oportuna la clasificación de juicios: *a priori*, *a posteriori*, *analíticos* y *sintéticos* de Kant en el diseño e implementación de la metodología participativa. Y estos enfoques ciertamente pueden influenciar la sistematización y desarrollo de la información que se transfiere de manera bidireccional entre el parlamento y la ciudadanía; y más aún, en la creación de espacios y mecanismos que sostengan al parlamento abierto.

VI. FUENTES CONSULTADAS

ABARCA ALPÍZAR, Flor, La metodología participativa para la intervención social: Reflexiones desde la práctica, *Revista Ensayos Pedagógicos*, Costa Rica, 2016, Vol. XI, Nº 1, enero-junio.

ALONSO, Roberto Ignacio, *El Parlamento Abierto como mecanismo de rendición ético-social de cuentas en la discusión sobre la seguridad en México*, Deusto Journal of Human Rights, España, 2020.

BÉJAR ALGAZI, Luisa, *Transparencia legislativa y parlamento abierto: análisis institucional y contextual. ¿Qué tan transparente es el proceso legislativo en México? Una propuesta de estudio desde el análisis de políticas públicas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México, 2018.

BIX, Brian, H. *Diccionario de teoría jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2009.

FERRATER MORA, José, *Diccionario de filosofía*, tomo I, Ed. Sudamericana, Argentina.

HERNÁNDEZ VEGA, Raúl, *Análisis de dos discursos de Kant sobre la sociedad civil*. Serie G. Estudios doctrinales. Núm. 122, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991.

KANT, Emmanuel, *Crítica del juicio ¿Qué es la Ilustración? El conflicto de las facultades*, Traducción y notas de Manuel García Morente, RBA Gredos, enero, 2015.

----- *Introducción a la teoría del derecho*, traducción Felipe Gonzáles Vicen, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, España, 2005.

LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, *Cuadernos de Transparencia 17. El acceso a la información como un derecho fundamental: la reforma al artículo 6º de la Constitución mexicana*, México, 2009.

LUNA Pla, Issa, *Transparencia legislativa y parlamento abierto: análisis institucional y contextual. Lo que explican las mediciones de transparencia parlamentaria y lo que dejan de explicar*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2018.

MONTAÑÉS SERRANO, Manuel, *Metodología y técnica participativa. Teoría y práctica de una estrategia de investigación participativa*, Editorial UOC, Barcelona, 2009.

OSZLAK, Oscar, *Gobierno abierto y el valor social de la información pública. Gobierno abierto: el rumbo de los conceptos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2016.

PUENTE MARTÍNEZ, Khemvirg, *El Congreso mexicano desde la perspectiva del modelo de parlamento abierto. Experiencias, resistencias y retos. El Congreso Mexicano y el Parlamento Abierto*, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, México, 2021.

SALAS REYES, Alejandra, *Apertura parlamentaria en México, análisis y retos para el congreso local de la Ciudad de México. II. El parlamento abierto: una aproximación a través de sus mediciones*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2023.

SEGURA ORTEGA, Manuel, *La racionalidad jurídica*, Editorial Tecnos, España, 1998.

Diccionario Real Academia Española.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Carta Democrática Interamericana.

ParlAmericas y Red Latinoamericana por la Transparencia Legislativa.

LA IMPLEMENTACIÓN DE LA PRUEBA ANTICIPADA EN DELITOS SEXUALES CONTRA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN COLOMBIA: ANÁLISIS JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Flor Marina PAREDES CASTAÑEDA¹

Claudia Zulema SÁNCHEZ KONDO²

Lucia BECERRA HERNANDEZ³

SUMARIO: I. Introducción; II. Delitos sexuales en niñas, niños y adolescentes en Colombia; III. Del procedimiento en las denuncias de los delitos sexuales; A. Presentación de la denuncia; B. Investigación preliminar y cadena de custodia; C. Participación del juez de control de garantías; D. Imputación de cargos y juicio; E. Apelación y revisión; IV. La prueba anticipada; A. Definición; B. Origen; C. Antecedentes; D. Aplicación; V. Principios y buenas prácticas judiciales en materia probatoria; VI. Tutela Judicial efectiva y derechos de los niños, niñas y adolescentes (NNA); VII. Aspectos probatorios en el derecho de familia; VIII. Libertad Probatoria y pruebas extraprocesales; IX. Prueba anticipada en el derecho comparado; X. Conclusiones; XI. Propuestas; XII. Fuentes consultadas.

RESUMEN: La presente investigación analiza la implementación de la prueba anticipada en los procesos judiciales por delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes en Colombia, a través del estudio de los fundamentos jurídicos y jurisprudenciales, se evalúa

¹ Alumna de la Maestría en Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá, Colombia, florparedes87@hotmail.com

² Alumna de Maestría en Violencias de Género del Centro de Políticas de Género para la Igualdad entre Mujeres y Hombres de la Universidad Autónoma de Sinaloa, Culiacán, Sinaloa, México. claudiasanchezkondo@gmail.com

³ Doctora en Derecho. Profesora e Investigadora de la Universidad Autónoma de Sinaloa, adscrita a la Facultad de Derecho Culiacán, Sinaloa, México. luciabecerra@ms.uas.edu.mx

los desafíos y las oportunidades que esta figura legal presenta para mejorar la protección de las víctimas y asegurar la justicia que garantice y proteja sus derechos, en el marco de la tutela judicial efectiva como derecho especial de las víctimas menores de edad, se exponen los aspectos probatorios y los diferentes panoramas que diversos autores tienen sobre la figura, subrayando la necesidad de una formación adecuada y continua para los operadores judiciales. Además, se enfatiza la importancia de evitar la revictimización de los menores durante el proceso judicial. Finalmente, se destaca que la correcta aplicación de la prueba anticipada no solo puede mitigar la revictimización de las víctimas, sino también contribuir significativamente a la obtención de sentencias condenatorias justas. En virtud de lo anterior, se formulan recomendaciones para mejorar su implementación, contribuyendo así al fortalecimiento integral del sistema judicial.

PALABRAS CLAVE: prueba anticipada, delitos sexuales, niños, niñas y adolescentes, Colombia, sistema penal acusatorio, revictimización, jurisprudencia.

ABSTRACT: This research analyzes the implementation of anticipatory evidence in judicial proceedings for sexual crimes against children and adolescents in Colombia, through the study of legal and jurisprudential foundations. It evaluates the challenges and opportunities that this legal mechanism presents to enhance victim protection and ensure justice that guarantees and safeguards their rights within the framework of effective judicial protection as a special right of underage victims. The evidentiary aspects and the various perspectives held by different authors on this figure are presented, emphasizing the need for adequate and continuous training for judicial operators. Additionally, the importance of avoiding the re-victimization of minors during the judicial process is highlighted. Finally, it is emphasized that the correct application of anticipatory evidence can not only mitigate the re-victimization of victims but also significantly contribute to the achievement of fair convictions. Accordingly, recommendations are proposed to improve its implementation, thereby contributing to the comprehensive strengthening of the judicial system.

KEYWORDS: early evidence, sexual crimes, children and adolescents, Colombia, accusatory penal system, revictimization, jurisprudence.

I. INTRODUCCIÓN

En la presente investigación se analiza la implementación y los desafíos de la prueba anticipada en los delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes (NNA) en Colombia. Entre los años 2018 y 2021, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) informó un aumento del 70 % en las denuncias por explotación sexual de NNA, pasando de 11,332 casos en 2018 a aproximadamente 19,264 casos en 2021. Sin embargo, solo una fracción de estos casos culmina en sentencias condenatorias.⁴

Esta situación genera una legítima preocupación e interés por analizar las causas del bajo índice de condenas en estos delitos, así como la manera en que la figura de la prueba anticipada puede desempeñar un papel fundamental en la investigación y el juzgamiento. Su adecuada implementación en los procesos jurisdiccionales resulta clave para abordar de manera efectiva estos crímenes, pues las víctimas menores de edad se encuentran en condiciones de vulnerabilidad que exigen medidas especiales para garantizar su protección y el respeto integral de sus derechos.

