

El principio procesal de no discriminación con referencia al 40 aniversario del “Pacto de San José”

JUAN RIVERA HERNÁNDEZ*

SÍNTESIS: Si el derecho procesal es una perspectiva de obtener la defensa de los derechos de las personas y si de manera reciente puede considerarse a la teoría general del proceso como la exposición de los conceptos y principios comunes a las distintas ramas de enjuiciamiento; entonces, la no discriminación, como derecho de las personas reconocido en la Constitución y en el “Pacto de San José”, tendría su perspectiva de ejercicio pleno al observarlo como un principio procesal de la disciplina científica del derecho procesal constitucional.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El derecho de no discriminación como principio.* III. *Idea sobre los principios del derecho procesal en el enjuiciamiento.* IV. *El principio procesal de no discriminación.* V. *Conclusiones.* VI. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

Las consideraciones planteadas representan las limitaciones propias en la comprensión de un sector de las más altas cumbres de la literatura de procesal¹. Este punto de partida sería el apoyo para in-

* Integrante del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.

¹ De estas literaturas, las doctrinas abstractas corresponderían a los procesalistas alemanes Bülow, Oskar, *Die Lehre von den Prozeßinreden und die Prozeßvoraussetzungen*, Giessen, s. e., 1968, traducida bajo el título *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, Rosas Lichtschein, Miguel Ángel (trad.), Argentina, Buenos Aires, 1964; como también del mismo traductor y país, con la editorial Librería el Foro, 2008; y, Goldschmidt, James, *Der Prozeß als Rechtslage: Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlín, 1925, con la traducción *Derecho, derecho penal y proceso. El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal*, Jacobo López Barja de Quiroga, Ramón Ferrer Baquero y León García-Comendador Alonso (trads.), Madrid, Marcial Pons, 2015, t. III. Con la misma vertiente doctrinal sería la obra de Kholer, Josef, *Der Prozeßinreden als Rechtsverhältnis*, 1988. Tales premisas se obtienen del sendero de luz ideado por el maestro Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, México,

tentar trasladar cierta visión del derecho de no discriminación a un principio de la teoría general del derecho procesal constitucional. El objetivo planteado se delimita en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La idea central se obtendría del enjuiciamiento del derecho de no discriminación previsto en ambos documentos conformadores de un orden fundamental² que incluiría toda Constitución³.

UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1a. reimp. 1992, t. I y II. De acuerdo con este desarrollo para postular el contorno científico del derecho procesal constitucional, se tiene el concepto de la materia, con especial referencia al apartado *naturaleza jurídica* de la vertiente *autonomía científica procesal*, elaborado por Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Derecho procesal constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Martínez Ramírez, Fabiola y Figueroa Mejía, Giovanni (coords.), *Derecho procesal constitucional y convencional*, México, Poder Judicial de la Federación, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, t. I, pp. 458 y 460.

² Si bien, se indica: “Muchos autores han discutido los paralelos entre la norma fundante de Kelsen y la “regla de reconocimiento” de H. L. A. Hart (1907-1992), en tanto que ambas sirven como normas fundacionales en los sistemas jurídicos. Sin embargo, las semejanzas pueden ser exageradas; los dos conceptos operan dentro de las estructuras teóricas bastante diferentes. Se considera que la norma fundante de Kelsen (bajo un análisis neokantiano) es presupuesta por los ciudadanos cuando ellos consideran al derecho como normativo (como creador de obligaciones vinculantes); por el contrario, la regla de reconocimiento hartiana deriva de las acciones de funcionarios en la interpretación y aplicación de las leyes de sistema” Brian, Bix, *Diccionario de teoría jurídica*, Enrique Rodríguez Trujano y Pedro A. Villarreal Lizárraga (trads.), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, p. 180. No obstante, el “orden fundamental” puede entenderse como un presupuesto (*grundnorm* o norma fundante básica de Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 16a. ed., 3a. reimpresión, trad. Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 2015, pp. 202 y 228.) que es aplicado (regla de reconocimiento de Hart o el enjuiciamiento como concepto procesal de Alcalá-Zamora) por el pueblo, a través de las autoridades dentro del proceso, quienes tendrían que asegurar el cumplimiento de la ética profesional inherente al orden fundamental (Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, “Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso”, Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Estudios de teoría... op. cit.*, t. I, p. 423), para la perspectiva de obtención de la plena efectividad de los derechos de las personas, sin necesidad de una revolución.

³ El artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 definiría a la Constitución en los siguientes términos: “Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes no tiene Constitución”. *Cit.* por García de Enterría, Eduardo, *La*

El principio procesal de no discriminación tiene la perspectiva de conseguir el ejercicio pleno de los derechos de las personas con énfasis en grupos en situación o condición de vulnerabilidad que no gozarían plenamente de sus derechos humanos. Como lo ha precisado el Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los seres humanos de referencia son: "Niñas, niños y adolescentes; personas LGTBI, personas con discapacidad, pueblos y comunidades indígenas, poblaciones privadas de la libertad, personas en situación de pobreza, defensoras y defensores de derechos humanos, periodistas y en general todo aquél ser humano que por su condición o su situación especial es excluido del goce irrestricto de sus derechos"⁴.

De manera que, la obra "Desafíos de la Democracia Incluyente" es oportuna en cuanto a su emisión, toda vez que es, como lo indica el procesalista mexicano Eduardo Ferrer Mac-Gregor:

... el año de las conmemoraciones relativas a uno de los hitos más significativos en el progreso e institucionalización de la protección internacional de los derechos humanos en nuestro continente, esto es, la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y por ende la creación de la Corte Interamericana... no podemos olvidar que 40 años después de la entrada en vigencia del 'Pacto de San José' aun nos encontramos transitando el camino hacia la efectiva protección de los derechos humanos...⁵

En consecuencia, idear el derecho de no discriminación como principio procesal sería una propuesta para consolidar la premisa relativa a que los Estados tienen la obligación reforzada para su protección y una vertiente para pretender su efectividad.

Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, 3a. ed., España, Civitas, 1985, p. 41.

⁴ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "El Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, realiza las palabras de bienvenida y da por inaugurado el Seminario Internacional en el marco del 59 PES", *Seminario Internacional "40 años de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de grupos en situación de vulnerabilidad y su impacto"*, 29 de agosto de 2018. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/galeria-multimedia.html>, consultado el 11 de octubre de 2018.

⁵ *Idem*.

