

Derechos del pueblo mexicano

México a través de sus constituciones



SECCIÓN SEGUNDA

TRANSVERSALIDAD
CONSTITUCIONAL CON
PROSPECTIVA CONVENCIONAL

Derechos del pueblo mexicano

México a través de sus constituciones



SECCIÓN SEGUNDA



Derechos del pueblo mexicano

México a través de sus constituciones

V

SECCIÓN SEGUNDA

TRANSVERSALIDAD
CONSTITUCIONAL CON
PROSPECTIVA CONVENCIONAL

EDICIÓN CONMEMORATIVA
CENTENARIO DE LA
CONSTITUCIÓN

DE 1917

MÉXICO • 2016

342.72
M611d
2016

Derechos del pueblo mexicano : México a través de sus constituciones -- 9ª ed. -- Ciudad de México : Miguel Ángel Porrúa, 2016

XII vol. : 17 × 23 cm.

Coedición: Cámara de Diputados, LXIII Legislatura : Suprema Corte de Justicia de la Nación : Senado de la República, LXIII Legislatura : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación : Instituto Nacional Electoral : Comisión Nacional de los Derechos Humanos

Contenido: Vol. V. Transversalidad constitucional con prospectiva convencional -- 1176 p.

ISBN 978-607-524-073-2 (Obra completa)

ISBN 978-607-524-078-7 (Vol. V)

1. Derecho constitucional -- México. 2. Historia constitucional -- México

Coeditores de la novena edición:

CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN,
LXIII LEGISLATURA

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

SENADO DE LA REPÚBLICA, LXIII LEGISLATURA

TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

MIGUEL ÁNGEL PORRÚA, librero-editor

© 1966-2016 CÁMARA DE DIPUTADOS
DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN

1966, primera edición, XLVI Legislatura, VIII volúmenes
1978-1979, segunda edición, L Legislatura, XIII volúmenes

1985, tercera edición, LII Legislatura, XIX volúmenes

1994, cuarta edición, LV Legislatura, XII volúmenes

1997, LVI Legislatura, actualización volumen XIII

2000, quinta edición, LVII Legislatura, XV volúmenes

2003, sexta edición, LVIII Legislatura, XVI volúmenes

2006, séptima edición, LIX Legislatura, XXV volúmenes

2012, octava edición, LXI Legislatura, VII volúmenes

2016, novena edición, LXIII Legislatura, XII volúmenes

La novena edición de *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, reproduce en su portada un fragmento de la obra de Jorge González Camarena: *Venustiano Carranza y la Constitución de 1917*, conservada en el Castillo de Chapultepec, sede del Museo Nacional de Historia. La obra representa al Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, don Venustiano Carranza, quien erguido y con gran firmeza en su mano diestra sostiene la pluma que sirvió para rubricar la nueva Constitución. Reproducción de la imagen fotográfica, autorizada por:

Secretaría de Cultura-INAH-Méx. y

Fundación Cultural Jorge González Camarena, A.C.

© 1985-2016 Por características tipográficas y de diseño editorial
MIGUEL ÁNGEL PORRÚA, librero-editor

Derechos reservados conforme a la ley

ISBN 978-607-524-073-2 OBRA COMPLETA

ISBN 978-607-524-078-7 VOLUMEN V

Queda prohibida la reproducción parcial o total, directa o indirecta del contenido de la presente obra, sin contar previamente con la autorización expresa y por escrito de los editores, en términos de lo así previsto por la *Ley Federal del Derecho de Autor* y, en su caso, por los tratados internacionales aplicables.

IMPRESO EN MÉXICO



PRINTED IN MEXICO

LIBRO IMPRESO SOBRE PAPEL DE FABRICACIÓN ECOLÓGICA CON BULK A 60 GRAMOS
www.maporrúa.com.mx

Chihuahua 34, Progreso-San Ángel, Álvaro Obregón, 01080, CDMX

Contenido | Sección segunda

Transversalidad constitucional
con prospectiva convencional

Volumen V

César Camacho	
Transversalidad de la convencionalidad	13
José Luis Caballero Ochoa y Daniel Antonio García Huerta	
El sistema de interpretación constitucional.	
Apuntes sobre la descripción y funcionalidad de la interpretación conforme presente en el artículo 1º de la Constitución.....	31
Luis Raúl González Pérez	
Aplicación del principio <i>pro persona</i> en el sistema mexicano.....	47
Sandra Serrano y Daniel Vázquez	
Universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.	
Apuntes para la aplicación práctica	61
Magdalena Cervantes Alcayde y Ricardo Alberto Ortega Soriano	
La transversalidad de los deberes de prevenir, investigar, sancionar y reparar.....	81
Julio César Contreras Castellanos	
La esclavitud.....	105
Imer B. Flores	
Principio de igualdad y no discriminación en México.....	123
Constancio Carrasco Daza	
El artículo 1º de la Constitución.	
La progresividad de los derechos en materia electoral.....	139
Pedro Esteban Penagos López	
El artículo 1º constitucional y la materia electoral.....	151

Elisa Ortega Velázquez	
Control de convencionalidad y derechos humanos de los migrantes.....	165
Aída Díaz-Tendero	
Dimensiones civil, política y social de la nueva Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas mayores	187
Carlos Ríos Espinosa	
Una mirada a los derechos de las personas con discapacidad a partir del nuevo régimen constitucional aprobado en junio de 2011	203
Santiago Corcuera Cabezut	
El derecho a no ser desaparecido como derecho humano constitucionalmente reconocido.....	219
Alonso y Luis René Guerrero Galván	
Consulta previa a los pueblos y comunidades indígenas	235
María de Jesús Medina Arellano	
Bioética y derecho a la salud.....	253
Fernando Cano Valle y Mónica Pantoja Nieves	
Violación de los derechos humanos ante el caso de discriminación influenza A (H1N1) 2009 en México	277
César Nava Escudero	
La cláusula de interpretación conforme en el caso del derecho a un ambiente sano en México.....	297
Rodrigo Gutiérrez Rivas	
El derecho humano al agua y al saneamiento.....	315
Luisa Paola Flores Rodríguez y Gilda María García Sotelo	
El derecho a la educación inclusiva de las personas con discapacidad	323
Leticia Bonifaz Alfonzo	
Derecho a la identidad.....	345
Jorge Sánchez Cordero	
Los derechos del pueblo mexicano. Artículo 4°, párrafo decimosegundo.....	357

Marisol Anglés Hernández	
Pobreza y exclusión social como factores determinantes para el acceso a la vivienda, al agua potable y al saneamiento	401
María de Montserrat Pérez Contreras	
Violencia familiar: una visión a través de los derechos humanos de las mujeres	415
Rosa María Álvarez	
Feminicidio	451
Mónica González Contró	
Temas constitucionales transversales con perspectiva convencional: el interés superior del niño	463
Alfredo Sánchez-Castañeda	
El derecho al trabajo: Un derecho con perspectiva convencional y de derechos humanos	479
Rodrigo Brito Melgarejo	
Libertad de pensamiento y de expresión	503
Benjamín Alejandro Cervantes Pérez e Issa Luna Pla	
El desarrollo del acceso a la información pública como derecho humano	519
Alejandro Rosas Martínez	
Reflexiones sobre el derecho a la verdad en México	535
Isabel Davara F. de Marcos	
Protección de datos personales	567
Julio Téllez Valdés	
Tecnologías de la información y ejercicio de los derechos humanos	583
Salvador Olimpo Nava Gomar	
Libertad de expresión en materia electoral. Artículo 6°	603
Felipe de la Mata Pizaña y José Antonio Pérez Parra	
Libertad de expresión y propaganda negativa	621
Salvador Olimpo Nava Gomar	
Libertad de prensa en materia electoral. Artículo 7°	637

Andrea Pozas Loyo y Julio Ríos Figueroa	
Jurisdicción militar y sus límites	655
Alfredo Islas Colín	
Ejecuciones extrajudiciales	667
Mauricio Padrón Innamorato	
Más allá del derecho y de las instituciones: los determinantes sociales del acceso a la justicia (civil) en México	685
Carlos Natarén Nandayapa	
Los medios alternativos de solución de controversias	707
Miguel Sarre y Gerardo Manrique López	
Derecho de ejecución penal. Antecedentes nacionales y referentes de fuente internacional	723
Alberto Abad Suárez Ávila	
Derecho a la defensa adecuada y defensoría pública	749
Patricia Lucila González Rodríguez	
Derechos de las víctimas u ofendidos en el proceso penal acusatorio	773
David Cienfuegos Salgado	
Seguridad pública y uso de la fuerza	789
Mónica Rocha Herrera	
Las obligaciones de México con la Corte Penal Internacional de conformidad al Derecho de los Tratados	811
Jorge Adame Goddard	
La libertad religiosa en los tratados de derechos humanos en vigor en México	831
Pauline Capdevielle	
Cien años de laicidad. El Estado laico mexicano en la Constitución de 1917	853
Pablo Larrañaga	
Constitucionalismo económico, políticas públicas y derechos humanos	871
Carlos H. Reyes Díaz	
Monopolios, concentración de riqueza y competencia económica	895

Eduardo de la Parra Trujillo	
Derechos de autor y propiedad industrial.....	911
Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García	
La suspensión de derechos humanos y garantías. Una perspectiva de derecho comparado y desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos	925
Pedro Esteban Penagos López	
El artículo 35 constitucional y las candidaturas independientes	949
María del Carmen Alanís Figueroa	
El artículo 41 constitucional. Fundamento u obstáculo del ejercicio de los derechos humanos político-electorales en México	963
María del Carmen Alanís Figueroa	
La perspectiva de género en materia electoral.....	981
Constancio Carrasco Daza	
El redimensionamiento del derecho de participación política. Un enfoque a partir de la convencionalidad.....	995
María del Carmen Alanís Figueroa	
El desarrollo jurisprudencial de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas en materia electoral	1007
Felipe de la Mata Pizaña	
Procedimiento especial sancionador: una herramienta de control de regularidad constitucional y convencional.....	1023
Francisco Tortolero Cervantes	
Fuero constitucional: inmunidad de los parlamentarios	1033
Karina Ansolabehere	
Designación de los ministros de la SCJ en México	1051
Carlos Báez Silva y Karolina M. Gilas	
La convencionalidad en materia electoral y el artículo 99 constitucional.....	1067
Arturo Zaldívar	
La protección de los derechos humanos a través del juicio de amparo en el nuevo modelo constitucional	1087

Guillermo E. Estrada Adán	
Implicaciones de la justicia internacional: claves para una lectura jurisdiccional internacional en el siglo XXI.....	1099
Juan Manuel Acuña	
La Ley Suprema de la Unión ante el bloque constitucional de derechos humanos.....	1111
Hugo Alejandro Concha Cantú	
La reforma constitucional en México: ¿Flexibilidad o disfuncionalidad del modelo democrático constitucional? ...	1135
Salvador Olimpo Nava Gomar	
El artículo 134 constitucional. Apuntes desde la perspectiva electoral	1155

TRANSVERSALIDAD
CONSTITUCIONAL CON
PROSPECTIVA CONVENCIONAL

Introducción

Hace más de un siglo y medio, México asumió el deber de respetar y promover los derechos humanos. En el artículo 1º de la Constitución de 1857 se reconoció que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales, y se estableció que todas las leyes y autoridades debían respetar y sostener sus garantías.

En 2011 se reformó la Constitución General de la República para establecer un nuevo paradigma en la materia, pero también nos dimos reglas audaces y determinantes respecto al control de convencionalidad, con lo cual el Estado mexicano se obliga a tutelar los derechos fundamentales de las personas en el contexto interamericano; porque este tipo de control está vinculado a la Convención Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte respectiva.

Mucho más, para expandir y hacer más efectivo el mencionado control, se ha pugnado por la transversalidad del mismo, entendida ésta como una manera de realizar análisis jurídicos más exhaustivos; considerar un ámbito superior al comúnmente utilizado por los “operadores” jurídicos. A través de ella, el reconocimiento y protección de los derechos humanos pasa por un tamiz de más amplio espectro y alcance que la simple revisión de la constitucionalidad de los actos de las autoridades.

En este trabajo se revisa la transversalidad de la convencionalidad en el marco de la reforma de derechos humanos; para ello se estudia el control de convencionalidad, siguiendo el camino establecido por la Corte Interamericana al resolver diversos casos en los que nuestro país ha sido parte, así como la postura sostenida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Sumario

Introducción	13
La transversalidad	14
La convencionalidad y su control	15
El control de convencionalidad en México	20
El bloque de convencionalidad	24
La transversalidad de la convencionalidad	26
Epílogo	28
Bibliografía	29

en dos asuntos de gran relevancia: el expediente Varios 912/2010 y la contradicción de tesis 293/2011.

La transversalidad

De manera general, lo transversal es entendido como lo “que se cruza en dirección perpendicular con aquello de que se trata”;¹ o bien, implica todo lo “que se halla o se extiende atravesado de un lado a otro”², pero el aspecto fundamental a resaltar consiste en que “atañe a distintos ámbitos o disciplinas en lugar de a un problema concreto”. Y tratándose de la transversalidad, ésta nos remite al primer concepto, pues se le concibe como “cualidad de transversal”.³

De acuerdo con este primer acercamiento, debe deslindarse la transversalidad de otros métodos de análisis, como la interdisciplinariedad o multidisciplinariedad, sobre todo para evitar confusiones, ya que el carácter interdisciplinario conlleva un estudio ejecutado a partir de la *cooperación de varias disciplinas*; en tanto que, lo multidisciplinario es un método por medio del cual se abarcan o afectan varias disciplinas.

La nota de mayor relevancia de la transversalidad está en la forma en que nace; esto es, un contexto de situación de crisis de la convivencia social, entendiendo a la crisis como un estado de mutación y transformación de carácter negativo. Siendo los derechos humanos una idea que le da contenido y sentido a la transversalidad, ésta hace de los mismos un objetivo para su defensa y protección.

Por otro lado, en los años recientes la transversalidad ha ido cobrando importancia en el ámbito de las políticas públicas de muchos países, y el caso de México no es la excepción; por ello, tanto para el Programa Nacional para la Igualdad de Oportunidades y no Discriminación contra las Mujeres (Proigualdad 2013-2018), como para el Programa Nacional de Derechos Humanos (2014-2018), la transversalidad

[...] es un método de gestión pública que permite aplicar recursos de distintas esferas a un mismo propósito o programa, cuando los objetivos son complejos y traslapan o sobrepone las fronteras organizacionales sectorizadas. En este sentido, la transversalidad es un proceso activo de cambio o transformación en las concepciones de un problema público y un método de gestión que requiere de una planeación concertada y coordinada entre agencias, actores y proyectos entre agencias diversas que comparten objetivos, metas, prioridades y permite generar sinergias para responder con mayor eficacia a los problemas sociales.⁴

¹ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001, p. 2213.

² *Idem*.

³ Esta noción es incluida en la última edición diccionario antes referido (23ª), disponible en <http://dle.rae.es/?id=aNEI2x9>.

⁴ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 30 de agosto de 2013 y del 30 de abril de 2014, respectivamnete.

Las políticas públicas constituyen los lineamientos señalados expresamente o derivados de las normas jurídicas para dar dirección y contenido a la acción del gobierno. Dicha acción se formula de múltiples maneras en el Plan Nacional del Desarrollo —el cual a partir de 2018 deberá ser aprobado por la Cámara de Diputados—, y del cual se derivan los programas sectoriales, especiales, regionales e institucionales.

En consecuencia, la transversalidad es aprovechada para atender de manera común los asuntos públicos a cargo de diferentes dependencias y entidades; casos concretos respecto de los cuales comparten objetos, metas y prioridades a cuya realización imprimen un efecto sinérgico; esto es, que permite lograr resultados superiores a los que se alcanzaría con acciones aisladas. No podría ser otra la lógica de la colaboración y coordinación interinstitucional en el ámbito del sector público, pues de lo contrario habría obstáculos insuperables para la consecución de sus respectivos objetivos y metas.

Ante este escenario, la transversalidad desborda el enfoque jurídico para atender los fenómenos sociales, aunque son los derechos humanos un tema que permite el análisis horizontal de distintas materias; entre ellas, el medio ambiente, la diversidad cultural, la perspectiva de género e incluso los propios derechos humanos como objeto de estudio.

Es importante tener presente que la transversalidad constituye un nuevo enfoque en la consideración del contexto regional y nacional de los derechos humanos, tanto de la doctrina jurídica como de la acción cotidiana del Estado por alcanzar el pleno ejercicio de aquéllos. En ese contexto, hay enfoques de gran trascendencia para las democracias contemporáneas: el neoconstitucionalismo, la convencionalidad, el servicio público con una visión renovada y el parlamento abierto, los cuales dejaré sólo enunciados, por no ser el objeto de estudio del presente.

La convencionalidad y su control

En el mundo jurídico, lo convencional es lo relativo a los convenios, tratados o pactos. En lo que interesa, aquéllos suscritos o establecidos entre Estados independientes o por organismos internacionales o del sistema de Naciones Unidas, para regular sus relaciones, derechos y obligaciones. Se habla así de un marco convencional para referirse a ese conjunto de disposiciones aceptadas por un grupo de Estados y que lo han incorporado a su normativa interna, obligándose a su observancia. De este ámbito normativo puede decirse que México ha suscrito más de 1,500 instrumentos internacionales que han establecido diversas obligaciones y derechos frente a otros países respecto del funcionamiento de sus instituciones comerciales, procesales, diplomáticas, etcétera.

La convencionalidad es un término derivado de la relación que los estados mantienen más allá de sus fronteras. Aquí, al hablar de ella, nos referimos a la relación que establecen los países latinoamericanos, derivado de la aceptación de la Convención Americana de Derechos Humanos y su cumplimiento por parte de los Estados firmantes. Debe reiterarse que México es parte de dicha convención, pero que ha suscrito múltiples acuerdos más, tanto bilaterales como multilaterales, en distintas materias, entre los

cuales caben destacar los relacionados con derechos humanos, Derecho internacional humanitario, Derecho internacional privado, y derechos y deberes de los Estados.

Así, el inicio de una doctrina regional del control de dicha convencionalidad tuvo su origen en la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver el caso “Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile”; aunque previamente, el doctor Sergio García Ramírez, en su calidad de juez interamericano, al emitir sus votos de los casos “Myrna Mack” y “Tibi”, realizó un primer intento de conceptualizar al control de convencionalidad llevado a cabo en la sede interamericana. De tal forma, consideró que el control de convencionalidad

[...] implica valorar los actos de la autoridad interna a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, expresados en tratados o convenciones e interpretado, en su caso, por los órganos supranacionales que poseen esta atribución. Equivale, en su propio ámbito, al control de constitucionalidad que ejercen los tribunales de esta especialidad (o bien, todos los tribunales en supuestos de control difuso) cuando aprecian un acto desde la perspectiva de su conformidad o incompatibilidad con las normas constitucionales internas.⁵

Por lo que el control de convencionalidad debe atender no solamente a lo establecido en los acuerdos convencionales, “sino a la jurisprudencia que los interpreta de manera oficial y reconocida; en nuestro caso, la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Esta jurisprudencia concurre a integrar el Derecho internacional de los derechos humanos. Fija formalmente el sentido de las normas convencionales”.⁶

En consecuencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver los casos “Tibi *vs.* Ecuador” y “Myrna Mack Chang *vs.* Guatemala”, emplea el término “control de convencionalidad”, considerando que:

[...] la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados —disposiciones de alcance general— a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos.⁷

Pero es en el caso “Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile”, cuando la Corte Interamericana consideró que los jueces y tribunales internos no sólo debían estar obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico interno, pues cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional —como la Convención Americana—, los juzgadores de ese Estado también están sometidos al tratado. Por lo tanto, los poderes judiciales de los Estados deben ejercer una especie de *control de convencionalidad*.

⁵ Sergio García Ramírez y Julieta Morales Sánchez, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, 3a. ed., México, Porrúa, UNAM, 2013, p. 208.

⁶ *Ibidem*, p. 209.

⁷ Véase caso “Tibi *vs.* Ecuador”, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 7 de diciembre de 2004.

lidad entre las normas jurídicas internas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos al resolver casos concretos. Además, los poderes judiciales deben tomar en consideración la Convención así como la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, quien en última instancia interpreta la Convención.⁸

En el mismo caso, la Corte Interamericana precisó el contenido y alcance del control de convencionalidad, llegando a un concepto complejo que comprende las siguientes características:

- Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la Convención Americana, la jurisprudencia de la Corte Interamericana y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte.
- Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias.
- Para efectos de determinar la compatibilidad con la Convención Americana, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte Interamericana y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte.
- Es un control que debe ser realizado *ex officio* por toda autoridad pública.
- Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la Convención Americana o bien su interpretación conforme a la Convención Americana, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.

Además, la Corte Interamericana al resolver el caso “Boyce y otros *vs.* Barbados”, explicó la forma concreta en que debía ser implementado el control de convencionalidad en el ámbito interno, en el entendido de que los tribunales nacionales no sólo deben limitarse a realizar un examen de constitucionalidad de sus resoluciones, sino también de convencionalidad.

Ahora bien, el control de convencionalidad se lleva a cabo de dos formas, las cuales aunque se conectan en cuanto al contenido y procedimiento del control son diferentes en razón de los órganos encargados de realizarlo. En consecuencia, son dos los tipos de control de convencionalidad: i) el *control concentrado* de convencionalidad, mismo que realiza únicamente la Corte Interamericana, y ii) el *control difuso* de convencionalidad, efectuado por los Estados en el ámbito de sus competencias a través de todas sus autoridades.

Control concentrado

Por lo que hace al control concentrado, la Corte Interamericana lo realiza en el momento en que verifica de forma subsidiaria la conformidad de las disposiciones internas,

⁸ Véase caso “Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006.

las conductas, así como los actos de un Estado Parte en relación con la Convención Americana, y que ninguno de éstos viole el contenido de la misma, razón por la cual se dijo que

[...] a través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público —y, eventualmente, de otros agentes sociales— al orden que entraña el Estado de derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados Partes en ejercicio de su soberanía.⁹

Con este tipo de control, la Corte Interamericana realiza la revisión de los actos del Estado y puede determinar cuáles son contrarios a la Convención Americana, señalando la responsabilidad completa del país y no únicamente de la autoridad directamente responsable; dando como resultado una declaración respecto del acto o actos contrarios a la Convención y una solicitud para que el Estado modifique o repare las consecuencias de dicho acto. Cabe mencionar que la Corte Interamericana puede pronunciarse no sólo acerca de normas locales, sino también de disposiciones constitucionales.

Control difuso

El control difuso de convencionalidad o *ex officio*, ya mencionado en el caso “Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile”,¹⁰ se concibe como el control que deben ejercer las autoridades de los Estados, quienes debían velar por ella en el ámbito nacional y no sólo la Corte Interamericana. De ahí que el Tribunal Interamericano haya considerado en el caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs.* Perú” lo siguiente:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse

⁹Caso “Tibi *vs.* Ecuador”, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 7 de diciembre de 2004.