En consecuencia, la prueba anticipada constituye una herramienta fundamental para recoger el testimonio de las víctimas de forma oportuna, reduciendo el riesgo de revictimización y preservando la integridad probatoria en el proceso judicial. La importancia del presente estudio radica en salvaguardar el interés superior del menor, protegiendo en todo momento a los NNA que han sido víctimas de delitos sexuales, ya que pertenecen a un grupo vulnerable.⁵

⁴ Del Pueblo, Diego, Estadísticas de la violencia sexual en niños, niñas y adolescentes, Boletín, Colombia, Defensoría del Pueblo, 2021. <https://repositorio.defensoria.gov.co/server/api/core/bitstreams/f25205d5-813f-4fa6-b6c4-8cc318d75963/content>.

⁵ Riaño González, Vilma Lucia, El principio del interés superior del niño. Una teoría para la interpretación constitucional, Edu.co, Universidad Libre, 2019. <https://repositorio.unilibre.edu.co/handle/10901/17688>.

Por lo tanto, es esencial asegurar que su testimonio sea preservado de manera efectiva y sin causarles daño adicional, garantizando con ello el cumplimiento de las medidas de protección destinadas a preservar tanto la identidad como la integridad de la evidencia recopilada, lo cual resulta crucial para su eficacia procesal.

Este enfoque permite avanzar hacia sentencias justas, en ese sentido, la investigación desarrolla un análisis del problema, realizando un recorrido desde la definición, antecedentes, permitiendo conocer la aplicación de la figura, hasta evaluar las prácticas judiciales en materia probatoria. De este modo, se busca promover el interés legítimo mediante la garantía de la tutela judicial efectiva, asegurando los derechos de las víctimas menores de edad.

Metodológicamente, esta investigación adopta un enfoque cualitativo basado en el análisis documental, normativo y jurisprudencial. Se consultaron fuentes normativas nacionales como la Ley 906 de 2004⁶ y la Ley 1098 de 2006,⁷ jurisprudencia de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia, estadísticas institucionales y estudios doctrinales relevantes. Asimismo, se incluyó un análisis comparado con sistemas jurídicos de España, Estados Unidos y el Reino Unido, lo cual permite una comprensión amplia y contextualizada del fenómeno objeto de estudio.

En este sentido, se revisan los fundamentos legales que sustentan la prueba anticipada, así como los antecedentes jurisprudenciales que han moldeado su aplicación en el sistema judicial colombiano. Este análisis permite identificar las fortalezas y debilidades del marco normativo actual y ofrece insumos para formular propuestas de mejora orientadas a optimizar la protección de las víctimas y la eficacia del proceso judicial.

⁶ Ley 906 de 2004, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal, Colombia, 2004. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14787>.

⁷ Ley 1098 de 2006, Por la cual se expide el Código de Infancia y Adolescencia, Colombia, 2006, <https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/codigoinfancialey1098.pdf>.

Además, se identifican los desafíos prácticos que enfrentan los operadores judiciales y los profesionales involucrados en la toma de la prueba anticipada. La formación y sensibilización permanente de estos actores es esencial para reducir el impacto traumático en las víctimas y garantizar que sus testimonios sean recolectados con el máximo respeto y cuidado. Con ello, se fortalece el sistema de justicia y se mejora la aplicación de la prueba anticipada en casos de delitos sexuales contra NNA, contribuyendo así a una mayor protección y acceso a la justicia para las víctimas.

II. DELITOS SEXUALES EN NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN COLOMBIA

Los delitos sexuales contra NNA en Colombia, representan una violación grave y persistente a los derechos fundamentales de esta población vulnerable. Estos delitos se manifiestan de diversas formas, abarcando desde abusos físicos hasta psicológicos y emocionales; y se perpetúan en gran medida debido a las relaciones de poder y desigualdad entre los agresores y las víctimas.

Según la Encuesta Nacional de Violencias contra NNA, el 41% de los menores de 18 años en Colombia han sufrido algún tipo de violencia, ya sea sexual, física o psicológica.⁸ Esta cifra alarmante subraya la gravedad de la problemática y la necesidad urgente de implementar medidas efectivas de protección y prevención.

Uno de los factores que contribuye al alto índice de delitos sexuales en Colombia, es la proximidad entre las víctimas y los agresores. Los estudios revelan que el 72% de estos delitos ocurren dentro de los hogares y que un 28,4% de los casos son perpetrados por miembros de la familia.⁹ Esta cercanía, junto con la relación de confianza que

⁸ Violencia sexual en niñas, niños y adolescentes: ¿cómo identificarla?, Portal ICBF – Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 18 de junio de 2020, <https://www.icbf.gov.co/mis-manos-te-ensenan/violencia-sexual-en-ninas-ninos-y-adolescentes-como-identificarla>.

⁹ Delitos sexuales en Colombia: menores de edad, Colombia Legal Corporation, 2024, <https://www.colombialelegalcorp.com/blog/delitos-sexuales-en-colombia-menores-de-edad/>.

habitualmente existe entre el agresor y la víctima, dificulta la denuncia y el reconocimiento temprano de los abusos, perpetuando el ciclo de violencia e impidiendo una intervención oportuna por parte de las autoridades.

La introducción y proliferación de las tecnologías de la información y la comunicación han añadido nuevas dimensiones al problema de los delitos sexuales contra NNA en Colombia. El *Child Grooming*, por ejemplo, se ha convertido en una amenaza creciente, en la que adultos manipulan y preparan a menores a través de medios digitales con el fin de cometer abusos sexuales.¹⁰ Esta forma de explotación sexual es especialmente difícil de combatir, dado el anonimato de los agresores y la facilidad con que acceden a las víctimas mediante plataformas digitales. Este nuevo desafío exige el desarrollo de estrategias innovadoras y la cooperación internacional para su control y prevención efectivos.

En respuesta a esta crisis, el estado colombiano ha adoptado varias reformas legales para mejorar la protección de los NNA y garantizar que los procesos judiciales relacionados con delitos sexuales sean tratados con la debida diligencia. La Ley 2081 de 2021, que declara imprescriptible la acción penal en casos de delitos sexuales contra menores de 18 años, incluyendo el incesto, es un ejemplo de estas reformas.¹¹ Esta legislación refuerza el compromiso del Estado con la protección de los derechos de los menores y establece un marco más sólido para la persecución y sanción de los delitos sexuales, asegurando que no queden impunes con el paso del tiempo.

¹⁰ Cruz Bolívar, L. El “Child Grooming” y regulación del delito sexual virtual contra niños, niñas y adolescentes en Colombia. *Derecho Penal y Criminología*, 42(113), 43–96.

¹¹ Ley 2081 de 2021, Por la cual se declara imprescriptible la acción penal en caso de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito de incesto, cometidos en menores de 18 años – No más silencio, Colombia, 2021, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=157592>.

III. DEL PROCEDIMIENTO EN LAS DENUNCIAS DE LOS DELITOS SEXUALES

El procedimiento judicial en casos de delitos sexuales contra NNA en Colombia está cuidadosamente estructurado para proteger a las víctimas y garantizar la adecuada recolección, preservación y manejo de las pruebas.¹² El objetivo principal es salvaguardar la dignidad y los derechos de las víctimas, mientras se asegura la integridad del proceso judicial.