II. EL DERECHO DE NO DISCRIMINACIÓN COMO PRINCIPIO

Uno de los principales problemas que se presentan para el derecho está relacionado con la posibilidad de que sea comprensible para quien recurre al mismo. El problema planteado puede ser más severo si quien acude ante una autoridad para solicitar la solución a algún conflicto es discriminado por su definición de persona en el derecho que sirve de sustento para la resolución de la misma controversia.

Sin embargo, esa ocasión es al mismo tiempo una posibilidad y expectativa para el pleno goce del principio de no discriminación, porque se observaría la aparición del doble ordenamiento jurídico; esto es, el punto de vista de derecho material (estático) y procesal (dinámico); conformándose el punto de vista jurídico procesal (dinámico) como método de la ciencia jurídica procesal⁶.

Particularmente, el profesor James Goldschmidt refiere que el sentido y alcance del doble ordenamiento jurídico consiste en: “El nacimiento de un derecho o de una obligación material va unida con la existencia de los hechos que forman su tipo legal. Los derechos o [y] las cargas procesales dependen de la evidencia, especialmente de la prueba de cualquier hecho”⁷.

De lo anterior se desprende que, para el *derecho material* la no discriminación se uniría a la existencia de las personas. Esta primera parte del ordenamiento jurídico es examinada en este apartado y puede ser obtenida, entre otro y fuera del enjuiciamiento ejercido dentro del proceso⁸, con la sola lectura de diferentes documentos, los cuales precisarían que la condición o situación de las personas no debe impedir el goce de todos los derechos reconocidos a los seres humanos, de manera que al existir esta previsión la doctrina lo concebiría como principio.

Los ordenamientos que reservan la no discriminación generalmente son documentos cuya emisión y origen se ubicaría en el vértice de

⁶ Cfr. Goldschmidt, James, *Derecho, derecho penal y proceso... op. cit.*, pp. 241-256.

⁷ Cfr. Goldschmidt, James, *Principios generales del proceso*, México, Editorial Jurídica Universitaria, 2001, p. 17.

⁸ Cfr. *Infra*. II. Idea sobre los principios del derecho procesal en el enjuiciamiento.

los sistemas jurídicos que tienen el énfasis de protección de los derechos humanos.

A 70 años de su proclamación en la Resolución 217 A (III), por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París (10 de diciembre de 1948), la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (artículo 1º) y toda persona tiene los derechos así como libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (artículo 2º)⁹.

En el caso del continente europeo se le concibe como el goce de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la prohibición de discriminación es asegurada sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación (artículo 14)¹⁰.

El derecho material vertido en las disposiciones de referencia sería semejante a los artículos 1.1, 17.2, 24 y 27.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹¹; y 1, párrafo quinto, 2, inciso

⁹ Cfr. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Disponible en: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf, consultado el 29 de octubre de 2018.

¹⁰ Cfr. Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf, consultado el 29 de octubre de 2018.

¹¹ "Artículo 1.1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 17.2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

Artículo 24. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

B, primer párrafo, 29, párrafos segundo y tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹².

De esa manera, en el artículo 17.2 del “Pacto de San José” se estatuye el “principio de no discriminación”. Entonces, este precepto, al contraste de toda la Convención, adquiriría la connotación de *principio*.

Artículo 27.1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm, consultado el 30 de octubre de 2018.

¹² “Artículo 1... Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Artículo 2... La Federación, las entidades federativas y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.

Artículo 29... En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación”. Cfr. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_270818.pdf, consultado el 30 de octubre de 2018.

La doctrina se esfuerza en delimitar tal concepto. El profesor Ronald Dworkin indicaría que el ordenamiento jurídico distinguiría entre reglas o normas jurídicas y principios¹³:

La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión... Los principios tienen una dimensión que le falta a las normas: la dimensión de peso o importancia... Cuando los principios se interfieren... quien debe resolver el conflicto tiene que tomar en cuenta el peso relativo de cada uno... Las normas no tienen esa dimensión...¹⁴

En este planteamiento, el principio tendría que ser observado con base en los hechos que lo conforman frente al peso e importancia de otro principio que se uniera con la existencia de los mismos hechos; por esa razón, dicha perspectiva se integraría al derecho material, dado que no se observaría una dependencia a la evidencia.

En cambio, si se atendiese a dicha dependencia, entonces el referido planteamiento se integraría como un método de la ciencia procesal, al tiempo que sería no trascendente la discusión de la separación entre derecho y moral¹⁵, por la respuesta que daría la evidencia especial-

¹³ Cfr. Atienza, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, España, Editorial Ariel, S. A., 1996, pp. 1-3.

¹⁴ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Marta Guastavino (trad.) Barcelona, Editorial Ariel, 2012, pp. 74, 75, 77 y 78.

¹⁵ A pesar de que el centro del debate fue la creación del concepto de regla o norma jurídica en el positivismo jurídico del profesor Hart, dicho filósofo advertía de la incorporación de principios morales en las prescripciones jurídicas reglamentarias en 1958, mediante su artículo "Positivism and the separation of law and morals," en *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, pp. 593-629: "...por virtud de prescripciones jurídicas expresas principios morales pueden ser incorporados en diversos puntos a un sistema jurídico y formar parte de sus reglas, o que los tribunales pueden hallarse jurídicamente obligados a decidir de acuerdo con lo que consideren más justo o mejor". Hart, H. L. A., "El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y moral", en Hart, H. L. A., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. Carrió, Genaro R., Buenos Aires, Ediciones Depalma Buenos Aires, 1962, p. 11. De lo anterior se desprendería que en el concepto de derecho basado en "normas o reglas jurídicas", el profesor Hart,

mente de la prueba de cualquier hecho para solventar la controversia a través de la cosa juzgada o fuerza judicial, en el sentido amplio del término, esto es, que esta sea dictada por autoridades no estrictamente judiciales pero que conocen de derechos y cargas procesales en asuntos sometidos a su conocimiento y resolución.

Esto porque, en cierto sentido se mencionaría que el derecho procesal se describe a través de la evidencia, sea mediante las pruebas, indicios y los actos procesales: hechos no controvertidos, reconocidos y/o notorios, etc.; en el contexto de la doctrina abstracta de la situación jurídica¹⁶.

El razonamiento establecido para la obra de *Los derechos en serio*, pudiera relacionarse con el sentido y alcance que confiere al concepto de *principio* el maestro Robert Alexy, quien señala:

Los principios son mandatos de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas... Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto... el carácter de normas iusfundamentales implica que, cuando entran en colisión con principios opuestos, está ordenada una ponderación... Al nivel de los principios pertenecen todos los principios relevantes para las decisiones iusfundamentales bajo la Ley Fundamental [Constitución alemana]¹⁷.