¹⁰[...] cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.¹¹

Si bien en un primer momento se consideró que el control difuso de convencionalidad correspondía a “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”,¹² la Corte Interamericana amplió la función y tarea de control para cualquier autoridad del Estado y no sólo del Poder Judicial, pues “en el ámbito de su competencia todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’”.¹³

En suma, el control de la convencionalidad obliga a la revisión —por parte de las autoridades judiciales, legislativas y administrativas— de sus actos, debiendo dar cumplimiento y aplicación a los compromisos internacionales suscritos por un Estado nacional a través de los instrumentos internacionales respectivos (sean tratados, convenios o declaraciones). Así, la doctrina del control de convencionalidad es

Uno de los más recientes y efectivos esfuerzos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para incrementar el nivel de cumplimiento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a nivel nacional [...]. La Corte Interamericana de Derechos Humanos la ha entendido como “una institución que se utiliza para aplicar el derecho internacional”, principalmente “el derecho internacional de los derechos humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de dicho Tribunal”.¹⁴

Por último, resulta importante mencionar que el Tribunal Interamericano ha señalado dos puntos respecto de los cuales vale la pena poner atención: i) el control de convencionalidad va más allá de la Convención Americana; esto es, se extiende a otros tratados de derechos humanos; y ii) el control de convencionalidad debe ampliarse a las opiniones consultivas. En cuanto al primer punto, la Corte en el caso “Gudiel Álvarez y otros (‘Diario Militar’) vs. Guatemala” señaló lo siguiente:

[...] este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Belém do Pará, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial, cuyos miembros deben velar por que

¹¹ Véase caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006.

¹² Véase caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010.

¹³ Véase caso de “Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 de agosto de 2014. En el mismo sentido se pronunció la Corte en los casos “Gelman vs. Uruguay”, fondo y reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011, y “Rochac Hernández y otros vs. El Salvador”, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 14 de octubre de 2014.

¹⁴ Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Fabiola Martínez Ramírez y Giovanni A. Figueroa Mejía (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Consejo de la Judicatura Federal, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2014, tomo I, p. 233.

los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana.¹⁵

Respecto al control de convencionalidad ampliado a las opiniones consultivas, la Corte, al emitir una opinión relacionada con los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional recordó que:

[...] conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.1) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos.¹⁶

El control de convencionalidad en México

Para el Estado mexicano el control de convencionalidad surgió de la necesidad de cumplir los criterios jurisprudenciales interamericanos, a partir de la resolución que la Corte Interamericana emitió en el caso Radilla Pacheco,¹⁷ en donde el referido tribunal

¹⁵ Caso “Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 20 noviembre de 2012.

¹⁶ Véase Opinión Consultiva OC-21/14, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Resolución de 19 de agosto de 2014.

¹⁷ Véase caso “Radilla Pacheco vs. México”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2009.

consideró a nuestro país como responsable de la violación de los derechos de libertad personal, integridad personal, el reconocimiento a la personalidad jurídica y la vida, en contra de Rosendo Radilla Pacheco por la desaparición forzosa de la que fue víctima.

En ese sentido, la Corte Interamericana reconoció la importancia de la protección de los derechos de la Convención Americana, para lo cual el Estado mexicano debía interpretar —a fin de garantizar tanto derechos como libertades de la propia Convención— el artículo 13 constitucional “de acuerdo con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes a la Constitución mexicana”.¹⁸

Asimismo, se determinó la obligación de los tribunales mexicanos de ajustarse a la Convención Americana y al desarrollo de ésta, según lo dispuesto en el caso “Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile”, respecto de la obligación de los jueces nacionales de efectuar el control de convencionalidad; de ahí la necesidad de las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en el Estado mexicano, los cuales debían adecuarse a los principios establecidos en la jurisprudencia del Tribunal Interamericano.

Al principio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el expediente Varios 489/2010, no determinó si la sentencia recaída al caso Radilla Pacheco vinculaba al Poder Judicial y cuáles serían las medidas a seguir para atender dicha resolución. En este asunto el Máximo Tribunal de nuestro país resolvió lo siguiente:

- Debe emitirse una declaración acerca de la posible participación del Poder Judicial de la Federación en la ejecución de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos.
- Este reconocimiento de la jurisdicción de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos implica que existe la obligación de los Estados Unidos Mexicanos de cumplir con la decisión de ese órgano jurisdiccional, toda vez que constituye un Estado parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que así lo ha manifestado expresamente.
- Deberá definirse qué obligaciones concretas le resultan al Poder Judicial de la Federación y la forma de instrumentarlas.

Sin embargo, para poder emitir un pronunciamiento completo e imparcial sería necesario interpretar el alcance de las reservas o declaraciones interpretativas que formuló el Estado mexicano, tanto al adherirse a la Convención Americana de Derechos Humanos, como a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, dada la repercusión que dichas salvedades podrían tener en el caso concreto así como en otros litigios internacionales en los que en un futuro los Estados Unidos Mexicanos también llegaran a ser parte.

¹⁸ *Idem.*

Después de un segundo análisis, la Suprema Corte de Justicia resolvió el asunto, en el expediente Varios 912/2010 relativo a la instrucción ordenada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la resolución del 7 de septiembre de 2010, dictada dentro del expediente Varios 489/2010, relacionado con la sentencia emitida el 23 de noviembre de 2009 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Rosendo Radilla Pacheco *vs.* los Estados Unidos Mexicanos”. En primer lugar, se determinó la obligación de los jueces para llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad; adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se entiende en la doctrina como el principio *pro persona*. Este tipo de interpretación por parte de los jueces presupone realizar tres pasos: *a)* interpretación conforme en sentido amplio; *b)* interpretación conforme en sentido estricto, y *c)* inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles.

Aunado a ello, el Poder Judicial de la Federación debería implementar medidas derivadas de la mencionada sentencia de la Corte Interamericana, entre ellas: el establecimiento de cursos y programas de capacitación para todos los jueces y magistrados y para todos aquellos funcionarios públicos que realicen labores jurisdiccionales y jurídicas en el Poder Judicial de la Federación; todos los jueces del Estado mexicano, de conformidad con el artículo 1º constitucional, están facultados para inaplicar las normas generales que, a su juicio, consideren transgresoras de los derechos humanos contenidos en la propia Constitución federal y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte; en los casos concretos de este tipo que sean del conocimiento del Poder Judicial de la Federación, éste deberá orientar todas sus subsecuentes interpretaciones constitucionales y legales sobre la competencia material y personal de la jurisdicción militar con los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

Al final, el Alto Tribunal emitió una serie de tesis resultado del expediente Varios 912/2010:

- Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad.
- Criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando el estado mexicano no fue parte. Son orientadores para los jueces mexicanos siempre que sean más favorables a la persona en términos del artículo 1º de la Constitución federal.
- Parámetro para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos.
- Pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos.
- Restricción interpretativa de fuero militar. Incompatibilidad de la actual redacción del artículo 57, fracción II, del Código de Justicia militar, con lo dispuesto en el artículo 13 constitucional, a la luz de los artículos 2º y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

- Sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Son vinculantes en sus términos cuando el Estado mexicano fue parte en el litigio.
- Sistema de control constitucional en el orden jurídico mexicano.
- Control difuso.

Otro asunto de especial interés para el control de convencionalidad en México es la contradicción de tesis 293/2011, en particular por haberse discutido en la Suprema Corte de Justicia, una vez más, la obligatoriedad para México de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La contradicción de tesis antes citada

[...] se presentó con relación a la posición constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, involucrándose en la contradicción otros dos temas, el primero relativo a las restricciones constitucionales y, el segundo, respecto de la vinculación para los jueces mexicanos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En tal virtud, se consideró que la problemática no era en torno a la jerarquía de las normas en materia de derechos humanos, sino más bien en cuanto a su aplicación.¹⁹

En consecuencia, la contradicción analizó la relación entre la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales, en particular al referirse a normas en materia de derechos humanos, es decir, se planteó la controversia acerca del rango constitucional de los derechos humanos en los tratados internacionales. El otro tema de la contradicción tenía que ver con la vinculación que debía darse a las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en aquellos asuntos en que México no había sido parte, pues una postura sostenía que debían ser considerados como obligatorios, mientras que la contradictoria los consideraba simplemente orientadores.

Después de amplias discusiones, el Tribunal Pleno resolvió que:

Los derechos humanos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales están en el mismo ámbito de reconocimiento y protección. Por lo tanto, se reconoce el rango constitucional de los derechos humanos de fuente internacional a partir de la reforma del artículo 1º de la Constitución con una eficacia normativa idéntica a la que tiene ésta, ampliando así el sistema de protección de derechos humanos.²⁰

Asimismo, consideró que “la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en aquellos casos en que el Estado Mexicano no sea parte, es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona”.²¹ Como resultado de la contradicción de tesis, el Máximo Tribunal de México estableció los siguientes criterios jurisprudenciales:

¹⁹ Julio César Vázquez-Mellado García, “La protección jurisdiccional de los derechos humanos: acerca de la contradicción de tesis 293/211”, en *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, núms. 21-22, enero-diciembre de 2013, pp. 196-197.

²⁰ *Ibidem*, p. 202.

²¹ *Ibidem*, p. 203.

- Los derechos humanos contenidos en la Constitución y los tratados internacionales constituyen en parámetro de control de regularidad constitucional.
- La jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona.

El bloque de convencionalidad

El tema de la convencionalidad y su control en México, sólo puede entenderse a partir de la incorporación en el orden jurídico nacional del contenido de la Convención Americana, especialmente en lo relativo a su artículo 1º, que señala el compromiso de los Estados Parte de “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”, así como lo relativo a que si no estuviere ya garantizado tal ejercicio, en términos del artículo 2º de la Convención, “los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

La incorporación constitucional tuvo lugar después de numerosas iniciativas presentadas para reformar el régimen de los derechos en nuestro país: 33 iniciativas de reforma concluyeron con el reconocimiento constitucional a los derechos humanos; el cambio en la denominación del capítulo I, Título 1 de la Constitución, que hasta entonces se conocía como “De las Garantías Individuales”, y que pasó a titularse “De los Derechos Humanos y sus Garantías”; se estableció la facultad de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para ejercitar acciones de inconstitucionalidad contra normas generales, y se reconocieron los derechos humanos no sólo presentes en la Constitución sino también, y esto es lo relevante, “en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”. Adicionalmente, en el párrafo segundo del mismo numeral se señaló que “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

Las cámaras de Senadores y de Diputados realizaron un amplio debate en torno a los alcances que tendría la reforma y los dictámenes dan cuenta de ello.²² Derivado de ellos se eliminó la referencia específica a tratados internacionales en materia de derechos humanos que se hacía en diversos artículos de la Constitución, quedando abierto el concepto a cualquier tratado de esa naturaleza; además, se estableció el principio *pro*

²² Proceso legislativo del decreto por el que se modifica la denominación del capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Cámara de Diputados, LXI Legislatura, Leyes federales vigentes, México, 2011, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lxi/117_DOF_10jun11.pdf.

homine o principio *pro persona*, es decir, que el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca a las personas.

El 10 de junio de 2011 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la constitucional en materia de derechos humanos, por medio de la cual

[...] se elevó a [rango constitucional] a todas aquellas normas de derechos humanos, contenidas en los tratados internacionales de los que México sea Estado parte, las que no formen parte de esta categoría, por exclusión, tendrían el rango ya otorgado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mientras que las primeras tendrían rango plenamente jurisdiccional, y en virtud del principio *pro persona* podrían ser preferidas a las normas del texto constitucional si proveen una protección mayor a favor de la dignidad de los seres humanos.²³

Así, el artículo 1º de la Constitución federal dispuso en sus primeros tres párrafos lo siguiente:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales en la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

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. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos que establezca la ley.

Lo establecido en el artículo 1º constitucional debe leerse sistemáticamente con lo estipulado por el diverso artículo 133 de la Carta Magna,²⁴ construyéndose así un bloque constitucional-convencional, conformado por los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en las constituciones de las entidades federativas y en los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que México es parte. En tal virtud, los jueces —y las autoridades en general— están obligados a proteger y preferir los derechos humanos integrantes del referido bloque constitucional-convencional, aun a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior.²⁵

²³ Jorge Ulises Carmona Tinoco, “La reforma y las normas de derechos humanos prevista en los tratados internacionales”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012, p. 60.

²⁴ Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.

²⁵ Véase Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Fabiola Martínez Ramírez y Giovanni A. Figueroa Mejía (coords.), *op. cit.*, p. 512.

Por su parte, Eduardo Ferrer Mac-Gregor concibe al bloque de convencionalidad como un “estándar mínimo creado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos integrado por el *corpus iuris interamericano* y su jurisprudencia en los Estados que han suscrito o se han adherido a la Convención Americana de Derechos Humanos y han reconocido su competencia contenciosa”.²⁶ Razón por la cual el control de convencionalidad debe realizarse a partir del *corpus iuris interamericano*, integrado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y cualquiera otra Convención o Declaración del propio sistema interamericano, así como la interpretación que derive de la fuerza normativa de las mismas, lo cual incluye la incorporación de protocolos adicionales, tratados interamericanos sobre tópicos específicos, y la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana, las cuales mantienen a la Convención como un instrumento vivo, en cuanto nutren y dan contenido a los derechos ahí reconocidos. Debe mencionarse que ello deriva específicamente de las consideraciones establecidas en la sentencia del 26 de noviembre de 2010, dictada por la Corte Interamericana en el caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”.

La transversalidad de la convencionalidad

En principio hay que mencionar que la parte más importante de la reforma en materia de derechos humanos llevada a cabo en junio de 2011 en México —para el tema que nos ocupa— se encuentra en los tres párrafos iniciales del artículo 1º constitucional, pero no fue la única disposición constitucional modificada, sino que formó parte de un grupo más amplio, que trastocó los artículos 1º, 3º, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105. Con ello se puede identificar una primera transversalidad en materia de derechos humanos y convencionalidad.

Ahora bien, la transversalidad del control de convencionalidad recorre todos los ordenamientos jurídicos nacionales y supranacionales suscritos por México, así como todos los órdenes gobierno (federal, estatal, municipal, interestatal, intermunicipal y submunicipal) y también a todas las autoridades. Este control transversal debe efectuarse siguiendo una serie de pasos para identificar la convencionalidad de las normas:

- Partir del principio de constitucionalidad y de convencionalidad de la norma nacional.
- Realizar la “interpretación” de la norma nacional conforme a la Constitución y a los parámetros convencionales.
- Optar por la interpretación de la norma más favorable y de mayor efectividad en la tutela de los derechos y libertades en aplicación del principio *pro homine* o favor *libertatis* previsto en el artículo 29 de la Convención Americana.

²⁶ Israel Flores Rodríguez, “Control de Convencionalidad”, en David Cienfuegos Salgado y Julio César Vázquez-Mellado García (coords.), *Vocabulario Judicial*, México, Instituto de la Judicatura Federal/Escuela Judicial, Editora Laguna, 2014, p. 114.

- Desechar las interpretaciones incompatibles o de menor alcance protector.
- Sólo cuando no pudiera lograrse la interpretación constitucional y convencional conforme, debería desaplicar la norma nacional o declarar su invalidez, según la competencia asignada por la Constitución y las leyes nacionales.²⁷

De esta forma, se puede considerar que el control de convencionalidad es transversal por la manera en que la Corte Interamericana ha dispuesto dicho control;²⁸ esto es,

Los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer *ex officio* el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana.²⁹

Con la transversalidad de por medio, el control convencional se efectúa por todas las autoridades y todos los órdenes de gobierno, tomando en consideración las normas de los distintos ámbitos, ya sean nacionales como internacionales; todo ello en busca de proteger de la manera más amplia y eficiente posible los derechos fundamentales de las personas de nuestra América.

Es cierto que la transversalidad de la convencionalidad es un enfoque relativamente reciente en nuestro país en su aspecto jurisdiccional vinculante, como reciente es el concepto mismo de control de la convencionalidad; pero en el ámbito interamericano la convencionalidad ha sido explorada desde hace tiempo, aunque su control jurisdiccional vinculante para los Estados nacionales sea algo relativamente nuevo.

También es cierto que a partir de la existencia de organismos y tribunales internacionales encargados de aplicar y vigilar el cumplimiento de los acuerdos entre países —como la Convención Americana de Derechos Humanos— y organizaciones que los agrupan, los Estados nacionales han tenido que aumentar la tutela de los derechos de sus ciudadanos, en muchas ocasiones en atención a las decisiones de los tribunales creados para tal efecto en el ámbito regional, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

²⁷ Véase caso “Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México”. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre de 2010.

²⁸ El parámetro de análisis que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente: 1. Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución federal (con fundamento en los artículos 1º y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación. 2. Todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte. 3. Criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte.

²⁹ Caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs.* Perú”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006.

Además, en atención a las prioridades legislativas e institucionales del Estado mexicano, existen por lo menos dos enfoques a través de los cuales se desarrolla la transversalidad de la convencionalidad:

- A partir del análisis y control de todos los compromisos internacionales suscritos por México, y
- Desde el control de los derechos humanos que se engloban y construyen un bloque de convencionalidad.

En junio de 2011 la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos construyó un sistema integral de tutela y garantía de los derechos humanos de las personas, siendo la transversalidad una herramienta fundamental para lograr el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos mexicanos. Ahora los jueces nacionales no pueden aislar los ámbitos de aplicación o los cuerpos normativos, sino que deben atender a la transversalidad para controlar al poder público.

El control de convencionalidad permite a todas las autoridades tutelar y garantizar los derechos humanos, así como a los titulares de esos derechos la posibilidad de acudir a los tribunales, nacionales o internacionales, para acceder a los derechos y cumplir con los fines perseguidos por la Constitución y demás disposiciones que componen el bloque de convencionalidad, conformando así una comunidad más allá de las fronteras nacionales; esto es, una comunidad interamericana e incluso una ciudadanía y un derecho a nivel continental.

Epílogo

La reforma constitucional de 2011 ha tenido repercusiones, no sólo en el ámbito individual de las personas, ya que la transversalidad de la convencionalidad incide en el control y ejercicio del poder democráticamente obtenido, logrando con ello consolidar la democracia a partir de la utilidad y respeto a los derechos fundamentales, no sólo por las autoridades administrativas, sino por el conjunto de autoridades del Estado, consolidando el Estado constitucional de derecho así como a la democracia.

El conocimiento de esta nueva forma de concebir los derechos es un reto de todos los “operadores” jurídicos, pero también lo es de la academia y de la sociedad en su conjunto. La construcción de una cultura constitucional de los derechos humanos contribuye, sin lugar a duda, a la consolidación de la cultura democrática, que va más allá del acceso legítimo al poder, tiene que ver con su ejercicio, con estricto apego a la ley y en observancia cabal de los derechos humanos. Por eso el reto es compartido.

Es una profesión de fe, para quien esto escribe, que por encima de cualquier otro interés se debe hacer valer el Derecho y la democracia. Y en tal sentido, el control de convencionalidad es un medio adecuado para que ambos valores sean una constante en la actuación de todos y, por tanto, una vía para construir un país democrático con sólidas instituciones. Promover y utilizar la transversalidad de la convencionalidad en

la actuación cotidiana de todas las autoridades y de la ciudadanía, es una forma de contribuir a arraigar nuestra propia convicción acerca de la democracia: un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, cultural y social del pueblo.

Bibliografía

- ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- ASTUDILLO, César, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*, México, UNAM/Tirant lo Blanch, 2014.
- BOGDANDY, Armin von, Héctor Fix-Fierro y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM/Max-Planck-Institut/Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014.
- CARBONELL, Miguel y Pedro Salazar (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012.
- CIENFUEGOS SALGADO, David y Julio César Vázquez-Mellado García (coords.), *Vocabulario Judicial*, México, Instituto de la Judicatura Federal/Escuela Judicial, Editora Laguna, 2014.
- COELLO CETINA, Rafael, “El control jurisdiccional del control difuso”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 18, julio-diciembre de 2012.
- CORZO SOSA, Edgar, Jorge Ulises Carmona Tinoco y Pablo Saavedra Alessandri (coords.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2013.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Rubén Sánchez Gil, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*, México, UNAM/Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013.
- , Martínez Ramírez, Fabiola y Giovanni A. Figueroa Mejía (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, México, Consejo de la Judicatura Federal, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, tomo I.
- et al., *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación/UNAM/Konrad Adenauer Stiftung, 2014, II tomos.
- GARCÍA MORALES, Gumersindo, *Control de convencionalidad de los derechos humanos en los tribunales mexicanos*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2015.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, 3a. ed., México, Porrúa/UNAM, 2013.
- GARCÍA VILLEGAS SÁNCHEZ CORDERO, Paula M., *El control de convencionalidad y las cortes nacionales*, México, Porrúa, 2013.
- GONZÁLEZ MORALES, Felipe, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.
- LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro y Baltazar Pahuamba Rosas, *Nuevos paradigmas constitucionales. Dignidad humana, principios fundamentales, derechos humanos, Estado de derecho, democracia y control de convencionalidad*, México, Espress, 2014.
- NIETO CASTILLO, Santiago, *Control de convencionalidad y la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2014.

- OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús, *Control de la convencionalidad en materia electoral*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2014.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén, *Escritos procesales constitucionales*, México, Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2012.
- Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001.
- VÁZQUEZ-MELLADO GARCÍA, Julio César, “La protección jurisdiccional de los Derechos Humanos: acerca de la contradicción de tesis 293/211”, en *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, núms. 21-22, enero-diciembre de 2013.

El sistema de interpretación constitucional.
Apuntes sobre la descripción y funcionalidad de la interpretación
conforme presente en el artículo 1º de la Constitución

Introducción

El artículo 1º, párrafos primero y segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM, la Constitución, indistintamente) establece:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

La interpretación constitucional ha sido una tarea ampliamente debatida y analizada tanto por la teoría como por la práctica jurídica. Se ha colocado en el centro de atención para cualquier sistema jurídico, pues de ella depende, en gran medida, la consecución de los fines político-morales que persigue el orden jurídico, así como su estabilidad y legitimidad. La creciente y reciente apertura del Derecho constitucional hacia otros órdenes normativos de carácter internacional, así como la influencia que los derechos humanos han irradiado en el entendimiento del propio constitucionalismo, han traído consigo la necesidad de repensar y actualizar los métodos y horizontes de la interpretación constitucional. En el caso de México, desde el 10 de junio de 2011, fecha en que se publicó una de las reformas constitucionales más importantes de los últimos años, la interpretación constitucional ha cobrado un vigor renovado. La nueva

Sumario

Introducción	31
A manera de prefacio. El acento excesivo en una interpretación objetivista.	33
Los elementos del sistema. Una descripción de la estructura del sistema de interpretación constitucional.	34
La fisiología de la interpretación conforme. Descripción y funcionalidad	39
Conclusión	44

arquitectura del artículo 1º de la Constitución de la mano de la incorporación de herramientas como el bloque de constitucionalidad/convencionalidad, la interpretación conforme y el principio *pro persona*, han trazado una ruta de reorientación para interpretar el Texto Fundamental.

Este enfoque renovado, no obstante, aún debe consolidarse. La inclusión constitucional de dichas herramientas y métodos interpretativos no es por sí misma funcional ni autorrealizable. De hecho, suele considerarse que todos estos elementos interpretativos de reciente incorporación operan —y deben operar— de manera independiente, cada uno por su lado y con su propio resultado. Ello no sólo mina la efectividad funcional de la reforma constitucional y de sus herramientas, sino que coloca en riesgo la posibilidad de generar un desarrollo teórico y práctico de interpretación constitucional eficiente para el aseguramiento de los derechos humanos.

Frente a este posible pero real escenario, el presente artículo tiene como objetivo presentar una visión integradora que coloca a las nuevas herramientas en una especie de *sistema vascular de interpretación constitucional*. La premisa básica es que el canon de interpretación requerido por la reforma constitucional del año 2011 sólo puede materializarse a través de la integración funcional de dichas herramientas, en donde la interpretación conforme juega un papel de protagonista. En esencia, es este principio el que articula y determina las posibilidades de lo que llamamos sistema de interpretación constitucional en la medida en que potencializa las posibilidades de aseguramiento y aplicación de los derechos humanos por medio de remisiones interpretativas más favorables hacia distintos ordenamientos con ámbitos de protección más altos.