Cuando se presenta una denuncia por un delito sexual, se activa un protocolo de actuación que busca recopilar todas las evidencias disponibles, asegurando que estas sean tratadas con el debido cuidado y diligencia para evitar su deterioro o pérdida. Este protocolo se fundamenta en la Ley 906 de 2004, que regula el sistema penal acusatorio en Colombia y exige la observancia rigurosa de la cadena de custodia para que las pruebas mantengan su validez a lo largo del proceso.¹³ La cadena de custodia constituye un mecanismo esencial para garantizar la autenticidad y conservación de las pruebas desde el momento de su recolección hasta su presentación en juicio. Este proceso involucra a los agentes de la SIJIN y del Cuerpo Técnico de Investigación (CTI), quienes deben cumplir con protocolos estrictos que aseguren que las pruebas no sean manipuladas ni alteradas.¹⁴

A. Presentación de la Denuncia

Una denuncia por un delito sexual puede ser presentada por la víctima, sus representantes legales o cualquier persona que tenga conocimiento del delito. Esta

¹² Botero Muñoz, M. A., La prueba anticipada testimonial en víctimas de delitos sexuales como herramienta eficaz para evitar la revictimización y asegurar la veracidad de la prueba, Edu.Co, s. f., recuperado el 24 de julio de 2024, <https://ridum.umanizales.edu.co/xmlui/bitstream/handle/20.500.12746/4023/Articulo%20para%20grado%20especializacion%20spp%20angélica%20botero.pdf?sequence=1&isallowed=y>.

¹³ Ley 906 de 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial No. 45.658, 31 de agosto de 2004. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=13442>.

¹⁴ Fiscalía General de la Nación (Colombia). Manual del Sistema de Cadena de Custodia: elementos materiales probatorios y evidencia física. Bogotá, Colombia: Fiscalía General de la Nación, 2018 (Resolución 0-6394 de 2004). Disponible en: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/MANUAL-DEL-SISTEMA-DE-CADENA-DE-CUSTODIA.pdf>.

denuncia puede realizarse ante diferentes autoridades, incluyendo la Fiscalía General de la Nación, la Policía Nacional o los Centros de Atención Integral a Víctimas de Abuso Sexual (CAIVAS).¹⁵

Una vez radicada la denuncia, la Fiscalía inicia una investigación preliminar con el fin de recolectar pruebas y determinar la veracidad de los hechos denunciados. En esta etapa, la cadena de custodia desempeña un papel crucial, ya que todas las pruebas obtenidas, incluidas las entrevistas, exámenes médicos y evaluaciones psicológicas, deben ser debidamente documentadas y gestionadas conforme a los estándares legales vigentes. El cumplimiento riguroso de esta cadena garantiza la integridad, autenticidad y validez probatoria durante todo el proceso penal.¹⁶

B. Investigación Preliminar y Cadena de Custodia

Durante la fase de investigación preliminar, se pueden realizar a la víctima entrevistas, exámenes médicos y peritajes psicológicos. Asimismo, se implementan medidas de protección, como órdenes de alejamiento y apoyo psicológico, con el objetivo de garantizar la seguridad y el bienestar de la víctima. En este contexto, resulta fundamental que los agentes de investigación respeten estrictamente la cadena de custodia durante la recolección de evidencias, asegurando que estas no sean alteradas ni manipuladas.¹⁷

La cadena de custodia abarca todo el proceso desde la recolección inicial hasta el almacenamiento y la eventual presentación de las pruebas ante un juez. Si este procedimiento no se cumple adecuadamente, las pruebas pueden ser invalidadas, lo que comprometería la integridad del proceso judicial.

¹⁵ Ministerio de Justicia y del Derecho (Colombia). “¿Qué hacer en caso de ser víctima o conocer de un abuso o violencia de tipo sexual?”, en *Violencia Sexual*. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho, 2024. Disponible en: <https://www.minjusticia.gov.co/programas-co/LegalApp/Paginas/Qu-hacer-en-caso-de-ser-victima-o-conocer-de-un-abuso-o-violencia-de-tipo-sexual.aspx>

¹⁶ Ley 906 de 2004, *op. cit.*

¹⁷ Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (CEDES). Protocolo modelo para la recolección, resguardo, preservación y cadena de custodia de evidencia biológica en casos de abuso sexual contra niñas, niños y adolescentes. Buenos Aires: CEDES, 2021. Disponible en: <https://repositorio.cedes.org/handle/123456789/4661>.

Para garantizar que la recolección y el manejo de las pruebas sean válidas y admisibles, es indispensable que tanto los agentes de investigación como los operadores judiciales sigan de manera estricta el procedimiento exigido por la ley. La Ley 906 de 2004, establece que cualquier irregularidad en el manejo de la cadena de custodia puede dar lugar a la exclusión de las pruebas durante el juicio, afectando de manera decisiva el resultado del proceso.¹⁸

Este procedimiento puede ser comparado con la interdependencia entre docentes, estudiantes e instituciones educativas: todos los elementos deben funcionar adecuadamente para lograr un resultado eficaz. De forma similar, el avance efectivo de la investigación penal exige la participación coordinada del agresor, la víctima, el equipo de investigación y una gestión impecable de las pruebas mediante una cadena de custodia rigurosamente mantenida.

C. Participación del Juez de Control de Garantías

La intervención del juez de control de garantías es fundamental en el proceso penal, ya que su función principal consiste en supervisar que las pruebas sean obtenidas y conservadas de manera adecuada, garantizando la legalidad de la aplicación de la prueba anticipada y la correcta implementación de las medidas de protección.¹⁹

El juez tiene la responsabilidad de verificar que la recolección de las pruebas se realice en condiciones que respeten los derechos fundamentales y la dignidad de las víctimas, asegurando así su validez y admisibilidad en el juicio. Asimismo, vela por el cumplimiento riguroso de la cadena de custodia, evaluando que las evidencias se conserven sin alteraciones y que el procedimiento seguido para su obtención cumpla con los estándares legales establecidos.

¹⁸ Ley 906 de 2004, *op. cit.* s.n.p.

¹⁹ Bustillos, L. F. D., Prueba anticipada de niños, niñas y adolescentes se puede realizar incluso en fase de juicio, Acceso a la Justicia, 2023, <https://accesoalajusticia.org/prueba-anticipada-de-ninos-ninas-y-adolescentes-se-puede-realizar-incluso-en-fase-de-juicio/>.

En este sentido, el rol del juez de control de garantías constituye una garantía esencial para la legitimidad del proceso penal y para la protección efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales.

D. Imputación de Cargos y Juicio

Si la Fiscalía encuentra pruebas suficientes durante la investigación preliminar, se procede a la imputación de cargos contra el presunto agresor. En esta etapa, se celebran audiencias en las que se informa formalmente al acusado sobre los cargos que se le atribuyen, brindándole la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa y preparar su estrategia jurídica.²⁰ Posteriormente, se realiza una audiencia de medidas de aseguramiento, en la cual se valoran las pruebas presentadas y se determina si el imputado debe ser sometido a detención preventiva, con el fin de evitar interferencias en la investigación o garantizar la seguridad de la víctima.

Durante el juicio, se presentan todas las pruebas y testimonios recolectados, respetando en todo momento la cadena de custodia. En este contexto, la prueba anticipada desempeña un papel fundamental, ya que permite la recolección oportuna de evidencias que conservan su valor probatorio hasta el momento del juicio.

Este procedimiento integral contribuye a que el proceso judicial se desarrolle conforme a los principios legales, asegurando tanto la protección de los derechos de las víctimas como la debida administración de justicia.

E. Apelación y Revisión

Finalmente, tanto la defensa como la Fiscalía tienen el derecho de apelar la sentencia cuando consideren que se han producido errores en el desarrollo del proceso judicial o en la valoración de las pruebas.²¹ La apelación constituye un mecanismo fundamental

²⁰ Cano, Óscar. “La prueba en el derecho de familia. El artículo 752 de la L.E.C.”, Oscar Cano | Abogado de Familia y Sucesiones, 22 de mayo de 2016. Disponible en: <https://www.oscar-cano.com/la-prueba-derecho-familia-articulo-752-la-l-e-c/>.

²¹ Lobo Soria, Christian Willy; Hoyos Barata, María Verónica. “La prueba anticipada en los delitos de violación sexual de menores de edad y el debido proceso en el distrito judicial de Ucayali–2021”. Repositorio de la Universidad

para garantizar la corrección de posibles fallos y asegurar una administración de justicia adecuada, en la que se respeten plenamente los derechos tanto de las víctimas como de los acusados.