De ello se observa que, la dependencia en el concepto citado es entre principios y la existencia de los hechos que forman su tipo de derecho fundamental o “normas iusfundamentales”, que serían conformadoras del orden fundamental¹⁸. De ahí que el concepto se relacionaría también con el derecho material, cuya delimitación concep-

reconoce la posibilidad de la incorporación de principios morales para que los tribunales pudieran encontrar el derecho basado en la verdad y se pruebe con elementos objetivos o evidencias que lo sustenten, sin soslayar en ello la labor de todas las autoridades, porque no solo es obligación de la persona el acreditar su derecho o derechos fundamentales, sino la autoridad, con equidad procesal, tiene la perspectiva de hallar u obtener tal verdad. *Vid. Infra*. III. Idea sobre los principios del derecho procesal en el enjuiciamiento.

¹⁶ Cfr. Goldschmidt, James, *Derecho, derecho penal y proceso... op. cit.*

¹⁷ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 112 y 130.

¹⁸ *Vid. Supra*, nota 2.

tual puede ser coincidente con la postura del profesor Luigi Ferrajoli, quien indica: "... los derechos fundamentales, y por tanto las normas constitucionales en qué consisten, precisamente porque son de todos y de cada uno, no son suprimibles ni reducibles por la mayoría, que no puede disponer de lo que no le pertenece"¹⁹.

Cabe señalar que una manera de actualización "automática" o "relacionada" con la existencia de los hechos, también la desarrollaría el maestro Hans Kelsen a través de la exposición del principio de imputación:

La forma lingüística en que formulan tanto el principio de causalidad como el de imputación, es la de una proposición condicional en la cual una determinada condición es conectada con determinada consecuencia. Solo que el sentido de esa relación conectiva es, como ya hemos visto, diferente en ambos casos. El principio de causalidad sostiene que si el hecho A se produce, entonces también se ha de dar el hecho B (o se producirá). El principio de imputación afirma que, cuando se da A, B debe ser... 'Imputación' es el término que designa una relación normativa. Esta relación —y no otra cosa— se expresa mediante el verbo 'deber', en la forma que es utilizado en leyes morales o jurídicas²⁰.

Como se observa, el principio de imputación dispone que una consecuencia legal (deber ser, sea moral o jurídico) es relacionada con la existencia de los hechos, esto es, si el hecho A se produce, debe ser B. Esto sería la explicación del derecho material (estático). En contraste, en el derecho procesal (dinámico), quizá el principio de imputación kelseniano se explicaría a través de la noción *cosa juzgada* (que probablemente es un "eco" del expediente procesal y fuente de exigencia de un derecho material originado con la pretensión que acompañó a la acción procesal).

La cosa juzgada sostendría que si el hecho A pende de la evidencia, debe ser la perspectiva de obtener B. Por ejemplo, si se acredita que se violó el principio procesal de no discriminación, debe ser posible obtener B:

¹⁹ Ferrajoli, L., *Principia Iuris. Teoría del derecho y la democracia*, t. II, *Teoría de la Democracia*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2016, p. 47.

²⁰ Kelsen, Hans, *Teoría pura... op. cit.*, pp. 103 y 104.

- La restitución a la persona en el pleno goce del derecho violado (o derechos de los seres humanos previstos en el orden fundamental), restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, si el acto reclamado (hecho A acreditado con evidencias) es de carácter positivo, o
- El obligar a la autoridad responsable a respetar el derecho (o derechos) de que se trate y a cumplir lo que el mismo exija, si el acto reclamado (hecho A acreditado con evidencias) es de carácter negativo o implique una omisión²¹.

Mas, si no se obtiene B (esto es, los supuestos mencionados de restitución y respeto del derecho, derivado de un *acto de imposible reparación*²²) debe ser posible obtener un cumplimiento sustituto²³.

²¹ Cfr. Artículo 77, fracciones I y II, de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013, con última reforma difundida en el mismo medio de notificación el 15 de junio de 2018. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp_150618.pdf, consultado el 30 de octubre de 2018.

²² Al respecto, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló que de acuerdo con el artículo 107, fracción III, inciso b), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la irreparabilidad del acto reclamado y el principio de definitividad, constituyen *presupuestos* distintos y autónomos que deben observarse para determinar la procedencia del juicio de amparo indirecto. El acto de ejecución irreparable tiene su origen en la naturaleza del acto de autoridad que se impugna y en su especial trascendencia a la esfera jurídica del quejoso, por la afectación que implica a un derecho sustantivo o material, la cual no es susceptible de repararse con el dictado de un fallo favorable a sus intereses (aquí se observa que B, no necesariamente *debe ser*). Por su parte, la regla de definitividad refiere a la exigencia de agotar previamente a la promoción del proceso constitucional de amparo, los recursos ordinarios de impugnación que establezca la ley que rige el acto reclamado. Por lo tanto, en el caso de los actos en el proceso que sean de imposible reparación, antes de acudir al amparo es necesario agotar el medio ordinario de defensa que en su caso prevea la ley, salvo los casos de excepción que prevé el artículo 61 de la Ley de Amparo. Cfr. Jurisprudencia Pleno, J. 11/2018 (10a.), “Definitividad. debe agotarse ese principio tratándose de actos en juicio, cuya ejecución sea de imposible reparación”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, Libro 55, junio de 2018, t. I. Por tanto, B (un acto irreparable) deber ser una perspectiva de obtenerlo con un cumplimiento sustituto, por ejemplo a través del pago de daños y perjuicios que dispone el artículo 204, de la ley de amparo. Cfr. Nota 23.

²³ Cfr. Artículo 204 de la Ley de Amparo, *op. cit.*

Ello sería una razón del carácter dinámico del derecho procesal, porque B no “deber ser” sino que “debe ser una perspectiva de obtener”. En esta vertiente, a mayor cultura en el cumplimiento de la carga procesal de presentación de la demanda ante la autoridad y menores actos intraprocesales de corrección en el contexto de la doctrina abstracta de la relación jurídica (en el derecho procesal mexicano se pueden ejemplificar menores actos intraprocesales con las excepciones al principio de definitividad del amparo²⁴ o mediante el *per saltum* en materia electoral²⁵) para la emisión y ejecución de la cosa juzgada; menor probabilidad de un cumplimiento sustituto²⁶.

De ese modo, quizá en las obras *Los derechos en serio*, *Teoría de los derechos fundamentales*, *Principia iuris* y *Teoría pura del derecho*, los principios se actualizarían en automático a la existencia de los hechos, como lo dispone la visión del derecho material. Sus elementos conformadores, en conjunto con las teorías de la interpretación constitucional y la argumentación jurídica, pudieran adaptarse en el

²⁴ Cfr. Nota 22.