Con ánimo de contribuir con el desarrollo teórico en torno a los alcances de las herramientas interpretativas que hoy adquiere nuestra Constitución, este texto ofrece una perspectiva de análisis que tiende; por un lado, a potencializar los métodos de interpretación constitucional y, por el otro, a asegurar un nivel mayor de protección de los derechos humanos en el marco del actual modelo constitucional mexicano. El razonamiento aquí presentado corresponde a una visión general de la interpretación constitucional, por lo que no debe verse limitado a la actividad que realicen instituciones particulares como la Judicatura. De hecho, la ampliación de las posibilidades de interpretación constitucional hacia otros sectores de relevancia jurídica, como los órganos legislativos o los organismos públicos autónomos, es uno de los elementos que se incorporan al sistema de interpretación constitucional aquí dibujado.

El estudio aborda la siguiente estructura. La primera sección explica la manera en que las herramientas constitucionales de interpretación se articulan para conformar el sistema de interpretación constitucional. En ella, señalamos que el bloque de constitucionalidad/convencionalidad, la interpretación conforme y el principio *pro persona* —en conjunto— modelan el sistema por el que las remisiones interpretativas fluyen, por un lado, para consolidar el significado eficaz de las disposiciones normativas y, por el otro, para garantizar una protección efectiva a los derechos humanos. En el segundo apartado, detallamos la manera particular en que el principio de interpretación conforme opera. Esta sección describe una especie de fisiología de este principio en la medida en que detalla los rasgos que distinguen su propia dinámica en el sistema constitucional de derechos humanos.

A manera de prefacio. El acento excesivo en una interpretación objetivista

La labor de interpretación constitucional es una actividad estrechamente relacionada con los fines que persigue el Derecho en tanto sistema jurídico. Particularmente, el constitucionalismo moderno que sienta sus bases en amplios procesos de codificación¹ y en aspiraciones racionales² para la explicación y construcción del mundo social ha marcado una pauta, a veces inflexible, para el entendimiento de las constituciones y de la propia disciplina que las estudia. No es lugar para realizar un desarrollo teórico completo sobre este fenómeno. Sin embargo, sí es necesario apuntar que bajo este enfoque, una Constitución, en tanto codificación de los principios básicos de un sistema jurídico-político que se coloca como norma fundamental que permea todos los aspectos de la vida pública y que, a su vez, funciona como referente para la producción normativa, se coloca como la premisa básica del orden jurídico normativo. Es el elemento que informa e irradia la manera que el Derecho tiene de explicar una determinada realidad social; que a la vez que la explica, la construye. Es, en conjunto, un documento de particular relevancia que intenta armonizar y entretejer las condiciones óptimas que deben darse dentro de una comunidad política.

Cuando la perspectiva racional del constitucionalismo se presenta en términos de interpretación constitucional suele producirse como resultado un enfoque objetivista de interpretación. Este enfoque parte de la idea de que en tanto norma suprema y depositaria de los principios esenciales de toda comunidad política, el Texto Fundamental y su interpretación deben ser coherentes para explicar y performar una determinada realidad social de acuerdo con los fines que persiga el derecho en un momento particular. La posición objetivista de interpretación, por lo tanto, asocia los contenidos constitucionales como cláusulas análogas entre sí que pertenecen a un sistema constitucional cerrado y coherente, capaz de explicar y performar una realidad social. Para esta visión, la interpretación constitucional se dirige, sobre todo, a conservar vigentes las condiciones del sistema jurídico, es decir, su coherencia y sistematicidad.

La corriente objetivista de interpretación en posiciones fuertes suele vincularse con métodos rígidos de interpretación normativa como la interpretación literal.³ Sostiene que una de las razones por las cuales la interpretación del texto constitucional debe ser fiel a sí mismo, es la de evitar altos grados de subjetividad o arbitrariedad en el desarrollo interpretativo. Sin embargo, si bien es cierto que la interpretación de las normas constitucionales requiere de ciertas condiciones de estabilidad, ello no quiere

¹José Ignacio Núñez Leiva, “El Constitucionalismo: Tres nortes para una misma brújula”, *Seqüência* 70 (2015): 77-92.

²El profesor Carlos de Cabo Martín ha desarrollado estas ideas de manera importante. Una aproximación de este fenómeno puede apreciarse en “Constitución y República”, en *IV Congreso sobre teoría y práctica del poder constituyente. Los contenidos de la Constitución democrática* (Universidad de Valencia, 2015), disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=3TGvCnsT8MI>.

³Lidia Rodak, “Objective Interpretation as Conforming Interpretation”, en *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 1, núm. 9 (2011): 1-11.

decir que tal condición se encuentre única y completamente en las propias normas jurídicas o, mejor dicho, en la propia Constitución.

En el caso mexicano el enfoque objetivista de interpretación constitucional no ha sido la excepción. Por el contrario, la interpretación de las normas constitucionales ha seguido un patrón trazado por esta corriente que se ha visto reforzado por consideraciones de gran tradición como el de supremacía constitucional en un sentido formal. Ello ha derivado en la generación de una posición soberana del Derecho⁴ que tiende a relacionar de manera simbiótica los conceptos de *ley* y *Derecho* en una clase de asimilación que resulta problemática, especialmente en el ámbito de los derechos humanos. Para esta perspectiva, la interpretación constitucional surge como una actividad destinada a satisfacer las ideas de legalidad que, se supone, deben caracterizar a un Estado de derecho. Es decir, a la sujeción y obediencia de la literalidad normativa que, en el mejor de los casos, reside en las constituciones. No obstante, en conjunto, ambas perspectivas terminan por hacer de la labor interpretativa constitucional una labor fatigosa que contribuye poco al desarrollo de las condiciones de transformación de la sociedad y del propio orden jurídico.

Pese a ello, la incorporación de los derechos humanos en el entramado constitucional ha traído como consecuencia necesaria una modificación completa de la dinámica constitucional. Ello sucede en virtud de que la propia y versátil sinergia de estos derechos hace imposible que el Derecho y la ley expliquen una realidad social. Como elementos dinámicos, los derechos humanos trascienden de la realidad social que el Derecho intenta explicar y, por el contrario, son ahora éstos los que configuran la funcionalidad y operatividad del sistema jurídico. Si las condiciones constitucionales cambian, los métodos de interpretación deben seguir la misma evolución. Tal es lo que sucede con la reestructuración de la CPEUM a partir del año 2011, y propiamente con el reconocimiento de nuevos elementos para la interpretación, en donde los derechos humanos surgen como elementos protagonistas para el diseño, implementación y evaluación del propio orden constitucional. Así, la dinámica constitucional y su finalidad no pueden entenderse como fenómenos exclusivos para la preservación de las condiciones de coherencia y sistematicidad del orden jurídico. Por el contrario, hoy por hoy, a partir de esta transformación constitucional, la dinámica interpretativa se orienta hacia un nuevo puerto: el de la funcionalidad de la propia Constitución.

Los elementos del sistema. Una descripción de la estructura del sistema de interpretación constitucional

Entender la interpretación como parte de un sistema requiere asumir que su actividad deriva de la articulación de distintos elementos. En el caso de la Constitución el bloque de constitucionalidad/convencionalidad, la interpretación conforme y el principio *pro*

⁴José Luis Caballero Ochoa, *Metodología judicial comparada: entre la práctica del poder y la protección de los derechos* (en prensa).

persona, constituyen lo que en este trabajo denominamos como el *sistema vascular de interpretación constitucional*. El nombre hace eco de la existencia de un sistema vital para la vigencia de la Constitución por el que fluyen las remisiones normativas que, en conjunto, determinarán; por un lado, la funcionalidad y operatividad constitucional y, por el otro, la ampliación del espectro protector de los derechos humanos. Como elementos de un sistema, no llevan a cabo una funcionalidad autónoma, es decir, por sí mismos no desarrollan una utilidad; por el contrario, ligados estructuran anatómica y funcionalmente un sistema interpretativo en el que juegan juntos en la consecución del fin previsto en la reciente dinámica constitucional impresa en el artículo 1º de la Constitución, esto es el aseguramiento de los derechos humanos.

Bloque de constitucionalidad/convencionalidad

La incorporación constitucional de los derechos humanos —particularmente de aquellos consagrados en tratados internacionales— responde a distintos modelos teórico-constitucionales que varían de acuerdo con cada Estado y tradición jurídica. En el caso mexicano, este proceso de incorporación previsto en el artículo 1º constitucional se corresponde con un modelo híbrido⁵ que reconoce el carácter propiamente constitucional de tales derechos con independencia de su ubicación formal; a la vez que ordena la necesidad de realizar un ejercicio de interpretación conforme de la mano del principio *pro persona*.

En cuanto a la primera característica de este modelo híbrido, vale decir que su significado radica en el hecho de que la Constitución se configura a partir de un binomio tratados-Constitución. Es decir, son normas constitucionales todas aquellas contenidas en la Constitución, pero también todas aquellas relacionadas con derechos humanos establecidas en tratados internacionales de los cuales México es Estado Parte. En este punto, la inclusión de los tratados internacionales como elementos de referencia constituye una característica esencial, ya que las normas sobre derechos humanos contenidas en dichos tratados tienen un propósito muy claro que básicamente consiste en ser elementos de diálogo, con el orden interno e integrarse con las normas producidas en sede nacional con el propósito de establecer umbrales cada vez más altos de protección a los derechos humanos.⁶

Un claro entendimiento de este componente constitucional trae como consecuencia inmediata el abandono de la teoría de las fuentes del Derecho como criterio de validez

⁵José Luis Caballero Ochoa, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, 2a. ed., México, Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2014, p. 112.

⁶Víctor Bazán ha precisado al respecto: “semejante mandato de interpretación conforme [...] debe ser leído no en términos de una vinculación jerárquica, sino en función del deber de decantarse por la interpretación de la norma más favorable y efectiva hacia la protección de los derechos, garantías y libertades (principio *pro persona* o favor *libertatis*), en la línea de sentido del artículo 29 de la CADH”, “Control de convencionalidad, puentes jurisdiccionales dialógicos y protección de los derechos humanos”, Eduardo Ferrer MacGregor (dir.), *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 18, México, Porrúa/Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, julio-diciembre de 2012, p. 39.

de las normas y de resolución de los conflictos entre ellas. Esto implica que una norma no es más o menos válida por su ubicación formal, sino por su contenido, sobre todo cuando en su núcleo es posible identificar algún derecho humano. Esta visión se identifica de manera clara en la resolución expresada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a la Contradicción de Tesis 293/2011, en donde la Corte dejó de lado el debate en torno a la producción de las normas sobre derechos humanos y, por tanto, de su aparente jerarquía dentro de nuestro sistema jurídico. Con ello, la Suprema Corte reconoció que, derivado de la modificación constitucional y de la apertura establecida por el artículo 1º constitucional, las normas jurídicas no se relacionan más en términos de jerarquía o posición, sino que su valor se expresa por el contenido material que las conforma, así como por la compatibilidad que guarden con el binomio Constitución-tratados internacionales.⁷

El bloque de constitucionalidad/convencionalidad entendido como la sublimación del binomio tratados-Constitución es esencial en el sistema de interpretación constitucional en la medida en que su articulación configura la base material para el desarrollo de la actividad interpretativa. De la articulación normativa entre normas constitucionales de fuente internacional y normas constitucionales de fuente nacional surgen los elementos formales que viajarán por el sistema de interpretación constitucional para expandir el alcance de protección de tales derechos, así como para brindar a la Constitución de un sentido funcional. En términos metafóricos, los elementos derivados del binomio tratados-Constitución (las normas de derechos humanos) representan los glóbulos rojos que circulan por el torrente constitucional y que son objeto de remisiones interpretativas entre los diversos elementos que los producen para articular así una interpretación funcional y protectora de la Constitución, entendida ésta en un sentido amplio. La funcionalidad de las normas de derechos humanos en el *sistema vascular de interpretación constitucional* es semejante a la que realizan los glóbulos rojos en un sistema cardiovascular humano. Ambos son los encargados de oxigenar al organismo para asegurar su correcto funcionamiento.

En otras palabras, del bloque de constitucionalidad/convencionalidad derivan los elementos normativos, en su carácter de estándares mínimos, que serán objeto de remisión interpretativa para la conformación de un canon hermenéutico que asegura, por un lado, la incorporación de aquellos estándares mínimos de protección a los derechos humanos desarrollados en sede nacional e internacional y, por el otro, permite que tales criterios, posteriormente, sean el referente interpretativo en la jurisdicción nacional.

⁷Al respecto véase la tesis aislada derivada de esta resolución que lleva por rubro “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 AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL” en donde la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoce que: “De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos”. Tesis: P/J. 20/2014 (10a), publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Pleno, libro 5, abril de 2014, tomo I, p. 202.

Interpretación conforme

En el marco del sistema vascular que hemos venido dibujando, la interpretación conforme representa la principal herramienta que brinda el texto constitucional para perseguir una adecuada aplicación y expansión de los derechos humanos, pues evidencia que este material normativo amplía su cobertura protectora mediante remisiones interpretativas más favorables entre distintos ordenamientos, a partir de su conformación como contenidos de estándares de mínimos.

En términos generales, puede decirse que la interpretación conforme constituye el método por el cual las normas relativas a los derechos humanos, en su carácter de estándares mínimos, son objeto de una remisión hacia la Constitución y los tratados internacionales para efectos de su integración y ampliación más protectora. Ello implica reconocer que las normas de derechos humanos contenidas en la Constitución y en los tratados internacionales constituyen elementos normativos mínimos susceptibles de expandirse, en la medida en que requieren de un traslado o remisión hacia otros ordenamientos a fin de dotarlos de un umbral más robusto de protección.

Considerar la interpretación conforme como parte del *sistema vascular de interpretación constitucional* lleva consigo necesariamente la adjudicación de un papel particular en dicho sistema. Esto en virtud de que de la implementación de la interpretación conforme depende la posibilidad de realizar lo que hemos denominado remisiones interpretativas para ampliar la protección de los derechos humanos y facilitar la dinámica interpretativa de la Constitución. Si las normas derivadas del bloque de constitucionalidad/convencionalidad constituyen los elementos formes del sistema —los elementos materiales que hemos asemejado a los glóbulos rojos y blancos que circulan por el torrente sanguíneo— es necesario aún conceptualizar el sistema por el que tales elementos fluyen. Como sucede con el cuerpo humano, la movilización de estos elementos requiere de un sistema de conexiones y circuitos que aseguren el libre flujo de estas células. En el caso del sistema cardiovascular, tal función es desarrollada por el conjunto de vasos conformados por venas, arterias y capilares. Por su parte, en el contexto del sistema de interpretación constitucional esta función de libre flujo y comunicación entre las normas de derechos humanos y el principio *pro persona* es desarrollada, precisamente, por la interpretación conforme.

La interpretación conforme representa entonces una posibilidad dinámica para la circulación de las normas de derechos humanos con el objeto de garantizar su ampliación en términos interpretativos y, por tanto, su aseguramiento. A través de su ejercicio, las normas en materia de derechos humanos derivadas del bloque de constitucionalidad pueden movilizarse y circular entre distintas estaciones —sean tratados internacionales, Constitución nacional, legislación local o jurisprudencia nacional e internacional— con el propósito de ampliar su umbral de protección y representar elementos para la dinámica y funcionalidad constitucional.

El principio *pro persona*

El principio *pro persona* es parte integrante de las herramientas incorporadas a la Constitución a partir de la reforma del año 2011. Su objetivo principal es asegurar que la interpretación que las autoridades nacionales hagan de cualquier norma jurídica tenga por objetivo principal brindar la protección más amplia para las personas.⁸ Pese a ello, decir que un principio interpretativo debe favorecer en todo momento a las personas no es sinónimo de abrazar un criterio decisionista que, sin mayor fundamentación, pueda ofrecer interpretaciones simplistas o salomónicas.⁹ Por el contrario, para evitar una implementación laxa es necesario incorporar dicho principio en un sistema estructurado de interpretación que posibilite su funcionamiento y la consecución de los fines que persigue.

En este sentido, la apertura brindada por nuestra Constitución al escenario internacional, de la mano de las otras herramientas constitucionales de interpretación, constituye un pilar fundamental para la implementación del principio *pro persona* y, en general, para toda actividad interpretativa que haya de hacerse en materia de derechos humanos. Ello es así, ya que la incorporación de todos aquellos elementos de carácter internacional asociados a los derechos humanos, en consonancia con las disposiciones constitucionales en la materia, terminarán por configurar tanto la materia prima como el tablero materialmente válido para la interpretación de derechos humanos en nuestro sistema jurídico. Así, el resultado de la complementación entre estándares internacionales y nacionales sobre derechos humanos será el elemento a interpretar cuando se trate de la aplicación del principio *pro persona*.

Lo anterior supone comprender que este principio no es autónomo, sino que su adecuada implementación y efectividad requiere de otros mecanismos de catálisis como el bloque de constitucionalidad/convencionalidad y, posteriormente, la interpretación conforme, a la que va íntimamente aparejado, como expresa el texto constitucional en México: se interpreta de conformidad... favoreciendo.

En esencia, el principio *pro persona* se incorpora a una estrategia interpretativa de amplio alcance que vincula la operación de diversos componentes a favor de la conformación de lo que aquí consideramos como el *sistema vascular de interpretación constitucional*, de modo que la actividad interpretativa no se ve estructurada únicamente a partir de la identificación de elementos normativos asociados a derechos humanos y otros principios, sino también —e indisolublemente— a partir de la interpretación más favorable que de ellos realicen las autoridades en el ámbito de sus competencias.

⁸Mónica Pinto, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, 2004. Ximena Medellín Urquiaga, “Principio *Pro Persona*”, en *Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal/Suprema Corte de Justicia de la Nación/Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 1a. ed., 2013, México, 2014.

⁹José Luis Caballero Ochoa y Daniel Antonio García Huerta, *El principio pro persona en el marco del sistema de interpretación sobre los derechos humanos en México* (en prensa).

La fisiología de la interpretación conforme. Descripción y funcionalidad

La interpretación conforme juega un papel fundamental dentro del sistema de interpretación constitucional que se propone. De ella depende la posibilidad de realizar una serie de remisiones normativas entre distintos instrumentos jurídicos nacionales e internacionales para asegurar que los derechos humanos alcancen su máximo potencial de protección. Desde esta perspectiva, la interpretación conforme es entendida como una norma de conexión entre ordenamientos que sirve para la mejor identificación de parámetros interpretativos que tiende a la maximización del potencial protector de los derechos humanos. Parámetros que efectivamente contribuyen a la mejor identificación del contenido esencial de cada derecho fundamental.¹⁰

Dada su particular función, un análisis detallado tanto de los objetivos como de la funcionalidad de la interpretación conforme resulta necesario. En esta sección nos ocupamos de estos dos aspectos con el objetivo de contribuir con un mayor desarrollo y entendimiento de su relevancia para la labor de interpretación constitucional en el marco del contexto mexicano.

La descripción de la interpretación conforme

En el marco del sistema de interpretación constitucional, la implementación de un ejercicio de interpretación conforme persigue dos objetivos fundamentales: por un lado, el de asegurar la ampliación de las normas de derechos humanos para que resulten más protectoras y; por el otro, el de abonar al proceso de integración normativa de cara al fortalecimiento y funcionalidad del sistema jurídico en cuanto a su relación con los derechos humanos.¹¹

El primero de los efectos perseguidos es plenamente relevante en el escenario actual de apertura democrática a los derechos humanos que la reforma de junio de 2011 trajo como corolario. En esencia, se trata de que todas las normas, sin importar si su aplicación se presenta en sede administrativa, legislativa o judicial, deben ser interpretadas siempre tomando como referentes a la Constitución y a los tratados internacionales; esto es en cumplimiento de lo señalado por el párrafo segundo del artículo 1º de la Constitución. Este proceso de ampliación del espectro de las normas de derechos humanos se lleva a cabo por medio de las remisiones normativas que suponen la puesta en práctica de la interpretación conforme.

Esto quiere decir que entre más extensas y ensanchadas sean las vías de remisión, mayores serán las posibilidades de ampliación de los derechos humanos. Es posible que las remisiones normativas discurran por canales más o menos ensanchados, como

¹⁰El concepto de “norma de conexión” y el propósito de “mejor identificación” derivan de la sentencia del Tribunal Constitucional español 64/1991, del 22 de marzo de 1991.

¹¹Véase José Luis Caballero Ochoa, *op. cit.*, p. 235.

sucede en el cuerpo humano con las venas y las arterias. Sostener que las remisiones normativas fluyen por venas es sostener una perspectiva reducida de la interpretación conforme, en la medida en que tales canales de comunicación parten exclusivamente de las posibilidades de conexión que surgen entre la Constitución y los tratados internacionales. Por el contrario, que las remisiones normativas circulen por arterias implica la posibilidad de ampliar los puntos de conexión entre ordenamientos que no se reducen únicamente a la Constitución y los tratados internacionales, sino a otros cuerpos y desarrollos jurídicos que, independientemente de su naturaleza, contribuyan a la ampliación del esquema protector de los derechos humanos.

El flujo de las remisiones normativas a través de arterias es similar a lo que consideramos es un “modelo amplio de interpretación conforme”, el cual supone que la incorporación de las normas internacionales en materia de derechos humanos al canon interpretativo constitucional¹² no se agota exclusivamente en un contenido taxativo, es decir, en el catálogo de derechos que integran los tratados internacionales. Por el contrario, la cláusula de interpretación conforme a la luz de su objetivo expansivo de los derechos humanos requiere necesariamente la incorporación de la dimensión hermenéutica generada por los organismos autorizados encargados de la supervisión e interpretación de los tratados internacionales y, más aún, del reconocimiento de la obligatoriedad de sus decisiones y, por tanto, de su cumplimiento. Con ello, la cláusula de interpretación conforme exige la incorporación del catálogo de derechos contenido en los tratados internacionales, pero también de los precedentes, criterios e interpretaciones expresadas en las decisiones jurídicas que adopten organismos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o aquellos Comités de Naciones Unidas cuya competencia sea reconocida por México.¹³

En lo que respecta al segundo de los objetivos perseguidos por la interpretación conforme, esto es, abonar al proceso de integración normativa, vale decir que éste revisite una utilidad particular desde una perspectiva dogmática jurídico-constitucional, al tiempo que guarda una relación estrecha con la incorporación de tratados internacionales al canon interpretativo de las normas relativas a los derechos humanos. En esencia, la cláusula de interpretación conforme abona a la construcción de un modelo robusto de constitucionalidad para la interpretación de normas relativas a los derechos humanos.

¹²La expresión de Alejandro Saiz Arnaiz, quien considera que la interpretación conforme representa una obligación de adecuación a los contenidos de los tratados internacionales, que por imperativo constitucional devienen en canon hermenéutico de regulación de los derechos y libertades fundamentales en la Constitución. Véase Alejandro Saiz Arnaiz, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 52 y 53.

¹³En sentido similar, Eduardo Ferrer MacGregor considera que la interpretación conforme constituye una “técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección”. Véase Eduardo Ferrer MacGregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IJ-UNAM, 2011, p. 358.

Desde la perspectiva del modelo amplio de interpretación conforme, la incorporación de instrumentos internacionales representa un aspecto importante para el proceso de integración normativa en la medida en que: *a)* asegura la incorporación de aquellos estándares mínimos de protección a los derechos humanos desarrollados en sede internacional, y *b)* permite que tales criterios, posteriormente, sean el referente interpretativo en la jurisdicción nacional. Todo ello representa un importante impacto en la labor jurisdiccional en la medida en que las decisiones judiciales nacionales deben ajustarse a este nuevo parámetro de integración-interpretación relativo a los derechos humanos.