Este recorrido procesal, desde la presentación de la denuncia hasta el juicio y la eventual revisión en segunda instancia, depende de la correcta aplicación de la cadena de custodia y de otros procedimientos esenciales, que aseguran la integridad y validez de las pruebas. Solo mediante este cumplimiento riguroso es posible facilitar una administración de justicia eficiente, equitativa y conforme con los principios del debido proceso.

IV. LA PRUEBA ANTICIPADA

A. Definición.

La prueba anticipada es un mecanismo procesal de carácter excepcional dentro del sistema judicial colombiano, diseñado específicamente para la obtención y conservación de pruebas antes de la fase de juicio. Este instrumento adquiere particular relevancia en los casos de delitos sexuales que involucran a niños, niñas y adolescentes (NNA), debido al alto riesgo de revictimización al que se ven expuestas las víctimas al tener que repetir sus testimonios en múltiples momentos del proceso judicial.

La finalidad principal de la prueba anticipada es asegurar que los testimonios y otras evidencias fundamentales sean recolectados en condiciones óptimas, minimizando el impacto emocional y psicológico sobre los NNA, y garantizando, al mismo tiempo, la integridad del proceso judicial y el respeto por la dignidad de las víctimas.²²

Nacional de Ucayali, 2022. Disponible en: <https://repositorio.unu.edu.pe/items/25d120b0-562a-4a99-90f5-ae8aca0a2654>.

²² Blanco Martínez, Luis José; Buenahora Remolina, Leyny Yadira; Gómez López, Iván. “Viabilidad de la práctica de la prueba anticipada testimonial en víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual en menores de catorce años”. Repositorio Institucional Universidad Libre, 4 de febrero de 2015.

Por tanto, la correcta aplicación de este mecanismo resulta esencial para preservar la validez jurídica de las pruebas desde las etapas iniciales del proceso penal y para proteger los derechos fundamentales de las víctimas menores de edad, evitando que su participación en el proceso les cause nuevos daños.

B. Origen

La figura de la prueba anticipada en Colombia tiene su origen en la Ley 906 de 2004, que regula el sistema penal acusatorio en el país. Esta ley introdujo disposiciones específicas para su aplicación, reconociendo la necesidad de proteger a las víctimas de delitos sexuales desde las primeras etapas del proceso judicial. Dicha Ley supuso un cambio estructural en el modelo procesal colombiano, al transitar hacia un sistema de corte acusatorio, menos inquisitivo y con mayor énfasis en la garantía de los derechos fundamentales, en especial de las víctimas.²³

Esta legislación refleja el compromiso del estado colombiano con la protección de los derechos de los NNA y su esfuerzo continuo por mejorar la respuesta del sistema de justicia ante los delitos sexuales. La incorporación de la prueba anticipada fue una respuesta directa a la necesidad de preservar de forma íntegra y oportuna los testimonios de las víctimas, evitando su deterioro o pérdida probatoria.

Esta medida ha sido crucial para fortalecer la protección de los NNA y aumentar la eficacia en la persecución penal de los delitos sexuales, al permitir que el proceso judicial se adapte a las condiciones especiales de vulnerabilidad de estas víctimas. Además, ha facilitado el diseño de mecanismos de apoyo y protección que acompañan a las víctimas a lo largo del proceso.²⁴

La prueba anticipada se ha consolidado como un instrumento esencial en el sistema de justicia colombiano, particularmente para la protección de víctimas vulnerables. Su implementación no solo garantiza la preservación de la prueba, sino que

²³ Ley 906 de 2004, *op. cit.* s.n.p.

²⁴ Ley 906 de 2004, *op. cit.* s.n.p.

contribuye a mitigar el daño emocional que podría ocasionarse a las víctimas por la repetición reiterada de su testimonio. No obstante, su adecuada ejecución exige un manejo responsable y riguroso por parte de las autoridades judiciales, asegurando el respeto de los derechos procesales tanto de las víctimas como de los acusados.

En este sentido, la evolución de la prueba anticipada refleja un avance importante en la modernización y humanización de la justicia penal en Colombia, al priorizar el bienestar de las víctimas sin sacrificar las garantías del debido proceso.

C. Antecedentes

La aplicación de la prueba anticipada en Colombia ha sido consolidada y precisada mediante importantes decisiones jurisprudenciales que han delineado su alcance y condiciones. La Corte Constitucional, en sentencias como la T-116/17²⁵ y la T-008/20,²⁶ ha subrayado la importancia de evitar la revictimización de los NNA y de garantizar la integridad del proceso judicial mediante una adecuada ejecución de este mecanismo.

Estas decisiones han establecido directrices claras para la recolección y manejo de pruebas en casos de delitos sexuales contra menores, destacando la necesidad de que los operadores judiciales no solo cuenten con formación jurídica general, sino con capacitación especializada en el trato a NNA, que les permita abordar estos casos con respeto, sensibilidad y competencia técnica.

Es fundamental resaltar que en los delitos sexuales, la especialización de los operadores judiciales es una condición imprescindible para prevenir nuevas afectaciones a la dignidad de las víctimas. Tal como un odontólogo general no atiende a un niño sin

²⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-116/17, C-5.645.844. Ponencia del magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez. Bogotá: Corte Constitucional, 23 de febrero de 2017. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-116-17.htm>.

²⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-008/20. Acción de tutela contra providencias judiciales. Ponencia del magistrado José Fernando Reyes Cuartas. Bogotá: Corte Constitucional, 20 de enero de 2020. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-008-20.htm>.

formación en odontopediatría, los jueces, fiscales y psicólogos forenses deben estar capacitados para interactuar adecuadamente con menores en contextos judiciales.

La jurisprudencia ha sido un eje central en el fortalecimiento normativo de la prueba anticipada, proporcionando un marco interpretativo robusto que favorece la protección de las víctimas, garantizando que sus testimonios y pruebas sean manejados con el debido cuidado y respeto.²⁷ Además, ha promovido mejoras en la formación y profesionalización de quienes participan en la toma y análisis de la prueba.

La capacitación continua de fiscales, jueces y peritos forenses resulta esencial no solo para la adecuada aplicación de la prueba anticipada, sino también para asegurar la integridad del proceso judicial y evitar la revictimización.

Algunos ejemplos de decisiones clave incluyen:

- Sentencia T-116/17: Reitera la necesidad de evitar la revictimización de los NNA en procesos judiciales, destacando la aplicación oportuna y respetuosa de la prueba anticipada. Subraya la obligación de que los operadores judiciales cuenten con las herramientas y formación necesarias para salvaguardar la dignidad de las víctimas.
- Sentencia T-008/20: Enfatiza la relevancia de protocolos adecuados para la recolección de pruebas en delitos sexuales contra menores, insistiendo en la formación especializada del personal encargado para evitar errores en la manipulación probatoria y garantizar la integridad del proceso.
- Sentencia C-936/10: Reconoce la prueba anticipada como un recurso clave dentro de los mecanismos especiales de protección para víctimas de delitos

²⁷ Marrero Guanche, D. “La prueba testifical anticipada como instrumento para reducir la victimización secundaria de menores de edad en el proceso penal”. *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 38 (2021): 105–129. DOI: 10.25145/j.anfade.2021.38.05. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8322455>.

sexuales, y reitera que los operadores judiciales deben estar capacitados para manejar estos casos de forma respetuosa y efectiva.

- Sentencia C-209/12: Examina las medidas de protección judicial para víctimas menores de violencia sexual, haciendo hincapié en la rigurosa observancia de la cadena de custodia y en la formación especializada que deben tener jueces y peritos para actuar de manera profesional y sensible.

D. Aplicación

En la práctica, la aplicación de la prueba anticipada en casos de delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes (NNA) implica un proceso rigurosamente controlado y técnicamente exigente para la recolección de pruebas. Las autoridades judiciales deben asegurarse de que los testimonios de las víctimas sean recogidos de manera respetuosa y cuidadosa, minimizando en todo momento el impacto emocional y psicológico sobre los NNA.