²⁵ La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación indicó que de la interpretación gramatical de los artículos 41, base I, párrafo tercero y 99, párrafo cuarto, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 80, párrafos 1, inciso g), 2 y 3 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, se colige que para que un ciudadano pueda acudir al órgano jurisdiccional correspondiente, por violación a sus derechos político-electorales por parte del partido político al que esté afiliado, debe agotar previamente las instancias de solución de conflictos previstas en sus normas internas, salvo en aquellos casos en los cuales ya se hubiere presentado la demanda de la instancia precedente, para lo cual se requiere de forma indefectible el desistimiento, a fin de evitar la emisión de resoluciones contradictorias por autoridades u órganos diversos. En ese sentido, si a través de un escrito el promovente comunica al órgano partidario responsable, su intención de someter la controversia planteada a la jurisdicción del tribunal competente, ejerciendo la acción *per saltum*, a fin de que se le administre justicia pronta, completa e imparcial y con el objeto de evitar la irreparabilidad del acto reclamado, ello constituye un desistimiento tácito de la instancia partidista previa. Jurisprudencia 2/2014, con el rubro “Desistimiento tácito del medio de impugnación intrapartidista. procede cuando el promovente comunica al órgano responsable su intención de acudir “*per saltum*” ante la autoridad jurisdiccional competente”.

²⁶ Hacia la posible obtención de lo indicado en este apartado se dirigiría el proceso constitucional de la libertad.

enjuiciamiento ejercido en el proceso, pero ello desde la perspectiva del derecho procesal.

Ante la presencia de doctrina vinculada con el derecho material, sigue siendo vigente la observación de Oswald Spengler, quien advirtió: “Los romanos crearon una estática jurídica; a nosotros nos corresponde crear una dinámica jurídica”²⁷. Entonces, la dinámica jurídica requeriría que las ideas se proyecten hacia planos más rigurosos de la dogmática jurídica, dado que el maestro Oskar Bülow señaló:

Ya se tiene experiencia repetida de que a teorías para cuya fundamentación no se dan, desde tiempo atrás, más que falsas interpretaciones de pasajes del *Corpus Juris* nunca se las ha desaprobado de alguna manera y considerado carentes de valor en el derecho actual. A veces, aquellos pasajes han servido de pretexto para procurar un punto de apoyo aceptable a una idea jurídica alemana o para abrir camino a un principio pedido por las necesidades propias del mundo moderno. En uno y otro caso ha ocurrido que, por una feliz casualidad, una mala interpretación del derecho romano ha producido —contra la voluntad de los intérpretes— una tesis que encontró una buena acogida general y que pronto arraigó por la costumbre²⁸.

Ciertamente, la fundamentación del derecho procesal puede partir, en la búsqueda e inspiración de otras materias, porque como lo indica el procesalista James Goldschmidt:

He buscado y encontrado conexiones de filosofía del Derecho para las ideas básicas de este trabajo, a las que la observación empírica de los fenómenos procesales me ha conducido, como en su momento lo han hecho Bülow, junto a Jhering, y, recientemente, Sauer junto a Sander. En lo que refiere al campo más restringido, al que esa conexión pertenece, mi trabajo se asocia a las conclusiones científicas de Bülow y Kohler. Ambos son, en mi opinión, los pioneros de la moderna ciencia procesal, mientras que la labor investigadora de Wach ha favorecido al derecho justicial material y Stein y Hellwig, indudablemente, han prestado servicios impecederos en la profundización del Derecho procesal, aunque no han mostrado, realmente, nuevas vías. En el trabajo de Sander, que apareció cuando se había puesto por escrito, aproximadamente, la mitad del manuscrito, he

²⁷ Spengler, Oswald, *Untergang des Abendlandes*, II, 98. Cit. por Cfr. Goldschmidt, James, “Prólogo”, en Goldschmidt, James, *Derecho, derecho penal y proceso...* op. cit., p. 40.

²⁸ Bülow, Oskar Von, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales...* op. cit. p. 288.

encontrado ideas semejantes, sin que me hayan influido, no obstante, en modo alguno²⁹.

De lo anterior se desprende que, la conformación de cualquier idea (como el principio procesal de no discriminación) no es un camino pacífico, pero pudiera sustentarse con la segunda naturaleza del ordenamiento jurídico (la “otra cara de la luna”), el derecho procesal y de ahí obtener un principio común a la rama de enjuiciamiento del derecho procesal constitucional, el cual posiblemente pudiera encontrar su compatibilidad con la teoría general del proceso³⁰.

III. IDEA SOBRE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL EN EL ENJUICIAMIENTO

El derecho procesal contaría con sus propios principios. El profesor alemán James Goldschmidt, siguiendo al proceso español, señaló que entre estos estarían:

– Principio acusatorio. Si no hay acusación, no hay proceso. Así, cuando el ministerio fiscal solicitare sobreseimiento y no hubiese querrelante particular ni se presentare nadie a sostener la acusación, el juez acordará el sobreseimiento solicitado y solo tendrá, en caso de discrepancia, la facultad de acudir en consulta al fiscal del Tribunal Superior. La importancia del sumario (expediente procesal) para el resultado del proceso (en último término el sumario es una *inquisición del acusador*), la constitución del mismo, como información del fiscal, implica solo un mantenimiento formal del principio acusatorio.

Por eso, en la ley se puede atribuir al juez el poder discrecional de autorizar al procesado para que tome conocimiento de las diligencias que crea oportunas, siempre que no perjudiquen al sumario mismo. Pero, no puede reunirse con el principio acusatorio la exclusión del procesado de la vista en que se basa el auto del Tribunal mandando a

²⁹ Goldschmidt, James, “Prólogo”, en Goldschmidt, James, *Derecho, derecho penal y proceso... op. cit.*, p. 41.

³⁰ Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, “La teoría general del proceso y la enseñanza del derecho procesal”, *Revista Iberoamericana de derecho procesal Madrid*, España, 1968, p. 5.

abrir el juicio oral o sobreseyendo, como tampoco puede objetarse el que formule alegatos.

– Principio de conformidad con los autos. Como contraste al principio de oralidad se representa por el de la escritura, con arreglo al cual la resolución judicial ha de basarse solo en el material procesal depuesto por escrito en los autos (*quod non est in actis non est in mundo*).