Ahora bien, es importante destacar que este nuevo modelo de integración normativa por vía del proceso de interpretación debe ser analizado no desde aquella perspectiva clásica que considera a la integración normativa como un proceso de colmatación de lo que suele considerarse como “lagunas jurídicas”. Ello se debe a que para esta última perspectiva, el proceso de integración normativa supone un sesgo de sustitución/subsidiariedad de una norma por otra, es decir, en cierta medida esconde una visión formal de jerarquía normativa que resulta discordante con los presupuestos básicos de la reforma de junio de 2011. En otras palabras, que los tratados internacionales únicamente serían empleados en caso de lagunas o vacíos identificables en la CPEUM.

En contraste, la cláusula de interpretación conforme debe ser entendida como un parámetro armónico de compatibilidad o ausencia de contradicción¹⁴ entre normas de origen nacional e internacional que no se agoten exclusivamente en la sustitución de una por otra, pero tampoco en una remisión lisa y llana a su existencia.¹⁵ Se trata entonces del reconocimiento de la cláusula de interpretación conforme como una norma de conexión en el sentido anteriormente apuntado.

La funcionalidad de la interpretación conforme

A lo largo del texto hemos señalado que la interpretación conforme opera como una clase de red formada por cuerdas comunicantes —más o menos anchas— por las que las normas de derechos humanos circulan, de la mano del principio *pro persona*, por toda la estructura constitucional, con el propósito de asegurar la máxima potencialidad de los derechos y brindar condiciones de funcionalidad a la propia dinámica constitucional/convencional. Es precisamente esta estructura en red lo que yace detrás de la idea de remisiones normativas. Cuando hablamos de estas remisiones nos referimos a las cuerdas o arterias que, por un lado, conectan distintos ordenamientos jurídicos productores de normas y, por el otro, garantizan que dicha conexión y diálogo potencialice las posibilidades de protección de los derechos humanos.

¹⁴Argelia Queraltl, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal constitucional*, prólogo de Enoch Alberti, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 199.

¹⁵Para una aplicación jurisdiccional de este principio véase la reflexión hecha por el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea en la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el día 12 de marzo de 2012, en relación con su proyecto elaborado para la resolución de la contradicción de tesis 293/2012.

Así, las remisiones normativas que caracterizan el funcionamiento de la interpretación conforme hacen posible, a su vez, la movilización de los elementos formes del sistema de interpretación constitucional, es decir, de las normas de derechos humanos y del propio principio *pro persona*. Ahora bien, en lo que corresponde a las estaciones o los nodos de esta estructura en red, de acuerdo con el diseño constitucional mexicano —especialmente derivado de la reforma del año 2011—, puede decirse que se localizan en la CPEUM y en los tratados internacionales, o en otros elementos normativos. Estos nodos o estaciones funcionan tanto como elementos de origen como de llegada. Son elementos de origen en tanto que de ellos pueden surgir o ubicarse normas jurídicas relacionadas con derechos humanos. Mientras que son puntos de llegada en la medida en que, por medio de las propias remisiones normativas, permiten asegurar la ampliación de tales derechos al combinar sus propios estándares de protección. De esta manera, de acuerdo con el mandato establecido en la propia CPEUM todas las normas, en general, deberán ser interpretadas de manera conforme con un bloque integrado que hará las veces de referente interpretativo constitucional. Esta posición merece particular atención.

Cuando se habla de la funcionalidad de la interpretación conforme debe tenerse en consideración que esta red de vasos comunicantes genera una dinámica de cohesión (integración normativa) y de distribución (referentes interpretativos). En el primer caso, se permite articular en una misma dimensión interpretativa todos los puntos o estaciones de donde pueden surgir y arribar las normas relacionadas con derechos humanos. Ello quiere decir que gracias a la interpretación conforme es posible visualizar, en un mismo plano, tanto a la Constitución como a los tratados internacionales y demás ordenamientos. Así, y una vez identificadas las posibles rutas de conexión, el supuesto de distribución permite que las normas de derechos humanos y los elementos formes del sistema puedan fluir entre ellos, con el objeto de que al momento de ser interpretados puedan ser revestidos por los distintos estándares de protección que cada origen normativo puede brindar.

La afirmación de que la articulación funcional de la interpretación conforme supone la existencia de un bloque integrado que a su vez funciona como referente interpretativo, no es otra cosa que la referencia a estas dos condiciones de integración y distribución que los vasos comunicantes representan. Es un bloque integrado, porque articula los puntos o estaciones de conexiones materializadas en los distintos orígenes normativos y constituye un referente interpretativo en la medida en que funciona como la médula espinal que marcará la pauta para el desarrollo de cualquier acto interpretativo.

Los vasos comunicantes de la interpretación conforme, no obstante, operan en un plano extrasistema e intrasistema. En el primer caso, todas las normas, con independencia de su posición u origen normativo, deben ser interpretadas bajo la luz de este sistema constitucional; es decir, deben pasar necesariamente por estos vasos de distribución con el fin de garantizar su compatibilidad con la nueva dinámica constitucional centrada en el aseguramiento de los derechos humanos. Ello supone que las normas de cualquier legislación federal o local deben ser interpretadas de acuerdo con este referente. En cambio, el segundo supuesto implica que las normas en materia de derechos humanos cuyo origen radique en la propia Constitución o en los tratados inter-

nacionales también deben ser objeto de remisiones interpretativas por medio de este sistema. Lo anterior supone, en estricto sentido, que ni la Constitución ni los tratados internacionales cuentan con una clase de exención o inmunidad para el desarrollo de este ejercicio interpretativo. En otras palabras, todas las normas del sistema jurídico, incluidas las constitucionales, sean éstas de fuente convencional o constitucional, son objeto de remisión interpretativa de acuerdo con el mandato previsto en el párrafo segundo del artículo 1º de la Constitución.

En consecuencia, puede afirmarse que el modelo de interpretación conforme en el caso mexicano se diferencia de otros modelos interpretativos en la medida en que las remisiones normativas no se dan únicamente respecto a los tratados internacionales, sino también respecto a la propia Constitución. Ello es así porque al señalar que todas las normas relativas a los derechos humanos deberán interpretarse de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales, la primera abre la posibilidad para un examen interpretativo de sus disposiciones respecto a otro tipo de preceptos constitucionales, así como respecto a normas contenidas en tratados internacionales.

Es precisamente por medio de estas remisiones interpretativas que las normas de derechos humanos pueden adquirir su máxima potencialidad en términos de protección. A través de su circulación por el torrente constitucional y por el contacto con cada una de las estaciones que conforman al sistema, las normas de derechos humanos van adquiriendo distintos estándares de protección que contribuyen al ensanchamiento de su espectro de defensa. El matrimonio igualitario es un caso plausible para ejemplificar esta situación. Si bien, ni la Constitución ni los tratados internacionales dedican un reconocimiento expreso a esta modalidad del matrimonio, su derivación puede y ha sido formulada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación por medio del ejercicio de la interpretación conforme. Gracias a la articulación de normas constitucionales de derechos humanos con tratados internacionales, así como con interpretaciones realizadas por organismos internacionales, se ha llegado a la conclusión de que dicho derecho es, definitivamente, una posibilidad y una exigencia del sistema jurídico mexicano bajo la protección de los derechos a la no discriminación, a la vida privada, a la protección de la vida familiar, al mismo matrimonio, consagrado en el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

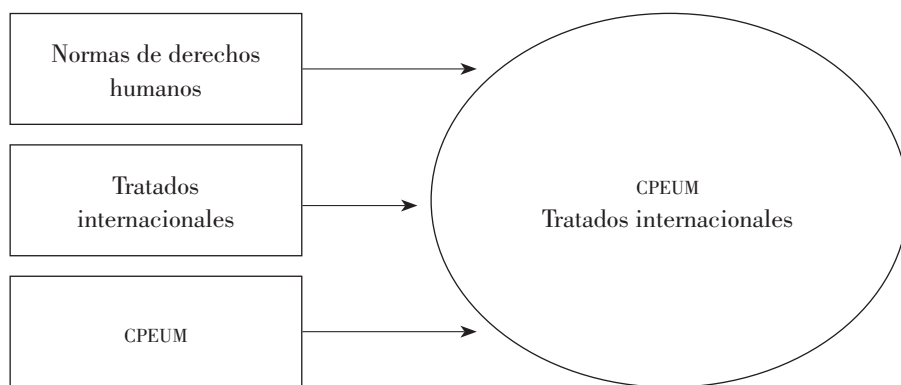
Como conclusión preliminar, puede decirse que el modelo mexicano de interpretación conforme es *sui generis* en la medida en que sujeta a la propia Constitución a un análisis interpretativo respecto de sí misma y de los tratados internacionales, lo que en conjunto contribuye al proceso de expansión de los derechos e integración normativa señalados en esta sección. En resumen, las características derivadas del modelo mexicano de interpretación conforme pueden agruparse de la siguiente manera:

- i. Todas las normas relativas a los derechos humanos son objeto de interpretación constitucional; incluso las propias normas constitucionales;
- ii. En términos del artículo 1º la Constitución es un ordenamiento binario en la medida en que funciona como referente interpretativo, pero a la vez sus disposiciones son objeto de interpretación;

iii. De acuerdo con el artículo 1º, los tratados internacionales también funcionan como un elemento referente para el ejercicio interpretativo. Sin embargo, a diferencia de modelos como el español, su utilización no puede darse de manera aislada, sino en conjunto con las disposiciones constitucionales en la materia.

iv. En el caso mexicano las normas susceptibles de remisión interpretativa no se agotan en el contenido constitucional, sino que pueden encontrarse, incluso, en otros ordenamientos internacionales en la medida en que se hacen parte del canon constitucional señalado en el párrafo primero del artículo 1º.

Un esquema que puede ejemplificar la funcionalidad de esta dinámica interpretativa es el siguiente:



Conclusión

Las posibilidades interpretativas de una Constitución no dependen de la identificación y operación aislada de los elementos que la conforman. Por el contrario, exigen una complementariedad armónica de las herramientas que la Constitución y el propio sistema jurídico brindan. Hoy por hoy, el camino que el constitucionalismo mexicano ha recorrido, en el que resalta particularmente la reforma del año 2011, se dirige más que a la preservación formal de un legalismo constitucional, hacia la funcionalidad del orden jurídico que tiende al mayor aseguramiento y protección de los derechos humanos. Por tanto, la Constitución no sólo debe mantener un orden jurídico, sino permitir que éste funcione y que lo haga de manera adecuada.

En el caso de México, la interpretación constitucional ha permanecido fuertemente arraigada a visiones formales que deben comenzar a transitar hacia un modelo mucho más flexible, realista y acorde con las condiciones propias que la dinámica social y los derechos humanos exigen. Es en esta perspectiva en la que este texto se inscribe con el fin de ampliar los alcances discursivos y prácticos de las herramientas que la refor-

ma constitucional del año 2011 trajo consigo como apoyo para el ejercicio de la actividad interpretativa de la Constitución.

La conceptualización del bloque de constitucionalidad, del principio *pro persona* y de la interpretación conforme como un sistema vascular permite comprender que en tanto tal requiere de la participación conjunta y organizada de todos los elementos que lo integran. Cuando afirmamos que tales elementos por sí mismos no cumplen una actividad funcional no quiere decir que no sean relevantes o útiles, por el contrario, implica un reconocimiento de que sin uno de ellos el aseguramiento de los derechos humanos y, por tanto, el mandato previsto por la propia Constitución serían prácticamente imposibles.

El modelo mexicano de interpretación constitucional tiene luz propia. Es único respecto a otros modelos alrededor del mundo y como tal tiene muchas posibilidades para su desarrollo e implementación. No obstante, su ejercicio no puede entenderse como la predilección de un sistema sobre otro. Ello presupone una discusión por momentos ociosa que nada abona al cumplimiento de los mandatos constitucionales. Tampoco puede comprenderse como una clase de “malinchismo normativo” que privilegie el origen de una norma sobre otra. En vez de ello, el modelo mexicano de interpretación constitucional puede entenderse y operarse de mejor manera en términos sistémicos. Si se trata de hacer real una Constitución, su interpretación debe ser una tarea que abone, no que la limite.

Aplicación del principio *pro persona* en el sistema mexicano

La reforma constitucional del 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos, que implicó la modificación de 11 de sus artículos, dio un cambio radical al tradicional paradigma en la tutela de los derechos inherentes a la persona, situando a México a la par de los países que enfocan su atención y esfuerzos en la protección y defensa de los derechos humanos a través de mecanismos de vanguardia.

Esta reforma es trascendental, entre otras cuestiones, porque con ella se establece un bloque de derechos que se integran bien con los establecidos en el propio cuerpo constitucional, pero además se incluyen los derechos fundamentales contenidos en los tratados internacionales que México haya suscrito, como establece el artículo 1º, párrafo primero, de la Carta Magna al disponer que “todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte”. Es decir, las normas provenientes de ambas fuentes gozan de rango constitucional y, por tanto, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano; integran una unidad exigible o imponible a todos los actos u omisiones que puedan ser lesivos de derechos fundamentales.

La Norma Fundamental, a partir de esta importante reforma, prevé métodos interpretativos para que se optimice de la mejor manera la expansión de los valores y principios que inspiran, como hemos señalado, no sólo a la Constitución misma, sino a los derechos humanos contenidos en tratados internacionales.

Señala el artículo 1º, segundo párrafo, de la Constitución General de la República: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad

Sumario

Bibliografía 59

con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

De dicha directriz constitucional se extraen dos métodos interpretativos de los derechos fundamentales: primero, la cláusula de interpretación conforme, a partir de la cual todas las autoridades del Estado mexicano deben interpretar el orden jurídico a la luz y acorde con los derechos previstos en la Constitución y las normas de derechos humanos de los tratados internacionales, que se convierten en el parámetro de validez de las leyes y actos de autoridad; asimismo, prevé que los operadores jurídicos —entendiendo por ello, no sólo a los juzgadores, sino también a legisladores y entes de la administración pública en sus tres órdenes y de acuerdo con sus respectivas competencias— se guíen bajo una interpretación *pro persona* —también denominada *pro homine*—, desplegando el potencial de la norma que sea la que más favorezca.

El objetivo constitucional es favorecer en todo momento la protección más amplia de los derechos humanos, para lo cual, en cada caso que se les presente tanto a los juzgadores como a las demás autoridades del Estado mexicano, en el ámbito de sus competencias, deben elegir si son los derechos humanos de fuente constitucional o los derechos humanos de fuente internacional los que resultan más benéficos. Es así que todas las autoridades del país se encuentran obligadas a velar por los derechos humanos contenidos en la propia Constitución, además de aquellos contemplados en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio *pro persona*.¹

El principio *pro persona* no es un principio que se tiene que ver aislado, sino que va aparejado de la cláusula de interpretación conforme. La cláusula de interpretación conforme funciona como guía para toda lectura y operación jurídica en las que se involucren disposiciones de derechos humanos. Lo anterior quiere decir que de manera inicial toda disposición relacionada con estos derechos debe armonizarse con las disposiciones constitucionales y de origen internacional en la materia.

El artículo 1º, segundo párrafo de la Constitución incorpora el principio de interpretación *pro persona* importándolo del Derecho internacional de los derechos humanos y del uso frecuente que del mismo han hecho los tribunales internacionales encargados de la protección y tutela de los mismos derechos. Por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 29, establece la primacía de la norma más favorable a la persona al indicar que ninguna de sus disposiciones puede interpretarse en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados parte, grupo o persona, suprimir el goce o ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención, o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de

¹ Cfr. Control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad, tesis LXVII/2011, SCJN, Pleno, Varios 912/2011, 14 de julio de 2011. En el párrafo 35 del Caso Radilla, expediente Varios 912/2010, resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se insistió en lo anterior y se acotó en parte su alcance: “es preciso reiterar que todas las autoridades del país en ámbito de sus competencia tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes, haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar la incompatibilidad de las mismas”.

cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano, o que derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Como se apreciaba, concretamente en el apartado b) se reconoce el principio de la norma más favorable a la persona al disponer que no se puede interpretar la Convención en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que se reconoce en una norma interna del Estado Parte o en otra convención de la que ese Estado sea parte.

No obstante que el principio *pro persona* está incorporado en diversos tratados internacionales a través de diferentes fórmulas,² resulta relevante que la Constitución lo contemple expresamente, siguiendo la corriente internacional. Hacer explícito su contenido se encuentra en la mejor tradición constitucional mexicana, aunque de cierta manera ya era parte de la Constitución y del orden interno mexicano de acuerdo con el artículo 133.

Este principio supone que cuando existan distintas interpretaciones posibles de una norma jurídica, se deberá elegir aquella que más proteja al titular de un derecho humano. También significa que, cuando en un caso concreto se puedan aplicar dos o más normas jurídicas, el intérprete debe elegir aquella que proteja de mejor manera a los titulares de un derecho humano. El principio *pro persona* es un criterio hermenéutico que coincide con el rasgo fundamental de los derechos humanos, por virtud del cual debe estarse siempre a favor de la persona e implica que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.

José Ramón Cossío indica que el principio *pro persona* es, básicamente, un principio de interpretación para que todas las autoridades del país lleven a cabo la protección más amplia de los derechos humanos de todos los habitantes del territorio nacional, realizando las operaciones jurídicas necesarias para encontrar de entre la totalidad de los derechos humanos de fuente constitucional o convencional que pudieran resultar aplicables a una determinada persona, no sólo el derecho que más le favorezca sino, adicionalmente, aquella interpretación de ese derecho que le sea más propicia.³

² Por ejemplo, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, establece en su artículo 27 que “un Estado parte no podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. De manera complementaria, en su artículo 31 establece que los tratados deberán interpretarse de buena fe y “teniendo en cuenta su objeto y su fin”. De ello se deriva que si el fin de los tratados internacionales de derechos humanos siempre es la protección de los derechos y la dignidad de la persona, el criterio para interpretarlos o aplicarlos siempre será el de favorecer y proteger al máximo a la persona y sus derechos; además, se encuentran entre otros, el artículo 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

³ José Ramón Cossío Díaz, “Primeras implicaciones del Caso Radilla. Cuestiones constitucionales”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 26, junio-diciembre, 2012, pp. 50 y 51.

El concepto *pro persona* más conocido es el propuesto por Mónica Pinto, que lo define como

[el] criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente, a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria.⁴

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha contribuido en la construcción del entendimiento del principio *pro persona* al emitir pronunciamientos en los que hace referencia al mismo. En el expediente Varios 912/2010, la SCJN fue avanzando en su aplicación concreta a partir del señalamiento de que los derechos humanos de fuente constitucional y de fuente convencional forman un bloque o masa o parámetro y que, a efecto de satisfacer el principio *pro persona*, el juzgador siempre debe aplicar aquellos que resultaran más benéficos. Posteriormente, señaló que en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de fuente constitucional o convencional, deberá prevalecer aquella que implique una menor restricción.⁵ También ha dicho que el principio *pro persona* permite; por un lado, definir la plataforma de interpretación de los derechos humanos; y por otro, otorgar un sentido protector a favor de la persona humana, pues ante la existencia de varias posibilidades de solución a un mismo problema obliga a optar por la que protege en términos más amplios.⁶

Atendiendo a las características específicas del caso concreto, el principio *pro persona* puede desplegarse en dos dimensiones: 1. Dimensión interpretativa, cuando una sola norma tenga más de una interpretación y, 2. Dimensión normativa, en aquellos casos donde existan dos o más normas que sean aplicables al mismo.

La dimensión interpretativa consiste en que cuando es posible interpretar un enunciado jurídico, a partir de su presunción de constitucionalidad, de diversas formas debe elegirse aquella que favorezca más al derecho fundamental del que se trate, o bien, elegir aquella que restrinja en menor medida el derecho humano respectivo; y, por otra parte, la dimensión normativa es aquella en la cual se debe elegir la norma más favorable a la persona humana, esto es, si son aplicables dos o más normas se debe elegir aquella que favorezca más al justiciable (y a la inversa en la restricción).⁷

⁴Citado por Sergio García Ramírez y Julieta Morales Sánchez, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, 4a. ed., México, Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 96.

⁵SCJN: Principio pro persona. Criterio de selección de la norma de derecho fundamental aplicable, Tesis 1ª/J.107/2012 (10ª), Decima Época, SCJN, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XIII, octubre de 2012, tomo 2, p. 799.

⁶Principio pro personae. el contenido y alcance de los derechos humanos deben analizarse a partir de aquél, tesis XXVI/2012 (10ª). Decima Época, SCJN, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro V, febrero de 2012, tomo 1, p. 659.

⁷Fernando Silva García y José Sebastián Gómez Sámano, “Principio *pro homine* vs. restricciones constitucionales: ¿Es posible constitucionalizar el autoritarismo?”, en Miguel Carbonell, Héctor Fix-Fierro, Luis Raúl González Pérez y Diego

Su forma de operación se establece mediante la integración de los elementos de una norma sobre derechos humanos proveniente de fuentes distintas que sean más protectoras, o bien, definiendo las aplicaciones preferentes de ciertas normas ante derechos que se encuentren en conflicto, con el límite de no lesionar el contenido esencial de aquel que se ve disminuido.⁸

Una de las propiedades del principio *pro persona* es eliminar el criterio de jerarquía en la solución de conflictos en temas de derechos humanos, en atención a que genera como efecto que aquéllos se resuelvan a favor de la norma o interpretación más favorable a la persona con independencia de la jerarquía de la fuente (Constitución o tratado) en la que se encuentren reconocidos. Es el criterio *pro persona* y no la jerarquía normativa el que define la integración, o en su caso, las prelación normativas. De esta manera, debemos señalar que el bloque de derechos humanos que se integra con los contenidos en la Constitución y los contemplados en los tratados internacionales escapa a la tradicional concepción de la jerarquía normativa, pues los derechos que lo integran no ocupan en sí un peldaño fijo, sino que fluctúan en atención a lo que resulte más favorable a la persona en aras de la mayor protección.

Por otra parte, como al inicio se señaló, la interpretación conforme se incorporó como actividad obligatoria en el artículo 1º, segundo párrafo de la Constitución, con la finalidad de armonizar o hacer compatible los derechos humanos previstos en el orden jurídico nacional, y éstos con los derechos humanos de los instrumentos internacionales. Para ello, el principio de interpretación *pro persona* es el más adecuado para armonizar las normas nacionales y las internacionales, sin atender a criterios de jerarquía, garantizando así la protección más amplia.

La interpretación conforme debe entenderse como un proceso de armonización, como un estudio integral de los derechos, es decir, el intérprete debe procurar una interpretación que permita armonizar la norma nacional y la internacional. No se trata de dos interpretaciones sucesivas (primero la interpretación conforme a la Constitución y luego la interpretación conforme al tratado internacional), sino de una interpretación conforme que armonice ambas.⁹

En este sentido, Eduardo Ferrer señala que respecto a la interpretación conforme no se trata de una imposición de la norma internacional sobre la nacional, sino de un proceso interpretativo de armonización que implica, incluso, en algunas ocasiones, dejar de aplicar la primera al resultar de mayor alcance protector la norma nacional, conforme al principio *pro persona*, y también derivado de la obligación general de

Valadés (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional*, tomo IV, volumen 2, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2015, p. 243.

⁸ José Luis Caballero Ochoa, *La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1º, segundo párrafo de la Constitución)*.