La prueba anticipada no se limita exclusivamente a la obtención de declaraciones, sino que también puede abarcar peritajes, informes técnicos y otras evidencias fundamentales para el esclarecimiento de los hechos.²⁸ Este procedimiento busca equilibrar la necesidad de justicia con la protección integral de las víctimas, garantizando que sus derechos sean salvaguardados en cada fase del proceso.

La correcta aplicación de la prueba anticipada es esencial para asegurar que las víctimas reciban el respaldo y la protección que requieren, al tiempo que se garantiza que los responsables enfrenten las consecuencias legales que correspondan. Este enfoque permite al sistema judicial cumplir su función de defensa de los derechos fundamentales,

²⁸ Abad García, María Belén. “Prueba preconstituida. Protección del menor de edad víctima del delito sexual”. Abad-Abogados (Blog), publicado en mayo de 2023. Disponible en: <https://abad-abogados.es/prueba-preconstituida-proteccion-menor-edad-victima-delito-sexual/>.

asegurando un juicio justo, reduciendo el riesgo de revictimización y preservando la integridad probatoria.²⁹

En síntesis, la prueba anticipada constituye un pilar estratégico del sistema de justicia penal colombiano, desempeñando un papel clave en la lucha contra los delitos sexuales y en la protección efectiva de los derechos de las víctimas más vulnerables.

V. PRINCIPIOS Y BUENAS PRÁCTICAS JUDICIALES EN MATERIA PROBATORIA

Es fundamental comprender que el principio de legalidad constituye la base sobre la cual se estructura todo el sistema probatorio en el ámbito judicial. Este principio no solo garantiza que las pruebas sean obtenidas de forma legítima, sino que también asegura su correcta presentación ante los tribunales. En el contexto colombiano, dicho marco está regulado por la Ley 906 de 2004, que define los procedimientos del sistema penal acusatorio y establece directrices claras para la recolección y manejo de pruebas, asegurando su validez y confiabilidad a lo largo del proceso penal. La observancia estricta de este principio preserva la integridad del proceso judicial, condición esencial para garantizar una justicia efectiva y equitativa.³⁰

En coherencia con lo anterior, la legalidad también implica que las pruebas deben ser pertinentes y relevantes al caso. Toda prueba obtenida de forma ilícita, como aquellas que vulneren derechos constitucionales, debe ser excluida del proceso judicial a fin de preservar la legitimidad del sistema.³¹ Este principio está alineado con lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política de la República de Colombia, que consagra el

²⁹ Yanes Sevilla, Marjorie Dayanara. “El testimonio anticipado como medio de prueba en delitos de abuso sexual: estudio de casos”. Tesis (Maestría en Derecho Penal). Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2021. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10644/8202>.

³⁰ Ley 906 de 2004, op. cit. s.n.p.

³¹ *Ídem*.

debido proceso y prohíbe el uso de pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales.

Asimismo, los principios de imparcialidad y objetividad son esenciales para que jueces, fiscales y demás operadores de justicia evalúen las pruebas sin sesgos ni preferencias indebidas. Estos principios exigen que las decisiones judiciales se basen únicamente en hechos verificables y evidencias presentadas durante el juicio, libres de influencias externas o subjetivas.³² Para garantizar dicha imparcialidad, se han previsto mecanismos como la recusación en casos de conflicto de interés.

En asuntos que involucran a NNA, resulta imprescindible que los operadores judiciales cuenten con formación continua no solo en técnicas probatorias, sino también en derechos humanos y en aspectos específicos vinculados a esta población vulnerable. Esta formación les permite aplicar adecuadamente las normas procesales y proteger los derechos de los NNA en cada etapa del proceso. La objetividad, por su parte, exige criterios uniformes y bien definidos, lo que contribuye a evitar decisiones arbitrarias.³³ En línea con ello, la Ley 906 de 2004 impone a los jueces la obligación de motivar sus fallos, explicando con claridad las razones que sustentan la valoración de las pruebas, lo cual refuerza la importancia de una capacitación especializada en la atención de NNA.³⁴

En consecuencia, la protección de víctimas y testigos es prioritaria, particularmente en casos de delitos sexuales donde las víctimas son menores. La implementación de la prueba anticipada testimonial permite que los testimonios sean recabados en un entorno seguro y controlado antes del juicio, reduciendo así el riesgo de revictimización.³⁵ Además, esta medida garantiza que el testimonio sea recogido en condiciones óptimas, preservando su frescura, precisión y valor probatorio.

³² Palladino Pellón – Abogados Penalistas. “La credibilidad del menor y el dictamen pericial”. Palladinopellonabogados.com (blog), 11 de enero de 2021. Disponible en: <https://www.palladinopellonabogados.com/la-credibilidad-del-menor-y-el-dictamen-pericial/>.

³³ Muñoz, La prueba anticipada testimonial..., *op. cit.*

³⁴ Ley 906 de 2004, *op. cit.* s.n.p.

³⁵ Blanco Martínez *et al.*, *op. cit.*

Cabe destacar que en Colombia, la prueba anticipada testimonial está regulada por un conjunto de normas orientadas a proteger a las víctimas, asegurando la validez jurídica de sus declaraciones y su uso efectivo en el proceso sin comprometer su bienestar emocional. La Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia, contempla procedimientos específicos para la protección de menores víctimas y testigos, incluyendo la posibilidad de rendir declaración mediante medios tecnológicos para evitar el contacto directo con el presunto agresor.

Asimismo, la confidencialidad y privacidad de las víctimas y testigos son principios fundamentales de la administración de justicia. Proteger su identidad y datos personales impide su exposición pública y posibles represalias, garantizando así su participación segura en el proceso judicial.³⁶ Las disposiciones vigentes prevén medidas como audiencias a puerta cerrada y el uso de técnicas como el anonimato o la distorsión de voz cuando sea necesario.

Finalmente, la valoración de la prueba debe realizarse de forma integral y desde un enfoque multidisciplinario, considerando la totalidad de las evidencias y su interrelación. Este abordaje holístico permite una comprensión más completa y contextualizada de los hechos, integrando dimensiones jurídicas, científicas, psicológicas y sociológicas. La evaluación rigurosa de la prueba incluye la corroboración de testimonios con evidencia material, pericial y científica, así como el análisis de la consistencia y credibilidad de las declaraciones.³⁷ Este análisis debe incorporar criterios científicos, técnicos y humanísticos, asegurando que las pruebas sean valoradas con objetividad, precisión y desde múltiples enfoques.

Por tanto, la formación y actualización continua de jueces, fiscales y defensores es indispensable para garantizar la aplicación adecuada de estos principios y prácticas probatorias. Dicha formación debe integrar conocimientos técnicos, jurídicos, científicos

³⁶ Línea Convivencia y Seguridad Ciudadana. “Explotación sexual de NNA en Colombia: un delito invisible”. Pares (blog institucional), 14 de febrero de 2023. Disponible en: <https://www.pares.com.co/post/explocaci%C3%B3n-sexual-de-nna-en-colombia-un-delito-invisible>

³⁷ Palladino Pellón – Abogados Penalistas, “La credibilidad del menor...”, op. cit.

y en derechos humanos, así como competencias específicas para el manejo de víctimas y testigos.³⁸ En resumen, una capacitación multidisciplinaria y permanente permite a los operadores de justicia mantenerse actualizados y actuar conforme a estándares nacionales e internacionales, fortaleciendo así una administración de justicia eficaz, humana y respetuosa de los derechos.

VI. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

La tutela judicial efectiva es un principio fundamental que garantiza el acceso a un proceso judicial justo, imparcial y expedito. Establecido en el artículo 229 de la Constitución Política de la República de Colombia y en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, este principio adquiere especial relevancia en el caso de los NNA, quienes se encuentran en una situación de vulnerabilidad que demanda protección reforzada.³⁹

En este contexto, la tutela efectiva no solo garantiza el derecho de los NNA a ser escuchados, sino también a recibir una respuesta judicial pronta que proteja su integridad, seguridad y bienestar a lo largo del proceso. Los NNA víctimas de delitos sexuales gozan de derechos fundamentales que deben ser garantizados mediante acciones concretas.⁴⁰

Entre estos derechos destacan:

- Derecho a la información: Los NNA tienen derecho a recibir información clara, comprensible y adaptada a su edad sobre el desarrollo del proceso,

³⁸ Reyes-Ruiz, L. & Carmona Alvarado, F. A. “La investigación documental para la comprensión ontológica del objeto de estudio”. Ediciones Universidad Simón Bolívar, 2020. Disponible en: <https://hdl.handle.net/20.500.12442/6630>.