– Principio de contradicción. Este domina el juicio oral. Se comunicarán a los procesados las calificaciones para que manifiesten también, por conclusiones numeradas y correlativas a las de la calificación que a ellos se refiera, si están conformes o no con cada una o, en otro caso, los puntos de divergencia. Las partes producen las pruebas testifical y pericial que han propuesto y se les concederá la palabra para exponer sus razones, por la acusación y la defensa. El procesado tiene la última palabra.

– Principio de inmediatividad. Se reconoce como un principio especial del recibimiento a prueba. Oralidad e inmediatividad han de diferenciarse: la oralidad es una forma del entendimiento, en tanto que la inmediatividad es un escalón de la percepción. Por eso coinciden los efectos de los dos principios, en cuanto que la forma oral de las alegaciones de las partes y de las manifestaciones del pensamiento que se encuentran como medios de prueba, sobre todo las declaraciones testificales, representan al mismo tiempo el más inmediato escalón perceptible.

El principio de inmediatividad prescribe al juez de qué modo debe utilizar los medios de prueba y concierne a la relación del juez con dichos medios; y prescribe de qué medios de prueba debe utilizar y concierne a la relación de los medios de prueba a los hechos por probar. Tal principio también tiene un sentido subjetivo o formal y objetivo o material.

– Principios de la política procesal. Son segmentos de la política estatal en general de una nación, en tanto que la estructura del proceso penal en una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su constitución. A partir de esta experiencia, la ciencia procesal ha desarrollado un número de principios opuestos constitutivos del proceso. La mutua lucha de los mismos, el triunfo, ya del uno, ya del otro, o su fusión, caracterizan la historia del

proceso. El predominio de uno u otro de estos principios opuestos en el derecho vigente no es tampoco más que un tránsito del derecho del pasado al derecho del futuro³¹.

Por su parte, el procesalista Eduardo J. Couture menciona:

¿Cómo se desenvuelve la ley y los mandamientos de la constitución?... Al legislador no se le presenta en primer término la tarea de redactar leyes, sino la de planear principios...

... el legislador procesal debe tomar partido, por ejemplo, entre la oralidad y la escritura; entre el impulso procesal de oficio y el impulso a petición de parte; entre el proceso dispositivo y el proceso inquisitorio; entre las pruebas racionales y las pruebas legales; entre la secuencia y desenvolvimiento discrecional del proceso, o el principio de preclusión.

En último término, el legislador debe estructurar la ley procesal refiriéndose a alguno de estos principios. Debe aclararse que, históricamente, casi todos estos principios se han combinado entre sí: no han existido procesos inquisitivos puros, procesos dispositivos puros; pruebas racionales absolutas, ni pruebas exclusivamente legales, etc. El legislador dosifica estos principios, pero no puede desentenderse de ellos, como el constructor que realiza una obra no puede desentenderse, de aquellas líneas directivas fundamentales consignadas en el plano del arquitecto, sin las cuales es posible iniciar la construcción del edificio que se le ha confiado.

Así, advertidas las cosas, comprendemos de qué manera *los mandamientos* [del orden fundamental] adquieren vigor a través de los *principios*, a su vez, los principios procesales se revelan en *leyes procesales*. (Énfasis original)³².

De lo anterior, se obtiene la cercana coincidencia entre los principios señalados por los dos grandes maestros, y se puede observar a través del principio de la política procesal de James Goldschmidt y la revelación sobre la materia en las leyes procesales de Eduardo J. Couture, que ambos autores encontrarían una relación de los principios procesales con la Constitución, esto es, el primero referiría que serían sus elementos y el segundo que los mandamientos de la Constitución adquieren vigor con los principios procesales revelados en leyes. Aquí surge el planteamiento medular ¿Acaso los principios procesales no se

³¹ Cfr. Goldschmidt, James, *Principios generales del proceso...* op. cit., pp. 100, 102, 106, 115-118.

³² Couture, Eduardo J., *Estudios, ensayos y lecciones de derecho procesal civil*, México, Editorial Jurídica Universitaria, S. A., 2001, pp. 125 y 126.

podrán revelar en la Constitución misma? Pienso que sí ¿cuáles serían y fundamentarían a las distintas ramas de enjuiciamiento? Considero que serían aquellos del apartado procesal del orden fundamental y parece ser que pudieran iniciar por fundamentar al derecho procesal constitucional, con la intención de que sustenten las distintas ramas de enjuiciamiento.

El razonamiento consistente en que los principios procesales de la Constitución fundamentan a la disciplina científica de referencia, al tiempo puede cumplir lo precisado por el maestro Jesús González Pérez:

... Si la disciplina que llamamos Derecho procesal constitucional tiene por objeto el estudio de la reglamentación de los procesos constitucionales y no va más allá, extendiéndose a las cuestiones de fondo que en ellos se debaten, es Derecho procesal y solo Derecho procesal. Si, por razones prácticas, quiere hacerse otra cosa y abordar cuestiones materiales relacionadas con la defensa de la Constitución, estaríamos ante un objeto híbrido que ya solo podría tratarse correctamente utilizando *las técnicas de las respectivas Ciencias* (énfasis añadido)³³.

En este contexto, el maestro español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo advertía la posibilidad de que las bases del proceso estaban previstas en el orden fundamental, al exponer que en el caso del proceso penal, este encontraba su sustento en la Constitución española:

... no parece oportuno incorporar a un texto de tan difícil reforma, como la Constitución, las bases del enjuiciamiento penal... [no obstante los]... artículos que aquí nos interesan... aunque con ribetes de originalidad, y presentan las siguientes características comunes: 1ª, todos ellos giran en la órbita del proceso penal, bien que algunos funcionen también en los otros órdenes del enjuiciamiento [p. ej. Diligencias de prueba con medidas precautorias] 2ª, todos ellos... cuentan con la protección del recurso de amparo; 3ª... ellos pueden ser restringidos mediante resolución judicial, cuya estructura, sin embargo varía: *sentencia firme*, para acordar el confinamiento o el destierro y la suspensión de periódicos; *auto*, para elevar la detención a prisión, y para la detención y examen de la correspondencia; *mandamiento*, para la entrada y registro domiciliario y para la recogida de libros y periódicos.

³³ González Pérez, Jesús, “Prólogo”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Derecho procesal constitucional. Origen científico (1928-1956)*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 9 y 10.

El artículo... consagra el principio *nullum crimen nulla poena sine previa lege et iudicio*... y acaso habría sido conveniente también, consignar en él mediante un nuevo párrafo, la prohibición de establecer tribunales excepcionales.