⁹ Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Miguel Carbonell (coord.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2012, p. 365.

respetar los derechos y libertades previstos en los tratados internacionales,¹⁰ y no de considerar innecesario el contenido de los tratados internacionales.

Por otra parte, el resultado de esa operación debe ser distinto de la simple suma o reiteración de los que se establecen tanto en el texto constitucional como en los tratados internacionales. Interpretar de conformidad no es repetir, no es añadir, ni sobreponer sin más disposiciones normativas. Implica apreciar en conjunto todas las piezas normativas relevantes, provengan de la Constitución, de tratados internacionales o de otras fuentes jurídicas, como sus interpretaciones autorizadas, su desarrollo jurisprudencial, los precedentes en que se basen. Visto todo este universo, interpretar de conformidad, demanda armonización.

Para operar el mandato de interpretación conforme, que además permite destacar su interrelación con el de la interpretación *pro persona*, se requiere que esa armonización de todas las piezas normativas relevantes para dotar de significado a las disposiciones vinculadas a derechos humanos se enfile, en todo tiempo, a favorecer a las personas con la interpretación más amplia, lo que a su vez conlleva a extender los alcances de sus derechos al máximo, reducir sus limitaciones al mínimo, y restringir lo más posible el margen de maniobra de las autoridades obligadas a observarlo.

En relación con lo que hemos venido sosteniendo, la SCJN ha emitido pronunciamientos de un impacto sustancial en el sistema jurídico a raíz de las determinaciones que tomó en el caso Varios 912/2010 y en la contradicción de tesis 293/2011. En el primero de estos casos el Máximo Tribunal de México resolvió que todos los juzgadores, con independencia de su materia y de su jurisdicción, están obligados a realizar el estudio y análisis *ex officio* sobre la constitucionalidad o convencionalidad de las normas aplicadas en el procedimiento o en la sentencia o laudo que ponga fin al juicio, obligación que se actualiza únicamente cuando el órgano jurisdiccional advierta que una norma contraviene los derechos humanos contenidos en la Constitución o algún tratado internacional. Aun cuando no haya sido impugnada, podrán dejar de aplicar al caso concreto las normas que resulten contrarias a la Constitución federal o los tratados internacionales, sin que ello implique una declaración de inconstitucionalidad, que sigue reservada a la justicia federal a través de las vías directas de control, como son las acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto.¹¹

El control de convencionalidad es un estándar interamericano derivado de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que se viene construyendo desde 2006 a partir del caso “Almonacid Arellano”;¹² no se limita a la aplicación y garantía del texto que conforma el tratado internacional, sino también

¹⁰ *Ibidem*, pp. 358-359.

¹¹ SCJN. Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control de constitucionalidad. Tesis número LXVII/2011. Pleno. Varios 912/2011, 14 de julio de 2011. Tesis número LXVIII/2011 Pleno. Varios 912/2011, 14 de julio de 2011.

¹² CorIDH. Caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26 de septiembre de 2006, párrafo 124. Desde 2006 ha emitido por los menos 32 sentencias en las que hace referencia al control de convencionalidad, siendo una de las últimas la del caso “Gelman vs. Uruguay” (Sentencia del 20 de marzo de 2013).

al significado que le han dado los órganos que, conforme al mismo, se encuentran legitimados para interpretarlo a través de su jurisprudencia.

De esta manera, la SCJN estableció los pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, a saber:

- a) Interpretación conforme en sentido amplio que significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia.
- b) Interpretación conforme en sentido estricto, que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquélla que hace a la ley acorde con los derechos humanos establecidos en la Constitución, en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.
- c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte.

De esta manera, la SCJN estableció tres pasos partiendo de la presunción de validez de la norma, con el propósito de asegurar que sean inaplicadas sólo las disposiciones que no admitan ninguna alternativa interpretativa en su aplicación para salvar la constitucionalidad.¹³

Así, México transitó de un sistema de control constitucional concentrado a un sistema de control constitucional-convencional mixto, en el que a la parte concentrada se le reserva la declaratoria de inconstitucionalidad o inconvencionalidad, mientras que a la parte difusa le corresponde la inaplicación en casos concretos de aquellas normas que se estimen inconstitucionales e inconvencionales.

Por otra parte, la SCJN analizó en el mismo expediente Varios 912/2010 el carácter de la jurisprudencia proveniente de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos, a los que México se ha sometido a su jurisdicción. Al respecto, se precisó que los casos contenciosos en los que nuestro país es parte del litigio implican una sentencia cuyo cumplimiento es obligatorio, toda vez que atiende a los efectos mismos de la decisión jurisdiccional, teniendo un efecto vinculante para los jueces nacionales; las demás resoluciones en las que el Estado mexicano no sea parte tienen el carácter orientador de todas las decisiones de los jueces, siempre en aquello que resulte más favorable a la persona (después se modificó este aspecto al resolverse la contradicción de tesis 293/2011, para considerarse también como obligatoria toda

¹³ Cfr. José Ramón Cossío, Raúl M. Mejía Garza y Laura P. Rojas Zamudio, *El caso Radilla. Estudios y documentos*, México, Porrúa, 2013, p. 25.

la jurisprudencia interamericana, independientemente del país en contra de quien se emita la sentencia).

En consecuencia, el parámetro de análisis del control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* que deben realizar los jueces quedó integrado de la siguiente manera:¹⁴

- a) Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución federal, así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación;
- b) Todos los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, y
- c) Los criterios de la jurisprudencia y precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siempre que sean más favorables a la persona.

Es así que, además de establecer el control de constitucionalidad, debe establecerse el que se ha calificado como control de convencionalidad¹⁵ con el propósito de buscar la expansión de los derechos, debiendo ambos ejercerse de acuerdo con el principio *pro persona*; así debe preferirse la aplicación de la norma interna o la internacional que sea más favorable a los titulares de los derechos respectivos.

Es precisamente que, derivado de estos casos, la SCJN determinó que el control de convencionalidad es una obligación que se encuentra dispersa en todos los operadores jurídicos del país, como una forma de cumplir el deber de velar por la vigencia y observancia de las disposiciones que en materia de derechos humanos integran el Sistema Interamericano.

El control de convencionalidad no implica que la Constitución se supedite a la norma internacional ni lesiona la supremacía constitucional.¹⁶ Como señala Juan Silva Meza, la trascendencia de esto radica en reconocer a los derechos humanos definidos por las fuentes jurídicas de Derecho internacional como parte del sistema constitucional mexicano, sin que ello signifique el desplazamiento de las normas constitucionales por las de Derecho internacional, sino la ampliación del marco normativo interno en materia de derechos humanos y el permanente diálogo entre sus distintas fuentes, teniendo siempre como criterio de ponderación de normas el principio *pro persona* que, como sabemos, determina que la norma que mejor protege y da contenido a un derecho reconocido debe ser tomada como base para la interpretación judicial en el caso específico.¹⁷

¹⁴ SCJN. Parámetro para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos. Tesis número LX-VIII/2011. Pleno. Varios 912/2011, 14 de julio de 2011. Sobre el tema de control difuso véase Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en Héctor Fix-Zamudio y Diego Valadés (coords.), *Formación y perspectivas del Estado mexicano*, México, UNAM/El Colegio Nacional, 2010, pp. 151-188.

¹⁵ SCJN. Sistema de control constitucional en el orden jurídico mexicano. Tesis número LXX/2011. Pleno. Varios 912/2011, 14 de julio de 2011.

¹⁶ Cfr. José Luis Caballero Ochoa, *La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1º, segundo párrafo de la Constitución)*, p.174.

¹⁷ Juan N. Silva Meza, “Control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial. Una nota”, en *Revista Pro Homine*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, año 1, número 1, enero-junio de 2014, p. 15.

En este sentido, es claro que no es procedente establecer un criterio jerárquico entre los diversos instrumentos normativos que integran el parámetro de regularidad constitucional que ha sido descrito. Lo procedente es que los jueces y demás autoridades del Estado mexicano, al interpretar el contenido de un determinado derecho humano, elijan el estándar que resulte más favorable para los individuos de entre los contenidos en fuente constitucional o aquellos que se deriven de fuente internacional.

Como consecuencia, toda autoridad que realice el control de regularidad de una norma debe conocer tanto las disposiciones constitucionales como las internacionales, ya que está obligada a aplicar ambas fuentes de manera armónica. Es pertinente señalar que las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales que no son formalmente de derechos humanos deben ser incluidas al bloque de constitucionalidad; es decir, no importa la materia del tratado internacional, sino que contenga alguna norma de esa naturaleza, toda vez que el conjunto normativo que comprende el primer párrafo del artículo 1° constitucional, al señalar que se reconocen los derechos humanos presentes en los tratados internacionales de los que Estado mexicano sea parte, implica que no se incluyen solamente los tratados sobre derechos humanos, sino las normas protectoras de las personas presentes en cualquier tipo de instrumentos internacionales, sin importar la materia, sí contienen alguna norma de esa naturaleza.¹⁸

La determinación de la SCJN viene acorde con la construcción de la doctrina del control de convencionalidad que sobre el tema viene haciendo la Corte IDH en diversas de sus sentencias que han encontrado un afianzamiento en la sentencia del caso “Gelman *vs.* Uruguay”, en donde estableció que el control de convencionalidad debe ser ejercido no sólo por los jueces, sino también por todos los poderes del Estado, entre ellos los vinculados a la administración de justicia.

La protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también deben primar un “control de convencionalidad” (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.¹⁹

La SCJN resolvió en septiembre de 2013 la Contradicción de Tesis 293/2011, en la cual los temas discutidos fueron, por una parte, la posición de jerarquía entre los derechos establecidos en la Constitución y aquellos contenidos en tratados de derechos

¹⁸ Los tratados internacionales que se ocupan de la protección de los derechos humanos se diferencian del resto por su carácter especial: mientras que los otros intentan establecer el equilibrio y la reciprocidad de las relaciones entre los Estados que son parte en el mismo, los de derechos humanos están destinados a la protección del ser humano, y no de las prerrogativas de los Estados. Ana Lucía Gasporto, Jayme Gasporto, Wanderley y José Blanes Sala, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una comparación sobre el punto de vista de la aplicabilidad del principio de la norma más favorable a la persona”, en *Revista IIDH*, volumen 60, p. 66.

¹⁹ CorteIDH, caso Gelman *vs.* Uruguay, sentencia del 20 de marzo de 2013, párr. 239.

humanos suscritos por México y, por la otra, la vinculación para nuestro país de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

De esa resolución surgieron dos jurisprudencias de enorme relevancia. La primera, aprobada por mayoría de 10 votos, señala que los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional; además, determinó que no existe una relación de jerarquía entre las normas de derechos humanos, por lo que al momento de analizar un caso se debe escoger aquella que de mejor manera proteja al titular de un derecho, con independencia de si esa norma está en la Constitución o en un instrumento internacional suscrito por México.

No obstante lo anterior, precisó que en atención a la última parte del párrafo primero del artículo 1° de la Carta Magna, que establece que el ejercicio de los derechos humanos “no podrá restringirse ni suspenderse salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”, cuando existan restricciones expresas a derechos humanos se debe estar a lo que menciona nuestra Norma Fundamental:

El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de 6 y 10 de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1°

cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado.

Lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano (énfasis añadido).²⁰

²⁰ SCJN. 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. Época: Décima Época. Instancia: Pleno. Tipo de Tesis: Jurispruden-

Se ha señalado que la tesis arriba transcrita, en cuanto afirma que la incorporación de los derechos humanos de fuente internacional a nivel constitucional se relaciona en términos no jerárquicos pierde sentido al prevalecer siempre las restricciones constitucionales, toda vez que la supremacía formal de la Constitución prevalecerá sobre estos derechos, ya sea que estén contenidos en la Constitución o provengan de fuente internacional.²¹

Esta excepción ha causado una gran controversia porque rompe con la lógica de la interpretación conforme para instalarse en la de las fuentes del derecho y de la prevalencia jerárquica *a priori* de la Constitución.²² Para algunos tratadistas esto es un retroceso, porque también supone la inaplicación del principio *pro persona* siempre que un texto constitucional restrinja los derechos consagrados en los tratados internacionales, no obstante la redacción inequívoca del párrafo segundo del artículo 1° de la Constitución y el mandato del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según el cual “(los Estados Partes) no podrán invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.²³

Los argumentos en virtud de los cuales se estableció esta excepción por parte de la SCJN se sustentaron en criterios que aluden al mandato del órgano que puede reformar la Constitución, según la fórmula del artículo 135, en el sentido de que los órganos legislativos que intervienen en la reforma constitucional representan la soberanía del pueblo y que los tribunales mexicanos no tienen facultades derogatorias de la voluntad de esos legisladores.

Para José Ramón Cossío, ministro que votó en contra del proyecto,

Si el párrafo segundo del artículo 1° dispone que a las personas se les dará en todo momento la protección más amplia en términos de lo que dispongan los derechos humanos de fuente constitucional o convencional, no puede establecerse la prevalencia de las normas constitucionales en los casos en que establezcan restricciones, sin admitir que con ello se incorpora expresamente un criterio de jerarquía constitucional.²⁴

Se considera que quedan abiertas diversas interrogantes, pues no se ha resuelto del todo el tema; por ejemplo, ¿qué pasará cuando la CorteIDH emita una sentencia que proteja ciertos derechos humanos conforme a la Convención Americana, pero que en la Constitución Mexicana se contemple de manera expresa una restricción sobre los mismos? En este caso se presentará la disyuntiva, debiendo considerar, como antes se dijo,

cia. Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 5, abril de 2014, tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis: P/J. 20/2014 (10a.), p. 202.

²¹ Cfr. José Ramón Cossío, Raúl M. Mejía Garza y Laura P. Rojas Zamudio, *La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos*, 1a. ed., México, Porrúa, 2015, p. 125.

²² Se sigue sosteniendo que el artículo 133 constitucional mantiene la relación jerárquica entre la Constitución y los tratados internacionales, al establecer que éstos se incorporan al orden jurídico mexicano cuando su contenido y su proceso de aprobación sean acordes con aquella. De esta manera, la Constitución es jerárquicamente superior al tratado por prever sus requisitos de validez.

²³ Cfr. Luis de la Barrera Solórzano, “Restricciones a los derechos humanos”, *La Razón*, 20 de septiembre de 2013.

²⁴ José Ramón Cossío Díaz, “Las trampas del consenso”, en *Nexos*, octubre de 2013.

que la mencionada Convención prevé en su artículo 2° que los Estados deben adecuar su régimen jurídico interno adoptando medidas legislativas o de otro carácter para hacer efectivos los derechos y libertades contenidos en él garantizando su ejercicio.

De esta manera, se deberá considerar si un juez nacional podría desaplicar una restricción constitucional expresa ante la existencia de una sentencia condenatoria de la Corte IDH contra el Estado mexicano que declare la inconvencionalidad de los actos del Estado que han introducido dicha restricción expresa, o bien, ante la existencia de jurisprudencia interamericana que en forma evidente y una vez realizados los juicios de analogía respectivos condujera a ese resultado.

Estas y otras cuestiones se irán presentando alrededor de este tema y deberán irse resolviendo y en donde nuestro Máximo Tribunal nacional deberá emitir directrices jurisprudenciales. Ésta es una clara muestra del proceso de transición jurídica que vivimos y cómo vamos asimilando la reforma constitucional en derechos humanos y el impacto que va teniendo en nuestro sistema jurídico.

La segunda jurisprudencia, aprobada por mayoría de seis votos, precisa que los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH, con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en los asuntos, resultan vinculantes al constituir una extensión de la Convención Americana de Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado.

Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1° constitucional, pues el principio *pro persona* obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.²⁵

El criterio anterior implica que los juzgadores, al resolver un caso, pueden optar por aplicar un criterio del Poder Judicial de la Federación o de uno emitido por la Corte IDH, pero cualquiera que sea el criterio aplicado, el resultado debe atender a la mayor protección de los derechos humanos de las personas; es decir, lo importante es que la

²⁵ SCJN. Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona. Décima Época. Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 5, abril de 2014, tomo 1, tesis número P/J.21/2014, p. 204.

inaplicación de un criterio jurisprudencial, nacional o interamericano, se justifique atendiendo a la aplicación de otro que resulte más favorecedor a la persona.

La aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana servirá como guía para la solución de casos que se presenten, con lo cual se hace realidad el principio *pro persona* proporcionando vastas herramientas y elementos, considerando la importante función de la Corte IDH que mediante sus resoluciones marca criterios, estándares y tendencias interpretativas para la mejor protección y ejercicio de las libertades y derechos, razón que deben tenerla siempre presente los tribunales nacionales en la resolución de los casos que se someten a su consideración.

La reforma a la Constitución mexicana en materia de derechos humanos representa un avance decisivo para la plena armonización de nuestro marco jurídico interno con los más altos estándares internacionales en derechos humanos, como el principio *pro persona*. En consecuencia, en México, hoy día, estamos obligados a interpretar las normas y los conceptos en consonancia con los derechos humanos para hacerlos efectivos.

Bibliografía

- ASTUDILLO, César, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*, México, Tirant Lo Blanch, 2014.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (artículo 1º, segundo párrafo de la Constitución)”, en Miguel Carbonell (coord.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Porrúa, UNAM-IIIJ, 2012.
- CARBONELL, Miguel, “Introducción general al control de convencionalidad”, en Luis Raúl González Pérez y Diego Valadés (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2013.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “Las trampas del consenso”, *Nexos*, octubre de 2013.
- COSSÍO, José Ramón, Raúl M. Mejía Garza y Laura P. Rojas Zamudio, *La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos*, 1a. ed., México, Porrúa, 2015.
- COSSÍO, José Ramón, Raúl M. Mejía Garza y Laura P. Rojas Zamudio, *El caso Radilla. Estudios y documentos*, 1a. ed., México, Porrúa, 2013.
- DE LA BARRERA SOLÓRZANO, Luis, “Restricciones a los derechos humanos”, *La Razón*, 20 de septiembre de 2013.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, Héctor Fix-Zamudio y Diego Valadés (coords.), *Formación y perspectivas del Estado en Mexicano*, México, UNAM/El Colegio Nacional, 2010.
- , “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, Miguel Carbonell (coord.), México, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2012.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Julieta Morales Sánchez, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, México, Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- GASPORTO, Ana Lucía, Jayme Wanderley Gasporto y José Blanes Sala, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una comparación

- sobre el punto de vista de la aplicabilidad del principio de la norma más favorable a la persona”, en *Revista IIDH*, volumen 60.
- GIMÉNEZ, Héctor A., “Interpretación conforme y el principio *pro-homine* en el control de convencionalidad”, en Carlos D. Luque, *Derechos humanos y control de convencionalidad. Resistencia-Chaco*, abril de 2016.
- SILVA GARCÍA, Fernando y José Sebastián Gómez Sámano, “Principio *pro homine* vs. restricciones constitucionales: ¿Es posible constitucionalizar el autoritarismo?”, en Miguel Carbonell, Héctor Fix-Fierro, Luis Raúl González Pérez y Diego Valadés (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado Constitucional*, tomo IV, volumen 2, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2015.
- SILVA MEZA, Juan N., “Control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial. Una nota”, en *Revista Pro Homine*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, año 1, núm. 1, enero-junio de 2014.
- TELLO MENDOZA, Juan Alonso, “La doctrina del control de convencionalidad: dificultades inherentes y criterios razonables para su aplicabilidad”, en *Revista Prudentia Iuris*, núm. 80, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Argentina, 2015.

Universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.
Apuntes para la aplicación práctica*

Introducción

Nuestras reflexiones en torno a los conceptos de universalidad, indivisibilidad, integralidad e interdependencia arrancaron en el 2008, cuando teníamos que operacionalizar esos conceptos y aplicarlos a cosas como el diseño de políticas públicas en el marco de discusión del programa de derechos humanos del Distrito Federal.

Luego de diversos ensayos en distintos espacios —especialmente en el marco de la enseñanza tanto en la maestría en Derechos Humanos y Democracia de la FLACSO-México como en el servicio de carrera de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal—, un primer esbozo que reunió la reflexión de esos años se publicó en un libro coordinado por Miguel Carbonell y Pedro Salazar.¹ Los comentarios vertidos a ese texto nos permitieron afinar una segunda versión de estos cuatro conceptos que vio la luz en el 2013 bajo el título *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*.² En todo este tiempo lo que hemos intentado esencialmente es pensar en cómo aplicar de forma práctica estos conceptos en la elaboración de litigios estratégicos, sentencias, políticas públicas, armonización de leyes, narrativas de protesta, por mencionar algunas.

*Agradecemos a Diana Mora la asistencia realizada en la elaboración de este texto. Los errores son responsabilidad de los autores.

¹Daniel Vázquez y Sandra Serrano, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.), *La reforma constitucional de los derechos humanos. Un nuevo paradigma*. IJ-UNAM, México, 2011, pp. 257-291, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3033>

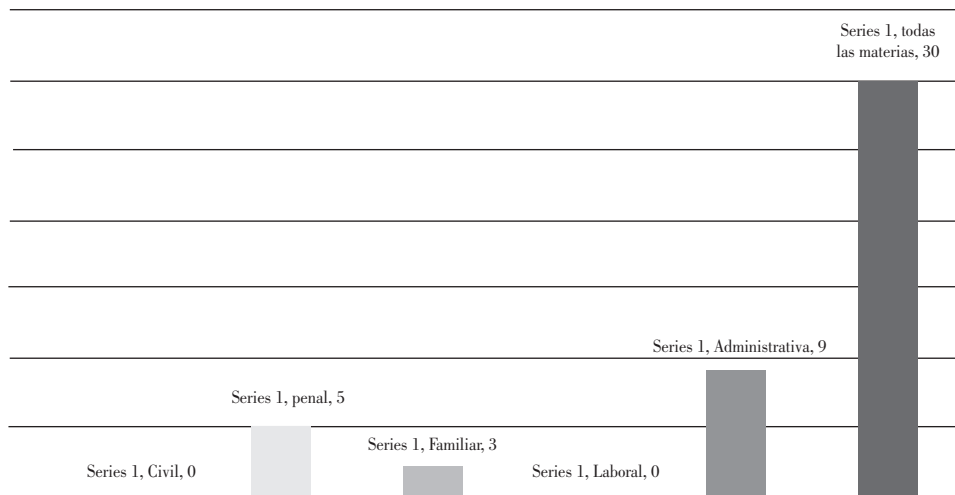
²Sandra Serrano y Daniel Vázquez, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, México, FLACSO-México, 2013, 136 pp.

Sumario

Introducción	61
Universalidad: análisis del contexto para la reinterpretación de derechos	69
Progresividad: romper límites, avanzar derechos	74
Interdependencia: identificación de relaciones de derechos más allá de la <i>litis</i>	77
Indivisibilidad: de la ausencia de jerarquías a la construcción de relaciones	79

Después de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 2011, en la medida en que estos conceptos aparecen en el artículo 1º constitucional, han sido más utilizados en el mundo jurídico. Por ejemplo, en una búsqueda de la décima época,³ hay 46 menciones a estos conceptos tanto en tesis aisladas como en jurisprudencia en distintas materias (véase gráfica 1).