³⁹ Bustillos, Luis Fernando Damiani. “Prueba anticipada de niños, niñas y adolescentes se puede realizar incluso en fase de juicio”. Acceso a la Justicia (Sala Constitucional), 12 de julio de 2023. Disponible en: <https://accesoalajusticia.org/prueba-anticipada-de-ninos-ninas-y-adolescentes-se-puede-realizar-incluso-en-fase-de-juicio/>.

⁴⁰ *Ídem*.

las decisiones adoptadas y el estado de las investigaciones.⁴¹ Esto asegura una participación consciente y reduce el riesgo de ansiedad o confusión.

- Derecho a la protección: Deben estar protegidos frente a intimidaciones, represalias y cualquier forma de revictimización. Medidas como la confidencialidad de su identidad y la celebración de audiencias reservadas son fundamentales para su resguardo.⁴²
- Derecho a ser escuchados: Los NNA tienen derecho a expresar sus opiniones y preocupaciones, y estas deben ser consideradas con seriedad y sensibilidad. La formación continua de jueces y fiscales en técnicas de valoración de testimonios y derechos humanos es esencial para garantizar decisiones objetivas y justas.⁴³
- Derecho a la reparación: La reparación debe ser integral, incluyendo no solo la compensación económica, sino también el acceso a servicios de rehabilitación y apoyo psicológico continuo, con el fin de ayudar a las víctimas a superar el trauma.⁴⁴
- Medidas específicas para NNA víctimas de delitos sexuales: La prueba anticipada testimonial es crucial para recoger sus declaraciones en un entorno seguro y sin confrontación directa con el agresor. El uso de tecnologías como las videoconferencias refuerza esta protección.⁴⁵ Además, es indispensable brindar acompañamiento psicológico durante todo el proceso para garantizar su participación efectiva y minimizar las secuelas emocionales.

⁴¹ *Ídem.*

⁴² Blanco Martínez *et al.*, *op. cit.*

⁴³ Palladino Pellón – Abogados Penalistas, “La credibilidad del menor...”, *op. cit.*

⁴⁴ *Ídem.*

⁴⁵ Blanco Martínez *et al.*, *op. cit.*

Finalmente, la credibilidad de los testimonios de los NNA debe evaluarse libre de prejuicios y estereotipos. La capacitación especializada de los operadores judiciales en derechos humanos y técnicas de entrevista es clave para asegurar el respeto pleno a los derechos de los menores durante todo el procedimiento.

VII. ASPECTOS PROBATORIOS EN EL DERECHO DE FAMILIA

En los procesos de derecho de familia, la admisión y valoración adecuada de diversos tipos de prueba es esencial para asegurar decisiones judiciales justas y equitativas. Dada la complejidad de los conflictos familiares, es necesario adoptar un enfoque integral que contemple múltiples fuentes de evidencia.⁴⁶

Entre los principales tipos de prueba utilizados destacan:

- Prueba documental: Incluye documentos oficiales y privados como certificados de nacimiento, registros de matrimonio, informes médicos y escolares. Estas pruebas ofrecen una base objetiva y verificable sobre los hechos. Su autenticidad y precisión son claves para una correcta valoración judicial.⁴⁷
- Testimonios: Son relevantes y pueden provenir de familiares, docentes, profesionales o amigos. La credibilidad y coherencia de los testimonios son elementos críticos, especialmente por la carga emocional que puede acompañarlos. El juez debe analizarlos con criterio y en contexto.⁴⁸
- Prueba pericial: Los informes de psicólogos, trabajadores sociales y otros expertos aportan evaluaciones técnicas sobre aspectos sensibles como la

⁴⁶ Blanco Martínez *et al.*, *op. cit.*

⁴⁷ Cano, “La prueba en el derecho de familia...”, *op. cit.*

⁴⁸ Sempere-Gelardo Abogados. “Apuntes sobre la prueba en procesos de familia que afecten a menores”. Sempere-Gelardo Abogados (blog), 17 de junio de 2022. Disponible en: <https://sempere-gelardoabogados.es/apuntes-sobre-la-prueba-en-procesos-de-familia-que-afecten-a-menores/>

idoneidad parental, el entorno familiar o el estado emocional del menor. Estas pruebas complementan las documentales y testimoniales, ofreciendo un análisis especializado.⁴⁹

Asimismo, se recurre a la prueba anticipada en casos donde existe riesgo de pérdida o inaccesibilidad de la evidencia, especialmente en testimonios de menores víctimas de violencia o abuso. Su práctica oportuna preserva la integridad de la prueba y evita la exposición reiterada de los niños a situaciones traumáticas.⁵⁰ Esta prueba debe cumplir estrictamente con las garantías legales para asegurar su admisibilidad.

El interés superior del niño debe guiar toda valoración probatoria. Las decisiones deben orientarse al desarrollo integral del menor, considerando su estabilidad emocional, seguridad y derechos fundamentales.⁵¹ Es crucial que las pruebas reflejen objetivamente la capacidad de los padres para brindar un entorno protector.

Finalmente, los procesos de familia presentan desafíos como la obtención de pruebas objetivas en entornos emocionales, la manipulación de información y la sensibilidad que requiere la escucha de menores. Una administración probatoria rigurosa y respetuosa es esencial para garantizar justicia y proteger los intereses de todas las partes involucradas.

En síntesis, el derecho de familia requiere integrar pruebas documentales, testimoniales, periciales y anticipadas para una resolución completa y justa de los conflictos. La exactitud, fiabilidad y tratamiento sensible de la prueba son fundamentales para dictar decisiones que respeten los derechos y el bienestar de los niños y demás intervinientes.

⁴⁹ Blanco Martínez *et al.*, *op. cit.*

⁵⁰ Bustillos, “Prueba anticipada de niños, niñas y adolescentes...”, *op. cit.*

⁵¹ Sempere-Gelardo Abogados, “Apuntes sobre la prueba...”, *op. cit.*

VIII. LIBERTAD PROBATORIA Y PRUEBAS EXTRAPROCESALES

La libertad probatoria es un principio fundamental del sistema procesal penal que permite a las partes involucradas presentar cualquier medio de prueba que consideren pertinente para sustentar sus argumentos. Esta flexibilidad resulta esencial para adaptar el proceso a las particularidades de cada caso, favoreciendo una comprensión más completa y justa de los hechos. No obstante, dicha libertad no es absoluta, ya que se encuentra limitada por las disposiciones legales y los principios éticos que rigen la actividad judicial.⁵²

Dentro de este marco, las pruebas extraprocesales son aquellas que, aunque obtenidas fuera del proceso judicial formal, pueden ser admitidas como elementos probatorios siempre que cumplan con ciertos requisitos. Su uso se ha incrementado considerablemente en el contexto digital contemporáneo, debido a la proliferación de nuevas formas de comunicación e interacción. Ejemplos relevantes incluyen:

- Pruebas documentales informales: Tales como correspondencia personal, registros privados, mensajes electrónicos o cualquier otro documento no incorporado inicialmente al expediente judicial. Su admisibilidad exige la verificación de su autenticidad y relevancia para el caso.
- Testimonios extrajudiciales: Son declaraciones obtenidas fuera del ámbito del tribunal, como entrevistas informales o conversaciones grabadas con consentimiento. Para ser admitidas, deben haberse obtenido de manera ética y legal, y contar con elementos que respalden su veracidad.
- Pruebas digitales: Incluyen datos extraídos de redes sociales, correos o dispositivos electrónicos. Este tipo de evidencia requiere especial atención a su integridad, contexto de obtención y cadena de custodia para asegurar su validez probatoria.