... [Estos principios procesales]... de la Constitución, que por esa razón y por su superioridad debe prevalecer, cuando surja la pugna, frente a las disposiciones... mencionadas [de la Ley sobre el Tribunal de Garantías] (énfasis original)³⁴.

En consecuencia, el maestro Niceto Alcalá-Zamora y Castillo expone las bases del proceso penal, las cuales conformarían los principios procesales que deberían observarse en el proceso constitucional y que son: unidad procesal que deriva de los artículos constitucionales que se emplean en el proceso penal y que también aplicarían en los otros órdenes de enjuiciamiento, entre ellos, precisamente en el proceso constitucional; la existencia de un segundo grado del proceso constitucional, que es ejemplificado en la anterior cita, mediante el recurso de amparo; la presencia de actos procesales de las partes y de la autoridad, que explica el procesalista español mediante la sentencia firme, auto y mandamiento; la observancia al principio ninguna pena o sanción sin ley previa y la prohibición de la existencia de autoridades especiales sino que deben ser previas al accionar inicial del proceso. Estos principios se integrarían a la técnica procesal y se relacionarían con la búsqueda como también con la obtención de la esencia de la cosa juzgada³⁵.

Además, los principios procesales se insertarían en el enjuiciamiento, el cual:

...como epígrafe o título de los códigos respectivos es netamente superior a proceso (o procesal), con acepciones extraprocesales, y a procedimiento, que además de ese defecto, ofrece el de su insuficiencia para extenderse a la totalidad del horizonte procesal. En cambio, enjuiciamiento, vinculado en un sentido al juicio (más concretamente: al juicio judicial, *aunque por analogía se aplique a veces en otros órdenes*) y que refleja,

³⁴ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "XVIII, la Constitución y el enjuiciamiento criminal", en Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, Edición de la Revista de Jurisprudencia Argentina, S. A., 1944, pp. 617-620.

³⁵ Cfr. Goldschmidt, James, *Derecho, derecho penal y proceso...* op. cit. al final de la nota 671, p. 255.

además, el desarrollo de la actividad procesal necesaria para llegar a la obtención de ese juicio, representa, en cierto modo, un término que abarca a un tiempo el proceso y el procedimiento (énfasis original)³⁶.

Consiguientemente, enjuiciar los conflictos relacionados con el orden fundamental sería someter la conducta que viola u omite la Constitución o genera incertidumbre acerca de sus significados dentro del proceso constitucional³⁷.

Justamente, en el enjuiciamiento constitucional un principio procesal sería la no discriminación³⁸.

IV. EL PRINCIPIO PROCESAL DE NO DISCRIMINACIÓN

De acuerdo con el procesalista Bülow las teorías de la competencia, de los poderes del tribunal o de las autoridades que protegen procesalmente los derechos de las personas, de la legitimación procesal, tendrían la única condición esencial previa de considerar a esas teorías desde el punto de vista de la relación procesal así como de los presupuestos procesales y eliminar totalmente del sistema procesal, las excepciones procesales, de ese modo solicitaba: “Que se pierda este pomposo ornato del más caprichoso latín canónico, nadie lamentará seriamente. Una ampliación del camino abierto al desecharse la teoría de las excepciones procesales es asunto de la ciencia. Pero, a la

³⁶ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, “Aciertos terminológicos e institucionales del derecho procesal hispánico”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, abril-junio de 1948, núm. 38, t. X, p. 58.

³⁷ Cfr. Rivera Hernández, Juan, “Los jueces constitucionales y la resolución de los límites territoriales”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, núm. 16, julio-diciembre 2011, p. 227. La idea se sustenta en los planteamientos formulados por el profesor Héctor Fix Zamudio, véase por ejemplo “La garantía jurisdiccional de la constitución mexicana (ensayo de una estructuración procesal del amparo)”, *tesis de licenciatura*, México, UNAM-Facultad de Derecho, 1955, p. 66.

³⁸ Un primer desarrollo de los principios procesales fue expuesto en la ponencia: “Proceso constitucional y libertad de prueba. Relacionado con mujeres, niñas y niños”, en las *Jornadas de reflexión “Las mujeres frente al sistema de justicia penal”*, Casa de la Cultura Jurídica “Francisco H. Ruiz Rivero”, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Ciudad de Mexicali, Baja California, el 24 de marzo de 2017.

El principio procesal de no discriminación con referencia al 40 aniversario del “Pacto de San José”

91

legislación incumbe el deber de no oponerle por más tiempo los anteriores inconvenientes y no prestar a éstos, con su autoridad, nueva fuerza de resistencia”³⁹.

De acuerdo con este planteamiento, la principal atención del procesalista Alemán sería desechar la teoría de las excepciones procesales y en su lugar se escribiera en las legislaciones, por ejemplo, la noción *presupuestos procesales* u otro término que expresara mejor el concepto a interpretar⁴⁰. Así, ¿La sustitución de las excepciones por presupuestos procesales pudiera ser comprendida como los principios que expone la teoría general del proceso, porque los presupuestos procesales tienen que ser observados de oficio en la resolución que pone fin al debate del proceso? Si dichos presupuestos existen en el proceso o pertenecen al proceso porque solo allí pueden ser tratados, discutidos y probados como también allí resueltos definitivamente, lo cual exigiría para el profesor Bülow abrir a la investigación un amplio campo y promisorio de muchos e importantes frutos⁴¹; entonces, podrían configurarse como principios de la teoría general del derecho procesal y del derecho procesal constitucional.

Al coincidir con este planteamiento podría decirse que el principio de no discriminación pertenece al proceso porque solo allí puede ser tratado, discutido, probado y resuelto, también como parte de su relación y situación jurídica, tendría la perspectiva de obtener su ejecución. Este principio, al contraste del contenido del concepto del derecho procesal constitucional como fenómeno histórico social, ideado por el maestro Eduardo Ferrer Mac-Gregor⁴², quizá pudo haberse encontrado en el *nómos* del derecho ateniense⁴³, o probablemente en el *Bonham’s Case* resuelto por el Juez Coke en el año de 1610, quien mediante su sentencia estableció: “even an Act of Parliament made

³⁹ Bülow, Oskar Von, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales... op. cit.*, pp. 299 a 302.

⁴⁰ Cfr. *Idem*.

⁴¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 281 a 283.

⁴² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Derecho procesal constitucional. Origen Científico (1928-1956)*, Madrid, Marcial Pons, 2008., p. 92. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Forjadores del derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, pp. 46 y 64.

⁴³ Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, México, UNAM, 1987, pp. 46-47.

against Natural Equity is void in itself; for 'jura naturae sunt immutabilia' and they are 'leges leguen'"⁴⁴.