Gráfica 1
Los principios en la jurisprudencia clasificados por materia



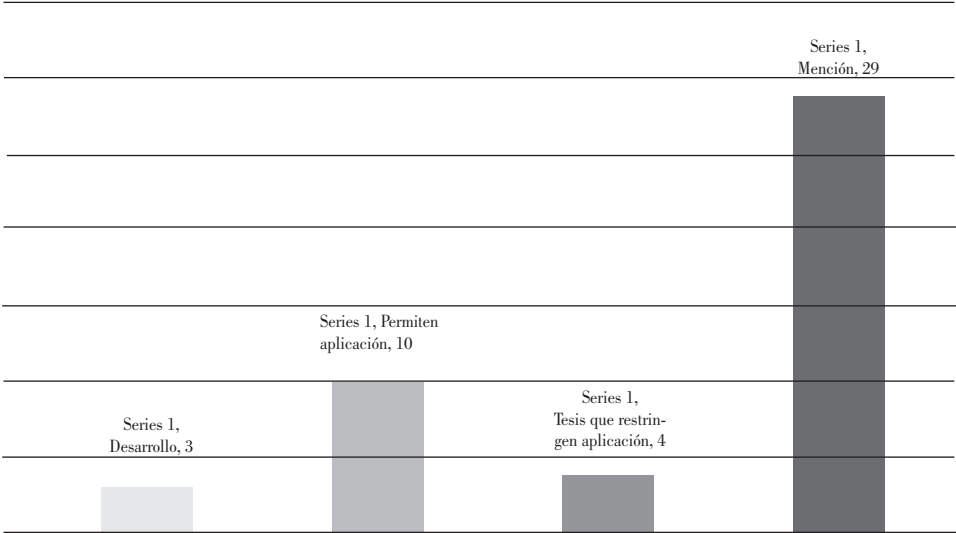
Fuente: Elaboración propia.

Todas las tesis o jurisprudencias recuperan los cuatro principios (universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad) juntos. Una buena noticia es que 30 de esas tesis aplican a todas las materias, es decir, desarrollan los principios de forma transversal para todo el Derecho. En cambio, encontramos también menciones para disciplinas específicas del derecho, sobresaliendo la administrativa con nueve tesis y la penal con cinco. Esto contrasta con su nula aplicación en materia civil (y mercantil) y laboral.

Más interesante que mirar la transversalización y disciplinas del Derecho donde se aplican estos cuatro principios, es mirar si éstos son desarrollados de forma doctrinaria, si se establecen marcos de aplicación, de restricción o si sólo se observan menciones de los principios que no ayudan ni a generar un desarrollo doctrinario, ni reglas generales de aplicación que puedan ser utilizadas por otros jueces. En el gráfico 2 se presentan los hallazgos sobre este punto en las 46 tesis o jurisprudencias identificadas en la décima época.

³La búsqueda se hizo en el *Semanario Judicial* en línea, en marzo de 2016.

Gráfica 2
Los principios en la jurisprudencia clasificados por posibilidad de aplicación



Fuente: Elaboración propia.

No es extraño que en la mayoría de los casos (29 de 46) haya simples menciones que no ayudan ni al desarrollo doctrinario ni a la formulación de reglas generales de aplicación. En cambio, hay tres tesis que apuntalan un posible desarrollo doctrinario. Algo semejante sucede en las ejecutorias, de 89 ejecutorias publicadas entre 2011 y 2015 donde se utiliza alguno de los principios (universalidad, indivisibilidad, interdependencia y/o progresividad), en 68 sólo se hace una mención de alguno de ellos, pero no se desarrolla a fin de crear criterios claros para su aplicación por el resto de los jueces. En las 21 ejecutorias restantes se hace una mayor construcción argumentativa, que no necesariamente es un desarrollo conceptual, y no se identifican criterios específicos y generalizables de aplicación de estos principios. De esas 21 sentencias, cinco recuperan todos los principios, dos indivisibilidad e interdependencia, una recupera universalidad e indivisibilidad, una interdependencia y 12 sólo recuperan el principio de progresividad. Como se puede observar, más que un desarrollo de estos conceptos en términos prácticos, lo que hay son menciones sin la creación de una metodología para su aplicación.

De las tesis que desarrollan los principios que nos interesan, la I.4o.A.9 K (10a.) bajo el rubro “PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. EN QUÉ CONSISTEN” es la que más los conceptualiza. De acuerdo con esta tesis:

- 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, 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. Todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; esto es, complementarse, potenciarse o reforzarse recíprocamente; y iii) 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.

En el mismo sentido, las tesis IV.2o.A. J/6 (10a.)⁴ y IV.2o.A.15 K (10a.)⁵ desarrollan conceptualmente los principios que analizamos. Para la primera, la universalidad supone que los derechos humanos se deben respetar a todas las personas, sin distinción de edad, género, raza, religión, ideas, condición económica, de vida, salud, nacionalidad o preferencias. La indivisibilidad y la interdependencia suponen que todos los derechos están relacionados de forma que no sería posible distinguirlos en orden de importancia o como prerrogativas independientes, prescindibles o excluyentes unas ante otras, sino que todos deben cumplirse en la mayor medida posible, así sea en diferente grado por la presencia de otro derecho fundamental que también deba respetarse y que resulte eventualmente preferible, por asegurar un beneficio mayor al individuo, sin que el derecho fundamental que ceda se entienda excluido definitivamente. Finalmente, la progresividad supone que cada uno de esos derechos, o todos en su conjunto, obedecen a un contexto de necesidades pasadas y actuales, mas no niegan la posibilidad de verse expandidos, por adecuación a nuevas condiciones sociales que determinen la necesidad y vigencia de otras prerrogativas que deban reconocerse a favor del individuo. La segunda tesis toma textualmente estas definiciones y con ellas desarrolla la idea de criterios de optimización.

⁴La tesis se encuentra con el siguiente rubro: SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN EL JUICIO DE AMPARO. SUS ALCANCES A RAÍZ DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 10 DE JUNIO DE 2011.

⁵La tesis se encuentra con el siguiente rubro: PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. REPRESENTAN CRITERIOS DE OPTIMIZACIÓN INTERPRETATIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Hay algunas tesis jurisprudenciales que, si bien mencionan pero no desarrollan los principios que estamos analizando, sirven como marco general para una posible aplicación. Hay distintas estrategias para ello, una es el análisis de la suplencia de la queja (tesis IV.2o.A. J/6 (10a.), XXVII.1o. (VIII Región) J/3 (10a.), IV.2o.A. J/4 (10a.), IV.2o.A. J/3 (10a.)) que en términos generales permite al juez constitucional analizar y conceder amparo por una violación a derechos humanos no aducida en el juicio. Al respecto, la tesis IV.2o.A. J/6 (10a.) establece:

Al positivarse tales principios interpretativos en la Constitución, trascienden al juicio de amparo y por virtud de ellos los tribunales han de resolver con una tendencia interpretativa más favorable al derecho humano que se advierta conflagrado y con una imposición constitucional de proceder a su restauración y protección en el futuro, debiendo por ello quedar superados todos los obstáculos técnicos que impidan el estudio de fondo de la violación, fundados en una apreciación rigorista de la causa de pedir, o la forma y oportunidad en que se plantea. En ese sentido, la suplencia de la queja deficiente encuentra fortalecimiento dentro del juicio de garantías, pues a través de ella el Juez puede analizar por sí una violación no aducida y conceder el amparo, librando en ese proceder los obstáculos derivados de las omisiones, imprecisiones e, incluso, inoportunidades en que haya incurrido quien resulta afectado por el acto inconstitucional, de manera que es la suplencia el instrumento que mejor revela la naturaleza proteccionista del amparo, y su importancia, como mecanismo de aseguramiento del principio de supremacía constitucional, mediante la expulsión de aquellos actos o disposiciones que resulten contrarios al Ordenamiento Jurídico Máximo.

Éste es sin duda un elemento central para poder aplicar los principios de indivisibilidad e interdependencia cuando se hagan evidentes las relaciones de derechos humanos que, sin ser objeto directo de la *litis*, estén directa o indirectamente relacionados con ella.

Otra puerta de entrada para la aplicación de algunos de estos principios son las obligaciones generales de respetar, proteger, garantizar y promover.⁶ Por ejemplo, la tesis XXVII.3o. J/24 (10a.) que analiza la obligación de garantizar establece:

La índole de las acciones dependerá del contexto de cada caso en particular; así, la contextualización del caso particular requiere que el órgano del Estado encargado de garantizar la realización del derecho tenga conocimiento de las necesidades de las personas o grupos involucrados, lo que significa que debe atender a la situación previa de tales grupos o personas y a las demandas de reivindicación de sus derechos. Para ello, el órgano estatal, dentro de su ámbito de facultades, se encuentra obligado a investigar, sancionar y reparar las violaciones a derechos humanos que advierta, de forma que su conducta consistirá en todo lo necesario para lograr la restitución del derecho humano violentado. Por tanto, su cumplimiento puede exigirse de inmediato (mediante la reparación del daño) o ser progresivo. En este último sentido, la solución que se adopte debe atender no sólo al interés en

⁶Las obligaciones generales se encuentran desarrolladas en las siguientes tesis: XXVII.3o.2 CS (10a.), XXVII.3o. J/24 (10a.), XXVII.3o.4 CS (10a.), XXVII.3o.1 CS (10a.), XXVII.3o. J/23 (10a.), XXVII.3o.3 CS (10a.) y XXVII.3o. J/25 (10a.).

resolver la violación a derechos humanos que enfrente en ese momento, sino también a la finalidad de estructurar un entorno político y social sustentado en derechos humanos. Esto implica pensar en formas de reparación que, si bien tienen que ver con el caso concreto, deben ser aptas para guiar más allá de éste.

Hay varios elementos de esta tesis que son relevantes para la aplicación de los principios: la identificación de la persona en su contexto, que es el aspecto central del principio de universalidad; la necesidad de atender a la situación previa y demandas de reivindicación de las personas, que se refiere a la identificación de la violación originaria de derechos humanos que es inherente al principio de indivisibilidad; la progresividad en la reparación rumbo a la estructuración de un entorno político y social sustentado en derechos, que hace referencia tanto a la progresividad como a la interdependencia.

Si bien estas tesis nos permiten sentirnos animados con respecto al desarrollo conceptual de nuestros textos del 2011 y 2013, donde se observan muchos puntos de contacto con las tesis, no pasamos por alto que el grueso de ellas se desarrolló precisamente durante el 2013 y 2014. En cambio, en el 2015 encontramos tesis que abiertamente buscan restringir los avances previamente logrados y que, por ende, son contrarias al principio de prohibición de regresión. Es el caso de las tesis I.5o.C.1 CS (10a.), VII.4o.PT. J/5 (10a.), VII.4o.PT. J/5 (10a.), y P. X/2015 (10a.). En todas ellas lo que se busca es restringir a los jueces constitucionales con respecto a las facultades otorgadas en materia de suplencia de la queja. A diferencia de aquella tendencia donde se invitaba a los jueces a ir más allá de la *litis* siempre que el objetivo fuera proteger derechos humanos, en estas tesis, todas del 2015, se le pide que se auto-restrinja a la materia de la *litis* bajo distintos argumentos: certidumbre jurídica, ámbito de sus propias formas y competencias, el principio de congruencia, la ausencia de legitimación, e incluso para evitar el caos del sistema, porque claro, proteger derechos humanos puede generar un caos. Por ejemplo, la tesis I.5o.C.1 CS (10a.) establece:

Si en el juicio de amparo se alega la violación de un derecho humano, ello no puede ser motivo para que, so pretexto de lograr la mayor protección de la persona y se cumplan las obligaciones constitucionalmente previstas para el Estado Mexicano, se soslayen normas que en el derecho interno establecen los procedimientos y competencias de los órganos jurisdiccionales, ni las del derecho sustantivo que resulten aplicables [...] ello para evitar la inseguridad jurídica que implicaría dotar de eficacia, sin ninguna sujeción, a los derechos humanos que integran el parámetro de regularidad constitucional en el Estado mexicano pues, de lo contrario, se generaría el caos en el sistema, al permitirse que la autoridad, con ese pretexto, actuara fuera de todo control; lo que los órganos de amparo no deben propiciar ni permitir.

En el mismo sentido la tesis VII.4o.PT. J/5 (10a.) establece:

Si la sentencia de amparo dictada por el Juez de Distrito se ocupa de cuestiones ajenas a la controversia, al grado de “ordenar” (condenar), en abstracto, a autoridades que no figuraron como responsables ni participaron en la emisión o ejecución del acto reclamado, a emprender acciones con el fin de promover, respetar, proteger y garantizar algún derecho

humano, por ejemplo, establecer cursos, programas de capacitación, sistematización de prácticas, lineamientos a seguir, necesarios para garantizar el derecho humano al disfrute del más alto nivel de vida posible, que nadie impugnó y, por ende, que no se traducen en amparar al quejoso, dicha resolución es contraria a las reglas y principios básicos que rigen su dictado y desnaturaliza el juicio constitucional...

Más allá de la tendencia protectora que se observa en las tesis de 2013 y 2014, y la abierta regresión del 2015, el aspecto central es que el desarrollo doctrinario de estos principios en la jurisprudencia es muy limitado; a la par que no existen directrices claras sobre la aplicación de los principios. Ésta es la laguna que queremos cubrir.

En este texto, revisitamos el desarrollo conceptual que antes elaboramos⁷ e intentamos dar una nueva “vuelta de tuerca” para aplicar estos conceptos. La herramienta que consideramos útil para ello es la elaboración de un test de razonabilidad.⁸

No haremos una disertación en este texto sobre qué es la razonabilidad y los distintos tipos de test que hay,⁹ simplemente diremos qué entendemos por un test de este tipo. Un test es una herramienta argumentativa construida a través de una serie de categorías que se integran por un objetivo específico, una construcción de varios criterios tipo *check list*.¹⁰ Se trata de criterios o categorías objetivas que se aplican de forma prudencial a partir de las circunstancias del caso. Las categorías o criterios son objetivos porque anteceden al caso y son siempre las mismas. La identificación del tipo de categorías o criterios en cada test es uno de los elementos centrales en la aplicación de esta herramienta argumentativa, se refiere a las preguntas, cuestiones o aspectos que, quien aplique el test, debe verificar antes de estipular si una decisión u omisión es razonable. Además, la determinación es prudencial porque apela a lo justo en el caso concreto. En este sentido, la justicia lo es siempre a la luz y a partir del caso, y es también un proceso de construcción en la medida que se van resolviendo las categorías que integran el test. Otro aspecto central de los test de razonabilidad es que permiten analizar cuestiones de derecho, cuestiones *de facto*, y la combinación de ambas.

Veamos un ejemplo de un test muy utilizado, el de restricción de derechos. Ese test está integrado por los siguientes criterios o categorías:¹¹

1. Análisis del principio de legalidad.
2. Análisis del principio de legitimidad (constitucional e internacional) del objetivo de la restricción.
3. Análisis del principio de necesidad del objetivo para una sociedad democrática.

⁷Vázquez y Serrano, *op. cit.*

⁸La idea de Test de Razonabilidad se desarrolla en Daniel Vázquez, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2016, 193 pp.

⁹A quien interese esta discusión puede ir a Vázquez, *op. cit.*

¹⁰David Zaring, “Rule by Reasonableness”, *Administrative Law Review*, vol. 63, núm. 3, summer, 2011, p. 528.

¹¹Vázquez, *op. cit.*

4. Análisis de la racionalidad causal, idoneidad o adecuación.
5. Análisis del principio de necesidad.
6. Análisis del principio de proporcionalidad en sentido estricto.
7. Verificación que la restricción no lleve a la anulación del derecho.

También es posible crear test de razonabilidad a partir de preguntas específicas que el abogado que elabora e intenta responder en una demanda, el proyectista en una sentencia, el diseñador en un programa de política pública o el legislador en una ley. Un ejemplo de un test integrado por preguntas es el de identificación del núcleo esencial de un derecho:¹²

1. ¿Cuál es la finalidad última del derecho que se está analizando?
2. ¿Sin qué obligaciones, la finalidad del derecho en cuestión definitivamente pierde sentido?
3. ¿Cuál es el contexto de restricciones materiales y limitaciones de política pública para hacer efectivo el contenido esencial del derecho?
4. ¿Hay mecanismos establecidos para determinar prioridades en el marco de esas restricciones? ¿En esas prioridades se considera en contenido esencial del derecho y las personas en situación de vulnerabilidad?
5. ¿Cuáles son los costos que se deben asumir para cumplir de forma inmediata con el contenido esencial del derecho?
6. ¿Cuáles serían las consecuencias de cumplir de forma inmediata con el contenido esencial del derecho (considerando no sólo al demandante, sino a todos los que pudieran estar en esa misma condición)?
7. ¿Qué impacto tiene la denegación de derechos específicos sobre las personas cuyo ejercicio de derechos es vulnerado?
8. ¿Qué tipo de órdenes se podrían establecer para cumplir con el ejercicio efectivo del contenido esencial del derecho?

En la medida que tenemos un test con categorías o criterios que lo integran, se mantiene la posibilidad de hacer un análisis de la razonabilidad o proporcionalidad del caso excluyendo una resolución a priori y arbitraria del mismo.¹³ Lo que se obtiene es una resolución que, con el tiempo, se puede estandarizar, pero siempre a la luz de las circunstancias concretas del caso, se obtiene una regla-resultado de la ponderación.

Vale la pena mencionar que usamos la idea de test de razonabilidad en términos amplios, simplemente como guía para pensar las categorías que, ya sea como preguntas o como puntos que se deben analizar, sirven como pasos previos para iluminar cómo se deben aplicar criterios más abstractos, como sucede con los conceptos de universalidad, progresividad, indivisibilidad e interdependencia. En lo que resta al texto construiremos precisamente estos cuatro test de razonabilidad a través de preguntas, uno para cada uno de dichos conceptos.

¹²*Idem.*

¹³David Zaring, *op. cit.*, p. 527.

Universalidad: análisis del contexto para la reinterpretación de derechos

En tanto principio de los derechos humanos, la universalidad informa la manera en que los entendemos, interpretamos y utilizamos. Sin embargo, se trata de un concepto tan amplio y tan discutido en la literatura especializada que no resulta sencillo identificar su uso práctico, parecería que su inclusión dentro del artículo 1º constitucional fuera una mera declaratoria respecto de la naturaleza de los derechos humanos. Esto no es así, la universalidad constituye un verdadero principio que rige el funcionamiento de los derechos.

En este sentido, los autores propusieron en otro lugar:

Pensar la universalidad desde los contextos locales donde se ejercita el derecho: pensar lo universal a partir de lo local. El uno no diferenciado de los derechos humanos por medio del análisis de los contextos de opresión invisibiliza las diferencias de las personas y sus contextos, lo que resulta en una práctica excluyente contraria a la propia idea de universalidad. Por ello, este principio debe comprenderse y utilizarse desde la experiencia concreta de las personas, de conformidad con un tiempo y espacio determinados, de tal manera que se promueva la inclusión desde la realidad misma.¹⁴

Más que pensar a la universalidad en su debate teórico o filosófico, la invitación es a pensarla como una herramienta que nos ayuda a hacer viable y aterrizar el principio de igualdad, por ello, aquí las trabajaremos de la mano. La lógica es la siguiente: los derechos humanos son universales porque son predicables a todos los seres humanos y por ello mismo los derechos humanos no pueden ser definidos exactamente igual para todos y en toda circunstancia. Para ser universales, los derechos necesitan ser interpretados a la luz de las circunstancias de cada quien.

Lo anterior no significa ni que existan especies de *guettos* de derechos para unos, ni que debamos hacer concesiones a favor de algunas personas. Por el contrario, requiere que entendamos a los derechos y el derecho desde un paradigma donde los derechos y el derecho son dinámicos, es decir, no hay un parámetro fijo a partir del cual quiera llevarse a todas las personas, sino donde todos somos igualmente diferentes e igualmente valorados en términos jurídicos. Estamos frente a lo que Ferrajoli llama “igual valoración jurídica de las diferencias”.¹⁵ En este modelo no se trata de ser indiferente o tolerante a las diferencias, sino de garantizar la libre afirmación y desarrollo. El aspecto central de la propuesta es que permite pensar a la igualdad —y por ende a la universalidad— desde el contexto de opresión cotidiana de la gente, permite sumar al análisis jurídico las relaciones sociales como factores de desigualdad y, en especial, tener presente que el análisis de estas relaciones es relevante para poder generar no sólo formulaciones normativas, sino también garantías de efectividad.

¹⁴Serrano y Vázquez, *op. cit.*, p. 25.

¹⁵Luigi Ferrajoli, “Igualdad y diferencia”, en Luigi Ferrajoli. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Trotta, España, 2004, pp. 73-96.

Pensar a los derechos desde la universalidad nos lleva a asegurar la efectividad de los derechos humanos. El principio del *efecto útil* sólo se realiza cuando caracterizamos a los derechos de tal manera que respondan a las distintas circunstancias y condiciones que enfrentamos los seres humanos. Si dejamos de lado la importancia del lenguaje para el acceso a la justicia, este derecho nunca será efectivo para alguien que no hable español en México.¹⁶

Hay muchas formas de opresión fuera de los considerados grupos históricamente desaventajados, el punto es entonces identificar la fuente de la subordinación, que puede ser económica, política o de identidad. La perspectiva clásica de los derechos humanos nos lleva a identificar con mayor claridad a la desigualdad por falta de reconocimiento de la identidad, de ahí que tradicionalmente se piense en los grupos históricamente en subordinación como las mujeres o los pueblos indígenas. Sin embargo, cuando pensamos en los derechos económicos y sociales, estamos pensando en la igualdad redistributiva y su ausencia también genera opresión. Lo mismo cuando pensamos en la igualdad en la participación política, la ausencia de canales reales y efectivos para el ejercicio del poder es también otra forma de desigualdad.

Entonces, pensar a la opresión nos lleva a identificar, siguiendo a Nancy Fraser,¹⁷ en tres escenarios de desigualdad: como reconocimiento, como redistribución y como representación. De ahí que la universalidad de los derechos humanos deba atender a estas tres esferas que se fortalecen o debilitan de manera recíproca.

La universalidad, por tanto, no está sólo pensada para los grupos tradicionalmente considerados en subordinación, sino para identificar todas las esferas de opresión que viven las personas más allá de su pertenencia o no a un grupo considerado históricamente subordinado o su pertenencia a varios. Pensemos, por ejemplo, en un hombre de mediana edad que gana un salario mínimo. La opresión que vive se relaciona directamente con la falta de redistribución económica. Por supuesto, una mujer en su misma situación será oprimida por falta de reconocimiento y por falta de redistribución, y seguramente ambos también serán oprimidos en términos políticos.

El objetivo de los derechos debe ser hacer realidad los derechos para todas las personas, identificando los distintos sistemas de opresión que operan para excluirlas y hacer nugatorios los derechos. La universalidad implica, por tanto, hacerse cargo de la opresión y reconstruir una y otra vez los derechos para que desplieguen su razón de ser frente a las distintas estructuras de exclusión.

Los derechos son los que se adecúan al contexto y no al revés. Las disposiciones de derechos humanos que encontramos en los tratados internacionales son parámetros generales de acción, pero la universalidad (en tanto igualdad), nos obliga a especificarlos o, en otros términos, a dimensionarlos para que atiendan a los contextos en los que son requeridos. Los derechos sólo encuentran sentido cuando son leídos en clave de *efecto útil*. Incluso, los derechos humanos de sectores como las mujeres a través de

¹⁶Los autores abundan en la propuesta en Serrano y Vázquez, *op. cit.*

¹⁷Nancy Fraser, *Scales of Justice. Reimagining Political Space in Globalizing World*, Nueva York, Columbia University Press, 2009.

la CEDAW o los migrantes por medio de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares requieren ser dimensionados.