⁵² Ley 906 de 2004, *op. cit.* s.n.p.

Para que las pruebas extraprocesales sean admisibles en juicio, deben cumplir con los siguientes criterios:

- Legalidad: Deben ser recolectadas sin vulnerar derechos fundamentales como la intimidad o el habeas data. Las pruebas obtenidas mediante mecanismos ilícitos, como accesos no autorizados o intervenciones ilegales, deben ser excluidas.
- Relevancia: Deben estar vinculadas de manera directa con los hechos materia del litigio y tener capacidad probatoria suficiente para contribuir a su esclarecimiento.
- Autenticidad: Es necesario demostrar que la prueba corresponde efectivamente a lo que se pretende acreditar. Ello puede lograrse mediante peritajes técnicos, corroboraciones documentales o testimonios de respaldo.

Aunque la libertad probatoria constituye un pilar del debido proceso y de la tutela judicial efectiva, también conlleva riesgos, como la introducción de pruebas irrelevantes, manipuladas u obtenidas de manera ilícita. Por ello, el rol del juez como garante de la legalidad es esencial: debe ejercer un control estricto sobre la admisibilidad probatoria, asegurando que solo se valoren elementos legítimos y confiables.⁵³

En suma, tanto la libertad probatoria como la incorporación de pruebas extraprocesales son instrumentos clave para alcanzar decisiones judiciales fundadas en la verdad material. Sin embargo, su utilización debe estar balanceada con la protección de los derechos fundamentales de las partes, garantizando un juicio justo, imparcial y conforme al ordenamiento jurídico vigente. La vigilancia judicial y el respeto por los estándares legales y éticos son fundamentales para preservar la legitimidad del sistema de justicia.

⁵³ Palladino Pellón – Abogados Penalistas, “La credibilidad del menor...”, *op. cit.*

IX. PRUEBA ANTICIPADA EN EL DERECHO COMPARADO

La prueba anticipada es un mecanismo procesal destinado a la obtención y conservación de pruebas antes del juicio, especialmente en situaciones en las que existe riesgo de pérdida, alteración o deterioro de la evidencia. Su objetivo es garantizar que el tribunal cuente con pruebas sustanciales que permitan adoptar decisiones justas, evitando que la falta de elementos probatorios comprometa la administración de justicia. Sin embargo, su implementación varía significativamente entre jurisdicciones, reflejando diferentes niveles de eficacia y desafíos estructurales.⁵⁴

En España, la Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla la prueba anticipada, especialmente en delitos sexuales y de violencia de género. Este mecanismo requiere autorización judicial y debe realizarse con todas las garantías procesales. Ha demostrado ser eficaz para prevenir la revictimización, aunque enfrenta demoras derivadas de la sobrecarga judicial, lo que limita su efectividad total.⁵⁵

En Estados Unidos, se emplea la figura del *deposition*, en la que los abogados de ambas partes interrogan a los testigos bajo juramento antes del juicio. Este procedimiento es útil en casos complejos como fraudes o litigios empresariales. No obstante, su elevado costo y los recursos requeridos han sido objeto de crítica, ya que tiende a favorecer a las partes con mayor capacidad económica.⁵⁶

El Reino Unido utiliza mecanismos como la *pre-trial deposition* y los *witness statements*, especialmente en casos penales de abuso infantil. Las entrevistas grabadas de las víctimas pueden ser admitidas en juicio, lo que ayuda a evitar su revictimización.

⁵⁴ Blanco Martínez *et al.*, *op. cit.*

⁵⁵ Marrero Guanche, “La prueba testifical anticipada...”, *op. cit.*

⁵⁶ Hoyos, “La prueba anticipada en los delitos...”, *op. cit.*

Sin embargo, la escasez de recursos del sistema judicial británico ha restringido la aplicación uniforme de este mecanismo.⁵⁷

En Colombia, la prueba anticipada está regulada por el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004). Se autoriza en situaciones en las que exista riesgo de pérdida o alteración de la prueba, y ha sido particularmente útil en casos de delitos sexuales contra menores. No obstante, su implementación se ve afectada por la falta de recursos y de personal judicial especializado, lo que puede demorar su ejecución y afectar su eficacia.⁵⁸

Cuadro comparativo – Prueba anticipada en derecho comparado

Figura 1

PAÍS	NORMATIVA	INICIO DEL PROCEDIMIENTO	VENTAJAS	DESVENTAJAS	COMENTARIO
ESPAÑA	Ley de Enjuiciamiento Criminal	Autorizada por juez en casos de delitos sexuales y violencia de género ⁵⁹ .	Protege a las víctimas y evita su revictimización	Retrasos por sobrecarga judicial	Útil, pero limitada por demoras estructurales.
ESTADOS UNIDOS	"Deposition" (declaración anticipada)	Interrogatorio bajo juramento antes del juicio ⁶⁰ .	Asegura disponibilidad de pruebas en casos complejos	Alto costo y desigualdad en el acceso	Eficaz, pero costosa y desigual.
REINO UNIDO	Pre-trial deposition, witness statements	Aplicación en casos penales graves, como abuso infantil ⁶¹ .	Evita revictimización de menores	Limitada por falta de recursos	Efectiva, pero sujeta a restricciones logísticas.
COLOMBIA	Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004)	Autorizada judicialmente ante riesgo de pérdida de pruebas ⁶² .	Protege a menores y asegura integridad probatoria	Escasez de recursos y personal capacitado	Beneficiosa, pero limitada por obstáculos logísticos.

Nota: Elaboración propia.

La implementación de la prueba anticipada ha mostrado distintos niveles de éxito en los países analizados. En España y el Reino Unido, ha sido eficaz para reducir la

⁵⁷ Yanes, "El testimonio anticipado como medio de prueba...", *op. cit.*

⁵⁸ Ley 906 de 2004, *op. cit.* s.n.p.

⁵⁹ Marrero Guanche, "La prueba testifical anticipada...", *op. cit.*

⁶⁰ Hoyos, "La prueba anticipada en los delitos...", *op. cit.*

⁶¹ Yanes, "El testimonio anticipado como medio de prueba...", *op. cit.*

⁶² Ley 906 de 2004, *op. cit.* s.n.p.

revictimización, aunque su eficiencia ha sido afectada por las limitaciones del sistema judicial. En Estados Unidos, ha sido valiosa en litigios complejos, pero su elevado costo ha generado barreras de acceso. En Colombia, su uso ha sido crucial en la protección de víctimas menores, aunque persisten desafíos de infraestructura y formación judicial.

En conclusión, la prueba anticipada constituye una herramienta procesal clave en la protección de víctimas y la garantía del debido proceso. Sin embargo, su efectividad depende de factores como la disponibilidad de recursos, la capacitación de los operadores judiciales y la planificación procesal en cada sistema jurídico.

X. CONCLUSIONES

La implementación de la prueba anticipada en los delitos sexuales contra NNA en Colombia ha demostrado ser una herramienta procesal esencial para proteger a las víctimas y asegurar la integridad del proceso judicial. A partir del análisis detallado de los fundamentos jurídicos y jurisprudenciales, se han identificado elementos clave que evidencian tanto los avances como los desafíos pendientes en su aplicación.

En primer lugar, la prueba anticipada facilita la recolección temprana del testimonio de las víctimas, en condiciones que reducen significativamente el riesgo de revictimización. Este mecanismo permite preservar fielmente sus declaraciones, evitando exposiciones reiteradas a interrogatorios que podrían generar afectaciones emocionales adicionales. La Ley 906 de 2004, complementada por pronunciamientos de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, ha proporcionado una base normativa sólida para la aplicación de esta figura, adaptándose a las especificidades de los delitos sexuales y garantizando la protección de los derechos de los NNA.

La evolución normativa y jurisprudencial observada evidencia un compromiso del Estado con la mejora del sistema judicial para enfrentar adecuadamente la complejidad

de estos delitos. El desarrollo de criterios más garantistas y sensibles a la infancia refleja un avance hacia un modelo de justicia centrado en la víctima.