Particularmente, el principio procesal de no discriminación se encontraría al enjuiciar ciertos casos. En Estados Unidos la doctrina "separados pero iguales" adoptada en 1896, fue atacada mediante el principio en análisis previsto en la enmienda XIV, por consistir discriminación racial. El 17 de mayo de 1954 (58 años después): "En 'Brown v. Board of Education' la Corte entonces se apartó de aquella doctrina, sosteniendo que la segregación de los niños en las escuelas públicas, fundada en motivos de raza, los priva de gozar de idénticas oportunidades educacionales... Brown v. Board of Education asumió que la Constitución incorporó un compromiso con la igualdad racial y que este valor era tan real y tan importante como para justificar superar obstáculos antes vistos como imaginables"⁴⁵.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en octubre de 1995 sentenció el caso Kalanke:

... una norma nacional que establece que, en una promoción, las mujeres que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos gozan automáticamente de preferencia en los sectores en los que estén infrarrepresentadas, entraña una discriminación por razón de sexo... Pues bien, una normativa nacional que garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y sobrepasa los límites de la excepción establecida...⁴⁶

En este caso, se pretendería obligar a una apreciación objetiva que tuviera en cuenta todos los criterios relativos a la persona, pero estos no podrían ser discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas, y para contrarrestarlo serían válidas las acciones positivas a favor de todas las mujeres⁴⁷.

⁴⁴ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma... op. cit.* p. 52.

⁴⁵ Disponible en: <https://www.escri-net.org/es/node/365028>, consultado el 1 de noviembre de 2018. Cfr. Disponible en: <http://dialogoatlantico.com/2014/06/separados-pero-iguales-en-el-siglo-xxi/>, consultado el 1 de noviembre de 2018.

⁴⁶ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, 1a. ed., 2da. reimpresión, Madrid, Editorial Trotta, p. 469.

⁴⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 470. Sobre el contenido del fallo de referencia, el autor consultado indica una cuestión sugerente: "¿Y cómo calificar argumentativamente el

El 11 de julio de 2018, en un asunto relacionado con el expediente SUP-REP-623/2018, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación prohibió el uso de estereotipos de género en la propaganda electoral⁴⁸.

En algunos casos la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha conocido el principio de no discriminación. En el amparo en revisión 601/2017, en el que se resolvió sobre una adolescente que quedó embarazada por violación y el hospital se negó a practicar el aborto. La Corte determinó que la negativa fue una violación grave de los derechos humanos⁴⁹. En el amparo en revisión 644/2016, un reglamento

hecho de que los once jueces que decidieron el caso Kalanke fueran varones?”. La respuesta a la cuestión estaría relacionada con la ética profesional que exige el derecho procesal. Vid. Supra. Nota 2.

⁴⁸ Este caso dio origen a la tesis XXXV/2018, aprobada por unanimidad de 7 votos (2 corresponden a mujeres), el 24 de octubre de 2018, cuyo rubro y texto es el siguiente: “PROPAGANDA POLÍTICO-ELECTORAL. SE PROHÍBE EL USO DE ESTEREOTIPOS DISCRIMINATORIOS DE GÉNERO. De la interpretación de los artículos 1º, párrafos primero y cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 5 y 10, inciso c, de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; 6, inciso b, y 8, inciso b, de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; 5, fracción IV, de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, así como con la jurisprudencia 21/2018 de rubro VIOLENCIA POLÍTICA DE GÉNERO. ELEMENTOS QUE LA ACTUALIZAN EN EL DEBATE POLÍTICO, y lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso González y otras vs. México), en el sentido que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, se advierte que es obligación del Estado mexicano tomar medidas para modificar los patrones socioculturales de género, a fin de eliminar los prejuicios y prácticas discriminatorias basadas en estereotipos. Por ello, en la comunicación de sus mensajes políticos y propuestas electorales, los partidos políticos como entidades de interés público, deben contribuir a la eliminación de la violencia y no reproducir estereotipos discriminatorios. Ello, porque la construcción social de lo femenino y lo masculino debe orientarse hacia la igualdad, el respeto y reconocimiento mutuo entre géneros. Por tanto, la propaganda electoral emitida por los partidos políticos, coaliciones y candidatos no debe afectar directa o indirectamente a algún género, a través del uso de estereotipos discriminatorios”.

⁴⁹ La sentencia estableció en la nota 8: “Sin pasar por alto que, conforme al artículo 1º de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, que establece que: “[...] se entenderá por el término “tortura” todo

disponía que las personas mayores de 3 años estaban impedidas para estar con su madre en el Centro de Reinserción Social; al cumplir tal edad, a una niña se le impidió estar con su madre en dicho lugar, al resolver la Primera Sala de la Corte estableció que la salida de la niña del propio Centro debe ser gradual y progresiva, y acorde con el interés superior de niñez⁵⁰, así como en beneficio de la reinserción de la madre, a través de la convivencia recíproca para el bienestar de ambas y con la supervisión de este fin por la autoridad.

En el amparo en revisión 1219/2015, el demandante indicó que la ley en materia de educación establecía un trato diferenciado, porque garantizaba alimentos para los alumnos inscritos en escuelas con índices de pobreza y marginación. Pero se consideró que las políticas estatales tendientes a promover la igualdad social, así como a romper las barreras que impiden que todas las personas puedan gozar en un plano de igualdad de todos sus derechos no pueden ser consideradas discriminatorias. Por lo tanto, la Segunda Sala determinó que establecer ciertos privilegios a favor de los niños, niñas y adolescentes pertenecientes a grupos marginados, en situación de pobreza o indígenas, constituyen distinciones objetivas, proporcionales y razonables, conforme a los estándares convencionales y constitucionales⁵¹.

Finalmente, entre los asuntos en los que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado el principio de no discrimina-

acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas [...]", en el caso que nos ocupa *sí podría hablarse de un acto de tal naturaleza sufrido por la menor quejosa (énfasis añadido)*". Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=218421>, consultado el 1 de noviembre de 2018.

⁵⁰ Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=199790>, consultado el 1 de noviembre de 2018.

⁵¹ Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=188531>, consultado el 1 de noviembre de 2018.

ción, se encuentra el *Caso IV vs Bolivia* de 30 de noviembre de 2016. En la sentencia se precisó que en el ámbito interamericano, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará” establece que todas las mujeres tienen derecho a una vida libre de violencia, y que este derecho incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación, al tiempo que es imperativo la adopción de medidas positivas. Pero en el asunto se determinó que la esterilización no consentida o involuntaria constituyó un acto de discriminación y violencia⁵².