Vale la pena distinguir esta perspectiva de la universalidad con respecto de la perspectiva de la igualdad y la no discriminación, como se entiende comúnmente en el ámbito del derecho de los derechos humanos. El test que se propone a continuación no pretende identificar, mediante un escrutinio estricto, la forma en que una disposición, una práctica o una política excluyen, menoscaban o restringen derechos en razón de la pertenencia a un grupo o a una condición social.¹⁸ Tampoco pretende mirar la forma en que el derecho opera en demérito de los grupos históricamente subordinados. El test que se propone a continuación tiene por objeto facilitar la recaracterización de los derechos humanos a partir del quién y del qué. Por quién nos referimos a la persona y por el qué nos referimos al contexto de opresión que vive: como redistribución, como reconocimiento y/o como representación. De esta forma, los posibles criterios del test son:

1. *¿Cuál es el problema a resolver?* El problema es toda aquella situación que ponga en riesgo o afecte a los derechos humanos, aunque en este primer momento todavía no se identifique cuáles derechos y en qué medida. Es decir, partimos de una presunción general de posible afectación a derechos, la decisión final deberá prevenir esa afectación o bien sancionarla. Para ello, nos ayudamos de dos preguntas:
 - a) *¿Cuáles son los hechos?* En esta pregunta importa responder ya sean los hechos de un caso particular o bien el problema público. Lo que importa es que se pueda identificar el problema que se busca resolver. En la medida que la universalidad tiene una mirada estructural, no va a poder resolver todas las desigualdades e injusticias que vive una persona (ni tampoco es posible exigir eso a la resolución de un caso o a un programa de política pública). En cambio, lo que debe ser posible es establecer el marco de acción.
 - b) *¿Cuáles son las pruebas con que se cuenta en un primer momento?* El diagnóstico del problema público o los elementos que acrediten el problema que requiere una decisión. Debido a la lógica actual de los procesos de litigio, muchas veces no se cuenta con pruebas del contexto. Aquí es necesario que estas pruebas se construyan en el proceso del juicio, ya sea mediante pruebas periciales en el caso de los litigios, o a través de la elaboración de diagnósticos para el diseño de políticas públicas, la armonización de leyes, o el análisis de coyuntura y construcción de narrativa de defensa de derechos.
2. *Identificación de la(s) persona(s) y el contexto.* En un segundo momento ya corresponde preguntarnos los derechos de quién o quiénes están en riesgo o han sido posiblemente afectados. Las preguntas a realizarnos son:

¹⁸Para un ejemplo del test de igualdad y no discriminación es útil: Vázquez, *op. cit.*

- a) ¿Existe algún riesgo inminente a los derechos de la persona que deba atenderse de inmediato? Lo que se busca es conocer la situación particular de la persona para evitar un daño mayor a sus derechos. Aquí son necesarias otro tipo de pruebas, por ejemplo, de evaluación de riesgo; a la par que se toman determinadas medidas, como pueden ser las de protección en el caso de violencia doméstica.
- b) Si se trata de una persona en lo individual, ¿a qué sector de la población pertenece en términos económicos y de identidad? En algunos casos, también será relevante agregar la representación política. Esta pregunta importa porque la universalidad no atiende las particularidades de la vida de las personas en lo individual,¹⁹ sino que atiende la forma en que estructuralmente son excluidos del goce y ejercicio de los derechos por la posición que ocupan en la sociedad. De nueva cuenta, las pruebas deben informar sobre esta pertenencia, si no se aportan, deben ser solicitadas. Los diagnósticos sobre problemas públicos suelen contener esta información, pero de cualquier manera conviene verificarlo.
- c) ¿El problema se produjo porque la persona o población están siendo afectadas por una desigualdad de reconocimiento, redistribución y/o representación? Si esto es así, entonces debemos apoyarnos de otras perspectivas que ya dan cuenta de las situaciones de exclusión. Por ejemplo, la perspectiva de género ya constituye una metodología tanto para juzgar²⁰ como para las políticas públicas que debe ser incorporada en este momento.
- d) ¿Cuál es el contexto de la población o poblaciones que tienen el problema de derechos? De nueva cuenta se trata de un problema probatorio, pues se trata de acercar toda aquella información sobre cómo es que opera la desigualdad en esa población. Recuérdese que aquí no se trata sólo de identificar a un grupo históricamente en subordinación, sino que esa población afectada pueden ser los trabajadores de la construcción que ganan un salario mínimo y no alcanzan un crédito de vivienda. Algunas de ellas también pertenecerán a un grupo en discriminación en razón de género, y el decisor/a deberá también hacerse cargo de eso en lo específico, pero la universalidad no sólo atiende los problemas de los sectores ya identificados en subordinación, sino que traslapa distintas formas de exclusión más allá de la pertenencia a un grupo.

Conviene aclarar aquí que no toda la información sobre la población será relevante para la resolución del caso, pero la persona que decide debe asegurarse de contar con todos los datos necesarios para incorporarlos. Siguiendo el ejemplo expuesto líneas arriba sobre las personas trabajadoras de la construcción, si el problema a resolver tiene que ver con vivienda, sí importa conocer en qué

¹⁹Esta pregunta no debe servir de pretexto para elaborar argumentos de derecho penal de autor, nada más lejano a la intención de la universalidad. De ahí que no se base en las características individuales de las personas, porque no hay un derecho para cada persona en lo aislado, sino que hay derechos humanos que deben satisfacer contextos estructurales diferentes.

²⁰Un ejemplo de ello es *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, SCJN, México, 2013.

condiciones viven, el tipo de gastos que tienen, hijos en promedio por familia, ingresos aproximados, etcétera. Importará conocer si pertenecen o no a alguna asociación o sindicato que ejerza su representación y las condiciones de ella, ya que para los efectos de una política pública con enfoque de derechos humanos su participación resulta un elemento imprescindible.

3. *Los derechos aplicables.* La cuestión a resolver aquí no es tanto qué derecho seleccionar sino cómo interpretarlo. En efecto, toda la información que obtuvimos en las preguntas anteriores debe servir para caracterizar al derecho a fin de que dé una respuesta adecuada a los problemas que se plantean y, por adecuada nos referimos a que atiendan el problema de derechos haciéndose cargo de los mecanismos de opresión en términos de redistribución, reconocimiento y representación. Entonces, debemos preguntarnos:
 - a) ¿Qué derecho o conjunto son suficientes para atender el problema? Para resolver esta pregunta considere lo expuesto aquí mismo respecto del principio de interdependencia e indivisibilidad.
 - b) ¿La interpretación dada a cada derecho tiene un efecto útil? Es decir, ¿sirve para atender el problema?
 - c) ¿La interpretación del derecho atiende al contexto de la población? Es decir, ¿se reconoce en la interpretación a la población a la que se le aplica el derecho y sus necesidades?
4. *La decisión.* Como en el derecho, la decisión también debe responder a la población y su contexto.
 - a) ¿Qué obligaciones establecen el o los derechos seleccionados y su interpretación recharacterizada?
 - b) ¿Qué solución sería consecuente con esos problemas?
 - c) ¿La solución atiende el problema de fondo y se hace cargo de los mecanismos de exclusión, al menos en lo que respecta al problema planteado?
 - d) ¿Las medidas de reparación responden a los daños causados de conformidad con el contexto de la población?

Como se puede ver, las preguntas nos llevan a dos aspectos:

1. Pruebas: respecto de los hechos, del riesgo y del contexto de la población.
2. Derecho: para ser reinterpretado una y otra vez para ajustarse a los requerimientos de los contextos, considerando también las obligaciones generales de respetar, garantizar, proteger y promover.

Finalmente, el objetivo es no perder de vista que la persona decisora debe hacer realidad los derechos. Las preguntas sobre la población, el contexto, los derechos y la decisión, tienen el objetivo de mantener en el centro de la discusión a las personas y su realidad.

Progresividad: romper límites, avanzar derechos

Hay dos puntos que debemos advertir al lector cuando hablamos de progresividad: 1) la diferencia entre ésta y la prohibición de regresión, y 2) la relación con la identificación del contenido esencial de los derechos.

Se suelen utilizar casi como sinónimos o, al menos de forma conjunta los principios de progresividad y prohibición de regresión. Se trata de dos principios distintos con lógicas muy diferentes. Diferenciémoslos rápidamente diciendo que el principio de prohibición de regresión es defensivo, se trata de evitar que derechos que ya fueron ganados, obligaciones que ya fueron reconocidas a cargo del Estado, sean echadas atrás. En este sentido, la prohibición de regresión tiene una mayor relación con el análisis de restricción de derechos que con el de progresividad. En cambio, la progresividad es ofensiva, lo que se busca es avanzar en la línea que se ha establecido como límite de los derechos, para tener un mayor número de derechos, un mayor número de obligaciones a cargo del Estado que garanticen, protegen y promueven un derecho a lo largo del tiempo.

Sobre la relación entre el contenido esencial del derecho y la progresividad, el principal problema que tenemos con la aplicación práctica de la progresividad es que, probablemente, previo a su análisis será necesario identificar el contenido esencial del derecho y, a partir de ahí, poder considerar qué obligaciones son inherentes a dicho contenido esencial y, por ende, de cumplimiento inmediato y cuáles pertenecen al campo de la progresividad. Si el caso, diseño de política pública, armonización de ley o análisis de coyuntura lo requiere, identifique el contenido esencial del derecho por medio de la aplicación del test correspondiente que se desarrolla en el texto *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar*.²¹ Una vez que tenemos claro cuáles son las obligaciones que integran el contenido esencial del derecho y que son de cumplimiento inmediato, el resto de las obligaciones en torno al derecho pueden pensarse con una lógica de progresividad.

El principio de progresividad aparece en los principales documentos del Derecho internacional de los derechos humanos. Por ejemplo, el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que los Estados Partes se comprometen a “adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr *progresivamente*, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.²² En este sentido, en su Observación General No. 3, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas²³ consideró que el concepto de realización progresiva constituye un reconoci-

²¹Vázquez, *op. cit.*

²²Organización de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 1966, disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>, consultado en abril de 2013.

²³Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), *La índole de las obligaciones de los Estados Partes*. Observación General 3, Naciones Unidas, 1990.

miento del hecho de que la plena realización de los DESC generalmente no podrá lograrse en el corto plazo.

Esto no quiere decir que los Estados no se encuentren obligados a adoptar medidas de manera inmediata. De la misma Observación General No. 3 del Comité DESC se desprende que el Estado debe adoptar medidas de forma inmediata, que tendrán impacto en el corto, mediano y largo plazo. Lo que no es inmediato es el ejercicio de derechos, mas no la actividad estatal, por lo que no es admisible la ausencia de respuesta estatal ante la no realización de los derechos. Es decir, hay que tomar decisiones, formular políticas públicas, ejercer presupuestos, armonizar leyes, etcétera.

Estas medidas, además, deben comprender todos los medios apropiados. En este punto se da libertad al Estado de determinar cuáles son los medios administrativos, financieros, educacionales, sociales, etcétera, apropiados en cada caso y de justificar que éstos son los apropiados en vista de las circunstancias. Por ello, el Comité, lo mismo que todo el Sistema Universal de Protección a los DH, se mantiene neutral sobre la elección del sistema político y económico electo por el Estado para cumplir con sus obligaciones, en lo que no es neutral es en el cumplimiento de dichas obligaciones.

Finalmente, y probablemente esto es lo más importante, el objetivo de todas estas actividades estatales es lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos. Un largo recuento de acciones, políticas, presupuestos, etcétera, pierde sentido si no logra el objetivo principal: lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos. Por ende, las medidas deben estar encaminadas a avanzar en el ejercicio de derechos empleando siempre hasta el máximo de los recursos de que disponga. En su sentencia C-372/11, la corte colombiana define a la progresividad como “la obligación del Estado de adoptar medidas, especialmente económicas y técnicas, para lograr gradual, sucesiva, paulatina y crecientemente la plena efectividad de los DESC reconocidos por los Estados. Esa progresividad en la satisfacción de los derechos implica para el Estado tanto apropiar el máximo de sus recursos como adoptar las medidas legislativas y de otro tipo para lograr su efectivo disfrute”.²⁴

¿Qué supone el principio de progresividad para la actividad estatal? Tomemos las medidas que se mencionan en la observación general 1 del Comité DESC,²⁵ las sentencias T-595/02,²⁶ T-025/04,²⁷ C-372/11²⁸ y C-503/14²⁹ de la corte colombiana, así como las que recupera Serrano y Vázquez.³⁰ De acuerdo con estos documentos, el mandato de progresividad implica varios tipos de obligaciones:

²⁴Corte Constitucional Colombiana (CCC), C-372/11, 2011.

²⁵Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). *Presentación de informes por Estados Partes. Observación General 1*, Naciones Unidas, 1989.

²⁶Corte Constitucional Colombiana (CCC), T-595/02, 2002.

²⁷Corte Constitucional Colombiana (CCC), T-025/04, 2004.

²⁸Corte Constitucional Colombiana (CCC), C-372/11, 2011.

²⁹Corte Constitucional Colombiana (CCC), C-503/14, 2014.

³⁰Serrano y Vázquez (2013), *op. cit.*

1. La elaboración y actualización periódica de un diagnóstico de la situación en que son ejercidos y disfrutados tales derechos por la población.
2. La generación de planes de acción o políticas públicas para ampliar los contenidos prestacionales de los derechos, los cuales deben incluir metas específicas y establecer plazos.
3. Mejorar las políticas públicas ya existentes en términos de goce efectivo de los derechos.
4. Introducir normas que extiendan la satisfacción de los derechos
5. Crear indicadores para poder verificar efectivamente el avance progresivo del ejercicio de los derechos.
6. Divulgar periódicamente los resultados alcanzados y las medidas correctivas o complementarias con el fin de que los interesados y los actores sociales participen el diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas

De esta forma, como señala la CCC en su resolución T-025/04,³¹ el goce efectivo de los derechos de fuerte contenido prestacional depende de que el Estado cree y mantenga las condiciones para dicho goce y adopte políticas encaminadas a su progresiva realización. En estas actividades, el Estado dispone de un margen amplio de decisión. Sin embargo, estas decisiones y acciones estatales no suponen cualquier tipo de acción, habría que tener especial cuidado de que a veces la inmensa red burocrática y de procedimientos administrativos no se convierta en un proceso de simulación donde el ejercicio efectivo de derechos desaparece. Sobre este punto, en su sentencia T-595/02³² la Corte colombiana explica que si bien el Estado tiene un margen para definir la magnitud de los compromisos que adquiere con sus ciudadanos con miras a cumplir con el ejercicio de derechos; a la par que puede determinar el ritmo con el cual avanzará en el cumplimiento de tales compromisos; las decisiones adoptadas deben ser serias, por lo cual han de estar sustentadas en un proceso decisorio racional que estructure una política pública susceptible de ser implementada, de tal manera que los compromisos adquiridos no sean meras promesas carentes de toda vocación de ser realizadas.

De esta forma, en su sentencia T-025/04³³ la Corte colombiana observa que el principio de progresividad supone que con el paso del tiempo debe encontrarse un mayor ejercicio de derechos, por lo que no es aceptable que en el año 2002 una entidad del Estado dé la misma respuesta que daba en 1992 cuando se le exigía el cumplimiento de un derecho de este tipo.

A partir de lo anterior, un posible *test* de progresividad puede ser integrado por los siguientes criterios:

1. Identificación del contenido esencial del derecho:
 - a) ¿Cuál es la finalidad última del derecho que se está analizando?
 - b) ¿Sin qué obligaciones, la finalidad del derecho en cuestión definitivamente pierde sentido?

³¹Corte Constitucional Colombiana (CCC), T-025/04, 2004

³²Corte Constitucional Colombiana (CCC), T-595/02, 2002

³³Corte Constitucional Colombiana (CCC), T-025/04, 2004

2. ¿Hay un sistema de indicadores que permiten verificar el ejercicio de derechos? ¿Existen algunos otros mecanismos para mirar el avance del ejercicio del derecho en cuestión?
3. ¿Se han elaborado diagnósticos periódicos sobre la situación de los derechos?
 - a) ¿En el diagnóstico se analiza cuál es el contexto de restricciones materiales y limitaciones de política pública para hacer efectivo el derecho?
 - b) ¿Hay mecanismos establecidos para determinar prioridades en el marco de esas restricciones? ¿En esas prioridades se considera el contenido esencial del derecho y las personas en situación de opresión?
4. ¿Hay políticas públicas, planes de acción y/o programas en torno al ejercicio progresivo del derecho en cuestión?
 - a) ¿Esos documentos recuperan los diagnósticos elaborados?
 - b) ¿Esos documentos establecen metas claras en tiempos ciertos?
 - c) ¿Se establecen mecanismos de mejora de las políticas públicas ya existentes en términos de goce efectivo de los derechos?
5. ¿Se divulgan periódicamente los resultados alcanzados y las medidas correctivas o complementarias con el fin de que los interesados y los actores sociales participen en el diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas?
6. ¿Han existido modificaciones legislativas que conllevan la ampliación progresiva del derecho?
7. Lo más importante, ¿todas estas actividades han generado de forma progresiva un avance en el goce del derecho?
8. ¿Qué tipo de órdenes se podrían establecer para generar un avance progresivo en el goce del derecho?

¡No se espante! No esperamos que el litigante, el proyectista de una sentencia, el diseñador de una política pública o el analista de la coyuntura para desarrollar una estrategia social de defensa de derechos deba, por sí solo, responder todas y cada una de estas preguntas. En cambio, lo que sí puede hacerse es, por ejemplo, pensar en mejorar sus medios probatorios solicitando dictámenes periciales a organizaciones académicas que respondan dichas preguntas; o realizar diagnósticos previos al diseño de una política pública donde estas preguntas sean consideradas. Más aún, la interacción de las partes en conflicto en la respuesta a estas preguntas nos puede llevar a un ejercicio más deliberativo en la resolución de casos relacionados con derechos.

Interdependencia: identificación de relaciones de derechos más allá de la *litis*

Los DH son interdependientes en tanto establecen relaciones recíprocas entre ellos. La interdependencia señala la medida en la que el disfrute de un derecho en particular o un grupo de derechos dependen para su existencia de la realización de otro derecho o de otro grupo de derechos.

En este sentido, el respeto, garantía, protección y promoción de uno de los derechos tendrá impacto en otros derechos y viceversa. De tal forma, la protección del derecho a la salud no puede quedar al margen de una revisión de otros derechos condicionantes como la alimentación y el acceso al agua. Otro ejemplo; los derechos políticos (a votar, ser votado, dirigir los asuntos públicos y participar en la función pública) no deben mirarse de manera independiente de los derechos a la libertad de asociación, libertad de expresión e igualdad y no discriminación.

Lo que queda prohibido bajo este principio es mirar a los derechos aislados y desvinculados de sus relaciones condicionantes. Al analizar un caso, el juzgador deberá tener en consideración los derechos que se alegan violados, pero también aquellos derechos de los que depende su realización.

En la aplicación del principio de interdependencia, la pregunta que cobra relevancia es ¿cuándo paramos? Cuando el derecho secundario ya no guarda una relación causal directa con el derecho central, sino indirecta. Por ejemplo, si tomamos como derecho central el de la vida digna, la alimentación y la salud son dos derechos secundarios que tienen una relación causal directa, si estos dos derechos no se presentan, entonces el derecho a la vida digna tampoco se actualiza. En cambio, se podría considerar que el derecho al trabajo, en específico al salario digno y a la seguridad social, son dos derechos directamente relacionados con la alimentación y con la salud, ya que sin salario digno no se podrían adquirir los alimentos, y sin seguridad social se complica el acceso a la salud. El derecho al trabajo tendría una relación causal directa con los derechos a la alimentación y la salud; pero indirecta con respecto al derecho a la vida digna. En consecuencia, en la construcción de las relaciones de interdependencia, se deben considerar los derechos a la alimentación y a la salud (relación causal directa), mas no el derecho al trabajo (relación causal indirecta).

Hasta aquí hemos construido una relación de interdependencia por medio de la abstracción de los derechos, sin considerar un caso concreto. Pero en la aplicación del *test* de interdependencia se debe considerar el caso o situación concreta, llámese *litis*, problema público u objetivo de la regulación. Así, no se trata de construir tantas relaciones entre derechos de forma abstracta como se pueda, sino sólo aquellas relaciones que sean útiles para el caso concreto.

A partir de los elementos anteriores, podemos integrar un test con las siguientes preguntas:

1. ¿Cuál es el derecho central para el caso, política pública o ley que se está trabajando?
2. ¿Cuáles son los derechos que guardan una relación causal directa con el derecho central *en el caso concreto*?
3. ¿Qué obligaciones específicas de ese derecho secundario (respetar, proteger, garantizar y promover) son los que guardan una relación causal directa con el derecho central?

Una vez que se tiene claro cuáles son los derechos —y en específico las obligaciones— que tienen una relación directa que condiciona la existencia del derecho violentado en el caso concreto que se está analizando; esas obligaciones deben necesariamente formar parte del litigio, proyecto de sentencia, programa de política pública (por medio de la coordinación interinstitucional) o construcción narrativa de defensa social sobre el que se esté trabajando.

Indivisibilidad: de la ausencia de jerarquías a la construcción de relaciones

A diferencia de la interdependencia, que busca establecer las relaciones condicionantes entre los derechos, la indivisibilidad busca identificar las relaciones subyacentes entre los derechos, en tanto un sistema sin jerarquías. El principio de indivisibilidad implica una visión holística de los derechos humanos, en la que todos se encuentran unidos, ya no por razones de dependencia explícita, directa y causal, sino porque de una u otra forma los derechos forman una sola construcción. Así, tanto la realización de un derecho como su violación impactan en otros derechos, más allá de si existe o no una relación de dependencia inmediata entre sí. La idea central es que la realización de los derechos sólo se alcanza mediante el cumplimiento conjunto de todos ellos.³⁴

La principal diferencia entre la interdependencia y la indivisibilidad es que la primera nos permite mirar las relaciones directas e inmediatas de carácter condicional (si un derecho no se cumple, tampoco se pueden ejercer los otros) entre dos o más derechos. En cambio, la indivisibilidad se enfoca en las relaciones indirectas o mediatas entre derechos a partir de situaciones concretas. Por ende, el principio de indivisibilidad y el de universalidad se complementan. El análisis de los contextos nos dará las claves necesarias para identificar las relaciones de indivisibilidad entre dos o más derechos. Por ejemplo, en una manifestación social que termina con una represión, probablemente tengamos múltiples derechos civiles violados: desaparición forzada, uso desproporcionado de la fuerza, falta de debido proceso, por mencionar algunos. Pero luego de la aplicación del principio de indivisibilidad, podemos ver que el origen de la manifestación era la exigencia del derecho de acceso al agua. Si es así, este derecho guarda una relación indirecta o mediata con los derechos violentados, se trata de la violación originaria, y debe ser considerada en la resolución del caso concreto de acuerdo con el principio de indivisibilidad.

El principio de indivisibilidad se puede hacer evidente en diversas formas por lo que requerirá de *test* diferentes. En el ejemplo anterior, la indivisibilidad se observa a partir de un caso concreto, de una violación originaria que derivó en una manifestación y en posteriores violaciones a derechos. Para casos concretos como éstos, el *test* debe incluir las siguientes preguntas:

³⁴Serrano y Vázquez, *op. cit.*, p. 42.

1. ¿Cuáles son los derechos que se alegan violados?
2. ¿Cuáles fueron las causas que establecieron las condiciones para que se violaran esos derechos?
3. ¿Esas causas implican a su vez violación a otros derechos?
4. Si es así, ¿en qué sentido debo pronunciarme sobre esos derechos?

Lo anterior no implica seguir un sinnúmero de relaciones entre derechos, pero sí decidir sobre las violaciones subyacentes, con el objetivo de garantizar la no repetición, al menos por los mismos hechos.