No obstante, aún persisten obstáculos relevantes para su adecuada implementación. Entre ellos destacan la necesidad de formación continua y especializada para los operadores judiciales, así como la persistencia de resistencias culturales en algunas comunidades. La capacitación y sensibilización de jueces, fiscales y demás profesionales del derecho es indispensable para asegurar que la prueba anticipada se practique con profesionalismo, respeto y empatía. Además, es fundamental promover un cambio cultural que favorezca la aceptación de prácticas procesales orientadas a la protección integral de los NNA.

La correcta aplicación de la prueba anticipada no solo previene la revictimización, sino que también incrementa la eficacia probatoria en el proceso penal, lo cual repercute positivamente en la obtención de sentencias condenatorias justas. Al mejorar la calidad y validez de los testimonios, se fortalece la capacidad del sistema de justicia para imponer sanciones proporcionales y restaurar los derechos vulnerados. Esto contribuye, además, a consolidar la confianza ciudadana en las instituciones judiciales.

En síntesis, la prueba anticipada representa un avance sustancial en la protección de los derechos de las víctimas de delitos sexuales en Colombia. Su implementación ha evidenciado beneficios concretos en términos de preservación de testimonios y mitigación de la revictimización. Sin embargo, para consolidar su eficacia es indispensable reforzar la capacitación de los operadores jurídicos, garantizar recursos adecuados y perfeccionar el marco normativo. Solo mediante estos esfuerzos sostenidos se podrá alcanzar una justicia efectiva, humanizada y equitativa para los NNA víctimas de delitos sexuales.

XI. PROPUESTAS

Para optimizar la aplicación de la prueba anticipada y fortalecer el sistema judicial en Colombia, es fundamental adoptar una serie de medidas estratégicas que aborden tanto las deficiencias actuales como los desafíos estructurales del sistema. En primer lugar, se propone la implementación de programas de formación continua y especializada dirigidos a jueces, fiscales, defensores y demás operadores judiciales. Estas capacitaciones deben enfocarse en técnicas probatorias, derechos humanos y, especialmente, en la protección de víctimas, con énfasis en evitar la revictimización de los NNA. Asimismo, se recomienda la realización de talleres y seminarios sobre buenas prácticas en la recolección y preservación de pruebas anticipadas.

En segundo lugar, resulta necesario revisar y actualizar la legislación vigente para garantizar que contemple de manera adecuada las particularidades de los delitos sexuales contra NNA. Esta actualización debe incluir la elaboración de protocolos específicos para la implementación de la prueba anticipada, asegurando su aplicación uniforme en todo el país. Paralelamente, es indispensable dotar a las instituciones judiciales de los recursos necesarios para una aplicación efectiva del mecanismo, incluyendo equipos tecnológicos, espacios apropiados para la toma de testimonios y la creación de centros especializados en la atención de víctimas de delitos sexuales.

Otro componente esencial es el fortalecimiento de la cooperación interinstitucional. Se debe fomentar la colaboración entre entidades estatales, organizaciones no gubernamentales y organismos internacionales, lo cual permitirá el intercambio de buenas prácticas y experiencias exitosas en la protección de víctimas y la aplicación de la prueba anticipada. Además, se debe garantizar la existencia de redes de apoyo integrales que brinden acompañamiento psicológico, legal y social a las víctimas durante todo el proceso judicial.

Finalmente, se propone establecer mecanismos de monitoreo y evaluación periódica del uso de la prueba anticipada. Esto permitirá identificar áreas de mejora y garantizar su efectividad. En este mismo sentido, es necesario promover investigaciones

académicas que analicen el impacto de este mecanismo en la protección de las víctimas y en la eficacia del sistema judicial, a fin de fundamentar futuras reformas normativas y políticas públicas.

Estas propuestas no solo buscan mejorar la aplicación de la prueba anticipada, sino también fortalecer el sistema judicial colombiano en su conjunto, promoviendo una justicia más humana, efectiva y centrada en los derechos de las víctimas de delitos sexuales contra NNA.

XII. FUENTES CONSULTADAS

Bibliografía

BLANCO MARTÍNEZ, Luis José; BUENAHORA REMOLINA, Leyny Yadira; GÓMEZ LÓPEZ, Iván, “Viabilidad de la práctica de la prueba anticipada testimonial en víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual en menores de catorce años”, Universidad Libre, 2013.

BOTERO MUÑOZ, María Angélica, “La prueba anticipada testimonial en víctimas de delitos sexuales como herramienta eficaz para evitar la revictimización y asegurar la veracidad de la prueba”, Universidad de Manizales, 2024.

CRUZ BOLÍVAR, Leonardo. “El ‘Child Grooming’ y regulación del delito sexual virtual contra niños, niñas y adolescentes en Colombia”. Derecho Penal y Criminología, núm. 42 (113), 2022.

LOBO SORIA, Christian Willy y HOYOS BARATA, María Verónica, “La prueba anticipada en los delitos de violación sexual de menores de edad y el debido proceso en el distrito judicial de Ucayali–2021”. Repositorio Universidad Nacional de Ucayali, 2022.

MARRERO GUANCHE, Diana, “La prueba testifical anticipada como instrumento para reducir la victimización secundaria de menores de edad en el proceso penal”, *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 38, 2021. DOI: 10.25145/j.anfade.2021.38.05.

RIAÑO GONZÁLEZ, Vilma Lucia, “El principio del interés superior del niño. Una teoría para la interpretación constitucional”, Universidad Libre, 2019.

YANES SEVILLA, Marjorie Dayanara. “El testimonio anticipado como medio de prueba en delitos de abuso sexual: estudio de casos”, Universidad Andina Simón Bolívar, 2021.

Medios electrónicos

Abad García, María Belén. “Prueba preconstituida. Protección del menor de edad víctima del delito sexual”. *Abad-Abogados (blog)*, mayo 2023.

Cano, Óscar. “La prueba en el derecho de familia. El artículo 752 de la L.E.C.”, Oscar Cano | Abogado de Familia y Sucesiones, 22 de mayo de 2016.

Damiani, Luis Fernando, “Prueba anticipada de niños, niñas y adolescentes se puede realizar incluso en fase de juicio”. *Acceso a la Justicia (Sala Constitucional)*, 12 de julio de 2023.

Colombia Legal Corporation. “Delitos sexuales en Colombia: menores de edad”, 2024.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. “Violencia sexual en niñas, niños y adolescentes: ¿cómo identificarla?”, 18 de junio de 2020.

Línea Convivencia y Seguridad Ciudadana. “Explotación sexual de NNA en Colombia: un delito invisible”. *Pares*, 14 de febrero de 2023.

Palladino Pellón – Abogados Penalistas. “La credibilidad del menor y el dictamen pericial”.
Palladinopellonabogados.com (blog), 11 de enero de 2021.

Sempere-Gelardo Abogados. “Apuntes sobre la prueba en procesos de familia que
afecten a menores”. Sempere-Gelardo Abogados (blog), 17 de junio de 2022.

Legislación

Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial
No. 45.658, 31 de agosto de 2004.

Ley 1098 de 2006. Por la cual se expide el Código de Infancia y Adolescencia.

Ley 2081 de 2021. Por la cual se declara imprescriptible la acción penal en caso de delitos
contra la libertad, integridad y formación sexuales o el delito de incesto cometidos
en menores de 18 años.

Fiscalía General de la Nación. Manual del Sistema de Cadena de Custodia. Bogotá:
Fiscalía General, 2018.

Ministerio de Justicia y del Derecho. “¿Qué hacer en caso de ser víctima o conocer de un
abuso o violencia de tipo sexual?”, 2024.

CEDES. Protocolo modelo para la recolección, resguardo, preservación y cadena de
custodia de evidencia biológica en casos de abuso sexual contra NNA. Buenos
Aires, 2021.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-116/17. Ponencia del magistrado Luis
Guillermo Guerrero Pérez. 23 de febrero de 2017.
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-008/20. Ponencia del magistrado
José Fernando Reyes Cuartas. 20 de enero de 2020.