V. CONCLUSIONES

Los ordenamientos que reservan el derecho de no discriminación generalmente son documentos cuya emisión y origen se ubicaría en el vértice de los sistemas jurídicos que tienen el énfasis de protección de los derechos humanos.

Idear al derecho de no discriminación como principio procesal sería una propuesta para consolidar la premisa relativa a que los Estados tienen la obligación reforzada para su protección y una vertiente para pretender su efectividad, con relación a grupos en situación o condición de vulnerabilidad que no gozarían plenamente de sus derechos.

El principio de no discriminación pertenecería al proceso porque solo allí puede ser tratado, discutido, probado y resuelto. También como parte de su relación y situación jurídica, tendría la perspectiva de obtener su ejecución. Esto puede ser comprobado, como se expuso, mediante ciertas sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos, del Tribunal de Luxemburgo, de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁵² Caso IV vs. Bolivia, sentencia de 30 de noviembre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 250 y 255.

En consecuencia, la no discriminación tendría la perspectiva de obtener su ejercicio pleno al observarlo como un principio procesal de la disciplina científica del derecho procesal constitucional.

VI. REFERENCIAS

- ALCALÁ-ZAMORA y Castillo, Niceto, “Aciertos terminológicos e institucionales del derecho procesal hispánico”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, abril-junio de 1948, núm. 38, t. X.
- *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1a. reimp. 1992, t. I y II.
- “La teoría general del proceso y la enseñanza del derecho procesal”, *Revista Iberoamericana de derecho procesal Madrid*, España, 1968.
- “XVIII, la Constitución y el enjuiciamiento criminal”, en Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, Edición de la Revista de Jurisprudencia Argentina, S. A., 1944.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, 1a. ed., 2da. reimpre-
sión, Madrid, Editorial Trotta.
- y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, España, Editorial Ariel, S. A., 1996.
- BRIAN, Bix, *Diccionario de teoría jurídica*, Enrique Rodríguez Trujano y Pedro A. Villarreal Lizárraga (trads.), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.
- BÜLOW, Oskar, *Die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen*, Giessen, s. e., 1968, traducida bajo el título *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, Rosas Lichtschein, Miguel Ángel (trad.), Argentina, Buenos Aires, 1964.
- CAPPELLETTI, Mauro, *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, México, UNAM, 1987.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013, con última reforma difundida en el mismo medio de notificación el 15 de junio de 2018. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp_150618.pdf, consultado el 30 de octubre de 2018.
- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_america_sobre_derechos_humanos.htm, consultado el 30 de octubre de 2018.

El principio procesal de no discriminación con referencia al 40 aniversario del “Pacto de San José”

97

- CONVENIO EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf, consultado el 29 de octubre de 2018.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso IV vs. Bolivia*, sentencia de 30 de noviembre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 250 y 255.
- COUTURE, Eduardo J., *Estudios, ensayos y lecciones de derecho procesal civil*, México, Editorial Jurídica Universitaria, S. A., 2001.
- DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO, 1789.
- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Disponible en: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf, consultado el 29 de octubre de 2018.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Marta Guastavino (trad.) Barcelona, Editorial Ariel, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho y la democracia*, t. II, *Teoría de la Democracia*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2016.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “El Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, realiza las palabras de bienvenida y da por inaugurado el Seminario Internacional en el marco del 59 PES”, *Seminario Internacional “40 años de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de grupos en situación de vulnerabilidad y su impacto”*, 29 de agosto de 2018. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/galeria-multimedia.html>, consultado el 11 de octubre de 2018.
- *Derecho procesal constitucional. Origen Científico (1928-1956)*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- *Forjadores del derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009.
- Martínez Ramírez, Fabiola y Figueroa Mejía, Giovanni (coords.), *Derecho procesal constitucional y convencional*, México, Poder Judicial de la Federación, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, t. I.
- FIX ZAMUDIO, Héctor, “La garantía jurisdiccional de la constitución mexicana (ensayo de una estructuración procesal del amparo),” *tesis de licenciatura*, México, UNAM-Facultad de Derecho, 1955.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3a. ed., España, Civitas, 1985.
- GOLDSCHMIDT, James, *Der Prozeß als Rechtslage: Eine Kritik des prozesualen Denkens*, Berlín, 1925, con la traducción *Derecho, derecho penal y proceso. El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal*, Jacobo López Barja de Quiroga, Ramón Ferrer Baquero y León García-Comendador Alonso (trads.), Madrid, Marcial Pons, 2015, t. III.

- *Principios generales del proceso*, México, Editorial Jurídica Universitaria, 2001.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “Prólogo”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Derecho procesal constitucional. Origen científico (1928-1956)*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- HART, H. L. A., “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y moral”, en Hart, H. L. A., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. Carrió, Genaro R., Buenos Aires, Ediciones Depalma Buenos Aires, 1962.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 16a. ed., 3a. reimposición, trad. Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 2015.
- KHOLER, Josef, *Der Prozeßinreden als Rechtsverhältnis*, 1988.
- PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN JURISPRUDENCIA, J. 11/2018 (10a.), “Definitividad. debe agotarse ese principio tratándose de actos en juicio, cuya ejecución sea de imposible reparación”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, Libro 55, junio de 2018, t. I.
- PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, amparo en revisión 644/2016. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=199790>, consultado el 1 de noviembre de 2018.
- RIVERA HERNÁNDEZ, Juan, “Los jueces constitucionales y la resolución de los límites territoriales”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, núm. 16, julio-diciembre 2011, p. 227.
- “Proceso constitucional y libertad de prueba. Relacionado con mujeres, niñas y niños”, en las *Jornadas de reflexión “Las mujeres frente al sistema de justicia penal”*, Casa de la Cultura Jurídica “Francisco H. Ruiz Rivero”, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Ciudad de Mexicali, Baja California, el 24 de marzo de 2017.
- SALA SUPERIOR DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, Jurisprudencia 2/2014, “Desistimiento tácito del medio de impugnación intrapartidista. Procede cuando el promovente comunica al órgano responsable su intención de acudir “per saltum” ante la autoridad jurisdiccional competente”.
- Tesis XXXV/2018, “Propaganda político-electoral. Se prohíbe el uso de estereotipos discriminatorios de género.
- SEGUNDA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, amparo en revisión 601/2017, Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=218421>, consultado el 1 de noviembre de 2018.
- amparo en revisión 1219/2015. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=188531>, consultado el 1 de noviembre de 2018.