Ésta no es la única forma de pensar y operacionalizar a la indivisibilidad. Mencionamos líneas arriba que la indivisibilidad se caracteriza por hacer evidentes las relaciones indirectas y mediatas que permitan construir un sistema holístico de derechos, un sistema de derechos sin jerarquías. Sin embargo, un sistema de este tipo sería inaplicable en términos prácticos para pensar un litigio estratégico, una sentencia, un programa de política pública o una narrativa de defensa social de derechos. En estos casos, nuevamente podemos relacionar los principios de indivisibilidad y universalidad para pensar ¿cómo podemos crear una delimitación razonable y práctica del sistema de derechos humanos en una zona geográfica en concreto (país, región, entidad federativa, municipio, comunidad)? En estos casos, los criterios que integran un *test* para pensar en una política pública, litigio, proyecto de sentencia o construcción narrativa de defensa de derechos son:

1. ¿Hay un diagnóstico respecto a la vigencia de derechos humanos en la zona geográfica que nos interesa? ¿Cuáles son los resultados del diagnóstico respecto de la vigencia de los derechos humanos? ¿Dónde están las principales violaciones a derechos humanos?
2. A partir del diagnóstico, ¿qué derechos constituyen derechos “llave”, es decir, derechos que permitan asegurar otros derechos mediante su atención? La idea central es identificar derechos que permitan el acceso a otros derechos. Por ejemplo, en un municipio con altos niveles de pobreza, seguramente los derechos económicos y sociales serían prioritarios. De entre todos los DES, probablemente el derecho al trabajo digno, que supone un empleo formal y salario digno, nos permitirá abrir otros derechos como el de alimentación, vivienda, y salud. De ser así, vale la pena concentrarnos en ese derecho.
3. ¿Qué medidas se adoptarán respecto a los derechos llave y qué impactos se esperan en el resto de los derechos? Las medidas deben pensarse aplicando la lógica de la progresividad, en términos de corto, mediano y largo plazo.

De esta forma, el principio de indivisibilidad no significa que se deban tomar decisiones sobre todos los derechos a la vez. De hecho, incluir más derechos no asegura la solidez de una decisión, y en algunos casos podría incluso debilitarla.

La transversalidad de los deberes
de prevenir, investigar, sancionar y reparar

Publicada la reforma constitucional en materia de derechos humanos en junio de 2011, desde múltiples espacios, entre ellos la academia, se dedicaron diversos esfuerzos para explicar el contenido del nuevo artículo 1º constitucional y sus implicaciones en los campos del derecho y de los derechos humanos. Sin desconocer la importancia de estas reflexiones, poco se ha abordado sobre cómo los diferentes conceptos que incluye el artículo 1º tienen un impacto transversal en diversas normas constitucionales y legales.

Coincidiendo en que el contenido del artículo 1º tiene repercusiones más allá de esa norma jurídica en específico, esta colaboración tiene como objetivo reflexionar sobre cómo el párrafo tercero del artículo 1º de la Constitución, y en particular, la referencia “El Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley” impone una lectura diferente de otras normas constitucionales y legales impactando transversalmente la totalidad del ordenamiento mexicano.

Para ello, esta colaboración está dividida en tres partes. Una primera, de carácter descriptivo, que aborda cuál es el desarrollo que han tenido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) las obligaciones (también denominados deberes específicos) de prevenir, investigar, sancionar y reparar, con la finalidad de mostrar su alcance desde los estándares interamericanos.¹ Una segunda que ejemplifica algunas de las formas

Sumario

Los deberes específicos de prevenir, investigar, sancionar y reparar en el SIDH	82
Obligación de investigar	85
Obligación de sancionar	87
Obligación de reparar	88
Deber específico de prevenir las violaciones a los derechos humanos	91
Deberes específicos de investigar y reparar	96
Deber específico de sancionar	99
A modo de conclusión	100
Bibliografía	101

¹Como parte de esta colaboración se tenía programado abordar los estándares desarrollados para prevenir, investigar, sancionar y reparar no sólo en el SIDH, sino también en el Sistema de Naciones Unidas e incluir también referencias de derecho comparado. Por razones de espacio nos vimos en la necesidad elegir entre dos alternativas: abordar de manera parcial los estándares en estos tres ámbitos o abordarlos con mayor profundidad, pero en relación con uno de

en que tales deberes encuentran aplicación explicitando su posible utilización en contextos específicos. Esto supone una resignificación del alcance de las disposiciones constitucionales y legales permitiendo una recaracterización de sus contenidos. Finalmente, una tercera, que a modo de conclusión problematiza algunos de los efectos que tendría la transversalización de los deberes en la prevención de violaciones de derechos humanos.

Los deberes específicos de prevenir, investigar, sancionar y reparar en el SIDH

En el SIDH existe amplia e importante jurisprudencia sobre los deberes específicos de prevenir, investigar, sancionar y reparar que resulta de gran utilidad para dotar de contenido y precisar los alcances que se ha dado a esas obligaciones.

Obligación de prevenir

Desde su primer caso, la Corte Interamericana interpretó que la obligación de prevención:

[...] abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado.²

Conforme a lo apuntado por la Corte, podemos referirnos al menos a tres elementos de esta obligación:

- Conlleva la adopción de múltiples medidas preventivas y de protección ante situaciones de riesgo en que puedan encontrarse ciertos grupos de personas, que por el contexto en el que se ubican, pueden ver afectados de manera particular sus derechos humanos.

ellos. Optamos por retomar únicamente los interamericanos, reconociendo su riqueza y relevancia de aplicación en el contexto mexicano. Además reconocemos que el hecho de llamarles deberes específicos no afecta la idea de que los mismos reconozcan auténticas obligaciones en materia de derechos humanos; sin embargo, buscando una mejor identificación conceptual utilizaremos la expresión deberes para referirnos a ellas.

²Corte IDH, caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, párr. 175.

En este sentido se trata de una obligación a través de la cual el Estado debe anticiparse a violaciones a los derechos humanos.

- Se trata de una obligación de medio o comportamiento, lo que implica que deben ser visibles las acciones positivas que lleva a cabo el Estado con la finalidad de prevenir la ocurrencia de violaciones a estos derechos. El cumplimiento de esta obligación por parte del Estado supone verificar que se han tomado diversas medidas con ese fin.
- Tiene como consecuencia que las violaciones a los derechos humanos acarreen sanciones a quienes las comentan, así como medidas reparatorias para las víctimas. En otras palabras, el deber de prevenir no se agota en la toma de medidas preventivas, involucra también la investigación, sanción y reparación, por su carácter inhibitorio de la conducta ilícita.

Además, el tribunal interamericano ha fijado jurisprudencia en el sentido de que el Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida por particulares dentro de su jurisdicción, ya que el deber de adoptar medidas preventivas y de protección está condicionado al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar el riesgo.³

Uno de los grupos frente al cual el tribunal regional ha abordado la obligación de prevenir violaciones a los derechos es el de las y los defensores de derechos humanos.⁴ Por otra parte, en el caso “Vélez Restrepo y familiares *vs.* Colombia”, estableció que el ejercicio pleno de ciertos derechos, la libertad de expresión en este caso, puede ser ilegítimamente restringido por actos normativos o administrativos o por condiciones *de facto*, colocando en una situación de riesgo a quienes la ejerzan o intenten ejercerla, por actos u omisiones de agentes estatales o particulares. En estas circunstancias, en el marco de la obligación de garantía de los derechos humanos protegida por la Convención Americana, el Estado debe adoptar “medidas necesarias y razonables para prevenir o proteger los derechos de quienes se encuentren en tal situación, así como, en su caso, investigar hechos que los perjudiquen”.⁵

Es relevante esta interpretación de la Corte Interamericana, toda vez que prevé la existencia de ciertas situaciones de riesgo en las cuales las personas, y particularmente aquellas que se ubican en situación de especial vulnerabilidad como migrantes,

³Corte IDH, caso de la “Masacre de Pueblo Bello *vs.* Colombia”, sentencia de 31 de enero de 2006, serie C, núm. 140, párr. 123.

⁴La Corte Interamericana ha abordado en varios casos la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos de aquellas personas que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad, especialmente como consecuencia de su labor, siempre y cuando el Estado tenga “conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo”. *Cf.* caso “Luna López *vs.* Honduras”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 10 de octubre de 2013, serie C, núm. 269, párr. 123; caso de la “Masacre de Pueblo Bello *vs.* Colombia”, párr. 123, y caso “Castillo González y otros *vs.* Venezuela”, Fondo, sentencia de 27 de noviembre de 2012, serie C, núm. 256, párr. 128.

⁵Corte IDH, caso “Vélez Restrepo y Familiares *vs.* Colombia”. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 3 de septiembre de 2012, serie C núm. 248, párr. 189.

defensores, indígenas, personas privadas de la libertad, entre otras, pueden ser objeto de violaciones a sus derechos, que siendo del conocimiento del Estado, le imponen tomar las medidas necesarias para protegerlas de la probable vulneración a sus derechos. Precisamente por ello, el Estado tiene una obligación “reforzada” de prevención cuando está al tanto de situaciones de riesgo que pueden traer consigo violaciones de los derechos humanos de las personas o colectivos que se encuentran en ese contexto. Al respecto, en el caso *González y otras (“Campo Algodonero”)* la Corte estableció que “la estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia”.⁶

Un elemento adicional que la Corte Interamericana ha desarrollado relacionado con la obligación de prevenir (aunque no sólo relacionada con ella como veremos más adelante) es la debida diligencia. Al respecto, la Corte ha sostenido que “un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado; por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”.⁷ De acuerdo con lo anterior, la obligación de prevención también puede verse violentada cuando el Estado no ha desplegado un grado de diligencia acorde con los medios que se encuentren a su alcance y proporcional a la magnitud y circunstancias concretas del caso, por lo que la debida diligencia es un indicador de evaluación de la conducta estatal frente al accionar de particulares que pueden poner en entredicho la plena realización de los derechos humanos de una persona en un contexto determinado.⁸

El estándar de debida diligencia funciona como un criterio para determinar si el Estado ha tomado todas las medidas a su alcance, considerando la situación de riesgo y el contexto particular, para evitar violaciones a los derechos humanos. Es así como constituye una herramienta para evaluar la conducta estatal y si ésta es adecuada en función de su propia capacidad y la situación particular de riesgo. Sin embargo, no debemos olvidar que la debida diligencia es un estándar aplicable al resto de los deberes específicos.

⁶En este caso, el tribunal interamericano reconoció que el Estado no había adoptado acciones eficaces para combatir la violencia contra la mujer. Por ello, enfatizó que: “los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia”. Corte IDH, caso “*González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*”. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009, serie C, núm. 205, párr. 258.

⁷Corte IDH, caso “*19 comerciantes vs. Colombia*”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de julio de 2004, serie C, núm. 109, párr. 140.

⁸Ortega Soriano, R., J.R. Robles Zamarripa, D.A. García Huerta y R.L. Bravo Figueroa, “Módulo 6. Deberes específicos de prevención, investigación y sanción”, en *Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, reforma DH*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal/Suprema Corte de Justicia de la Nación/Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013, p. 37.

Obligación de investigar

La jurisprudencia interamericana ha desarrollado varios elementos en relación con esta obligación. En principio ha reconocido que investigar las violaciones de derechos humanos forma parte del deber de los Estados de garantizar los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana.⁹ La Corte Interamericana ha precisado que el Estado tiene el deber jurídico de investigar toda situación en la que se hayan violentado derechos humanos protegidos por la Convención Americana. Cuando se incumpla con ello, podría afirmarse que ha incumplido la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo puede decirse si tolera que particulares actúen libre e impunemente en menoscabo de los derechos.

La obligación de investigar es de medio o comportamiento,¹⁰ lo que significa que el Estado debe investigar seriamente, con todos los medios a su alcance, las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables.¹¹ Que sea una obligación de esa naturaleza significa que no se incumple por el hecho que de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio,¹² ya que lo que es determinante es que el Estado de muestras de que efectivamente ha tomado todas las medidas a su alcance para investigar los hechos.

La obligación de investigar “debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa”, lo que implica que tal deber “debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad”.¹³

Como consecuencia de esta obligación, la Corte ha determinado que una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento de un hecho violatorio de derechos humanos, deben iniciar una investigación *ex officio*, sin dilación, seria, imparcial, efectiva, por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los autores de los hechos, especialmente cuando estén involucrados actores estatales.¹⁴ El estándar de debida diligencia, como se mencionó líneas arriba, es aplicable también en relación con esta obligación, lo que implica que las acciones que se impulsen sean eficaces para obtener los resultados esperados.

⁹Corte IDH, caso “Luna López *vs.* Honduras”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 10 de octubre de 2013, serie C, núm. 269, párr. 153.

¹⁰Corte IDH, caso “Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras”. *Ibidem*, párr. 177.

¹¹Corte IDH, caso “Masacre de Santo Domingo *vs.* Colombia”. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, sentencia de 30 de noviembre de 2012, serie C núm. 259, párr. 156.

¹²Corte IDH, caso “Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras”, párr. 177.

¹³*Idem*.

¹⁴Corte IDH, caso de la “Masacre de Pueblo Bello *vs.* Colombia”, párr. 143.

Uno de los elementos que el tribunal regional ha abordado como parte de la debida diligencia en la investigación es el de llevar a cabo, dentro de un plazo razonable, todas las actuaciones y averiguaciones necesarias para obtener el resultado esperado. En este sentido ha fijado los siguientes elementos como relevantes para determinar tal concepto: la complejidad del asunto, actividad procesal del interesado, conducta de las autoridades judiciales y la afectación generada por el paso del tiempo en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.¹⁵

En casos donde exista hostigamiento y amenazas para impedir la presentación de denuncias y el esclarecimiento de los hechos, la Corte ha determinado que como parte de la garantía al debido proceso el Estado debe facilitar todos los medios necesarios para proteger a las víctimas de esos hostigamientos y amenazas. En ese sentido, debe otorgar garantías de seguridad a los testigos, autoridades judiciales, fiscales, otros operadores de justicia y a familiares de las víctimas.¹⁶ Asimismo, debe adoptar medidas concretas dirigidas a fortalecer su capacidad investigativa, dotando a las entidades encargadas de la investigación de suficientes recursos humanos, económicos, logísticos y científicos para que puedan realizar el procesamiento adecuado de toda prueba, científica y de otra índole, con la finalidad de esclarecer los hechos delictivos.¹⁷

La Corte Interamericana ha advertido que la obligación de investigar aplica para cualquier persona a la que pueda atribuirse la violación, sea un agente estatal o un particular, pues si los hechos no son investigados con seriedad, resultarían en cierto modo auxiliados por el poder público, comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado.¹⁸

Para el contexto mexicano resulta muy relevante que la Corte Interamericana haya destacado que “el deber de investigar hechos de desaparición forzada subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. [...] el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance”.¹⁹ Es así como la obligación de investigar subsiste hasta su total cumplimiento. Tratándose de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, la Corte ha ordenado que los resultados de las investigaciones sean divulgados públicamente,²⁰ como vía para el conocimiento de la verdad por la sociedad en su conjunto y como medida de prevención de violaciones a los derechos humanos.

No debe perderse de vista cuáles son las finalidades que tiene la obligación de investigar: por una parte el esclarecimiento de los hechos y de esa forma el conocimiento de la verdad por las víctimas, pero también por la sociedad en su conjunto; por

¹⁵Corte IDH, caso “Fornerón e hija *vs.* Argentina”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de abril de 2012, serie C, núm. 242, párr. 66.

¹⁶Corte IDH, caso “Carpio Nicolle y otros *vs.* Guatemala”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de noviembre 2004, serie C, núm. 117, párr. 134.

¹⁷*Ibidem*, párr. 135.

¹⁸*Cfr.*, caso “Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras”, párr. 177.

¹⁹*Ibidem*, párr. 181.

²⁰Corte IDH, caso de la “Masacre de las Dos Erres *vs.* Guatemala”. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2009, serie C, núm. 211, párr. 236.

la otra, la construcción de una memoria histórica frente a graves violaciones de derechos humanos, lo que también permite avanzar hacia el derecho a la verdad de las víctimas de violaciones a los derechos humanos.

Obligación de sancionar

Una consecuencia lógica de la obligación de investigar es la determinación y sanción a los responsables. La Corte ha sostenido que toda violación de derechos humanos conlleva el deber del Estado de realizar una investigación efectiva para individualizar a las personas responsables y en su caso sancionarlas.²¹ De esta forma, la sanción aparece no sólo como un resultado natural de la investigación de los hechos, sino también como obligación del Estado, cuando se está ante una violación de derechos humanos.

El tribunal regional ha vinculado esta obligación con el derecho de acceso a la justicia. Así ha sostenido que “la justicia, para ser tal, debe ser oportuna y lograr el efecto útil que se desea o se espera con su accionar y, particularmente tratándose de un caso de graves violaciones de derechos humanos, debe primar un principio de efectividad en la investigación de los hechos y determinación y en su caso sanción de los responsables”.²² Conforme a lo anterior, la investigación se vuelve inefectiva si no conlleva la sanción de los responsables, situación que también representa una vulneración del derecho de acceso a la justicia, el cual recae en el Estado y en particular en sus instituciones a cargo de la procuración e impartición de justicia.

La obligación de sancionar, al igual que la de investigar, aplica a todos los autores materiales e intelectuales de las violaciones cometidas, sean agentes del Estado o personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia de éste. La Corte ha determinado que los responsables deben ser juzgados por tribunales competentes,²³ sobre todo cuando se trata de funcionarios públicos pertenecientes al Ejército. Por ello, que los responsables de hechos violatorios de derechos humanos no sean identificados ni sancionados, conlleva a la violación por parte del Estado de la obligación de respetar los derechos reconocidos en la Convención Americana, en tanto no ha castigado a los autores de los correspondientes delitos.²⁴ En múltiples casos resueltos, el tribunal regional ha reiterado jurisprudencia en el sentido de que “ninguna ley ni disposición de derecho interno puede impedir a un Estado cumplir con la obligación de investigar y sancionar a los responsables de violaciones

²¹Corte IDH, caso “Trujillo Oroza vs. Bolivia”, reparaciones y costas, sentencia de 27 de febrero de 2002, serie C, núm. 92, párr. 99.

²²Corte IDH, caso “Gelman vs. Uruguay”, fondo y reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221, párr. 194.

²³Corte IDH, caso “Barreto Leiva vs. Venezuela”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 17 de noviembre de 2009, serie C, núm. 206, párr. 75.

²⁴Corte IDH, caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, fondo, sentencia de 19 de noviembre de 1999, serie C, núm. 63, párr. 228.

de derechos humanos”.²⁵ De esta forma, se han considerado inaceptables las disposiciones de amnistía, reglas de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos. Lo anterior en apego a la obligación del Estado de investigar y sancionar a los responsables, con la finalidad de evitar impunidad y que hechos violatorios de derechos humanos se vuelvan a repetir.

La Corte ha recordado que las obligaciones de investigar y sancionar se desprenden tanto de la obligación de garantizar los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana como de otros instrumentos interamericanos que establecen la obligación a cargo de los Estados Partes de investigar las conductas prohibidas por tales tratados.²⁶

Finalmente, este tribunal ha sentado jurisprudencia en el sentido de que la no investigación y sanción de los responsables de violaciones de derechos humanos, configura una situación de impunidad que infringe el deber del Estado, lesiona a la víctima y a sus familiares y propicia la repetición crónica de las violaciones de los derechos humanos.²⁷

Obligación de reparar

De manera particular, en relación con esta obligación la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollando una abundante y rica jurisprudencia.

Por principio ha sostenido que “es un principio de Derecho internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente”.²⁸ De acuerdo con ello, cualquier violación de derechos humanos que conlleve el incumplimiento de una obligación internacional por parte de un Estado Parte tiene que ser reparada.

A diferencia del resto de las obligaciones a las que nos hemos estado refiriendo, la de reparar está explícitamente reconocida en el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los siguientes términos:

²⁵Cfr. Corte IDH, caso de las “Masacres de Ituango vs. Colombia”. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de julio de 2006, serie C, núm. 148, párr. 402; Corte IDH, caso “Comes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2010, serie C, núm. 219, párr. 170; y Corte IDH, caso “Gelman vs. Uruguay”, *op. cit.*, párr. 224.

²⁶Corte IDH, caso “García y Familiares vs. Guatemala”, fondo reparaciones y costas, sentencia de 29 noviembre de 2012, serie C núm. 258, párr. 136; y caso del “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006, serie C, núm. 160, párrs. 276, 377, 378 y 379.

²⁷Corte IDH, caso “Tibi vs. Ecuador”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 7 de septiembre de 2004, serie C, núm. 114, párr. 255; Corte IDH. Caso “Molina Theissen vs. Guatemala”, reparaciones y costas, sentencia de 3 de julio de 2004, serie C, núm. 108, párr. 79; Corte IDH. Caso “Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala”, reparaciones y costas, sentencia de 19 de noviembre de 2004, serie C, núm. 116, párr. 95.

²⁸Corte IDH, caso “Kawas Fernández vs. Honduras”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 3 de abril de 2009, serie C, núm. 196, párr. 156.

Cuando [la Corte] decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención, [...] dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.²⁹

Desde este reconocimiento resulta significativo que la reparación no se reduce ni a resarcir el derecho violentado ni a una indemnización, norma que sin duda explica el desarrollo jurisprudencial que ha tenido la reparación en el ámbito interamericano. El signo distintivo de la reparación en dicho sistema es calificarla como integral, adjetivo que obedece a que trasciende el daño inmediato, para plantear distintas medidas de satisfacción, no repetición y transformación de las condiciones estructurales que permitieron que ocurriera la violación.

Antes de abordar el tipo de medidas que involucra una reparación debe tenerse en cuenta que éstas tienen que ser acordes con los hechos y las violaciones de derechos humanos ocurridas. En efecto, las medidas reparatorias no se establecen de manera arbitraria o a través de un razonamiento ajeno a los hechos, por el contrario, dichas medidas se determinan en función de los estos últimos. Al respecto, el Dr. Sergio García Ramírez se ha referido a los principios de idoneidad y congruencia como guías para la determinación de las reparaciones, de tal forma que éstas sean congruentes con la naturaleza y los efectos de las violaciones perpetradas e idóneas para enfrentarlas y rechazarlas.³⁰

En su forma clásica la reparación se ha entendido como *restitutio in integrum*, es decir, como regresar las cosas al estado en que se encontraban antes de la violación, en donde “las cosas” se refiere al aseguramiento del derecho humano que fue violentado. Entendiendo de esta forma la restitución, en la mayor parte de los casos resulta una medida inalcanzable, piénsese, por ejemplo, en situaciones en que se vulnera la vida o donde la persona es desaparecida, en las cuales resulta imposible restituir el derecho.

En esas circunstancias, la *restitutio in integrum* es insuficiente, frente a lo cual la Corte Interamericana prevé la adopción de múltiples medidas para reparar las consecuencias o situación que ha configurado la violación de derechos humanos: de compensación, de satisfacción, de rehabilitación, de no repetición, indemnizaciones y costas y gastos.³¹

En buena parte de los casos resueltos por la Corte Interamericana se prevé como parte de las medidas reparatorias la investigación de los hechos y la sanción de los responsables. Es por ello que ha reconocido que el concepto de reparación integral por violaciones a los derechos humanos incorpora, además de las medidas de reparación

²⁹Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 63.1.

³⁰Sergio García Ramírez, “Reparaciones en fuente internacional por violaciones de derechos humanos”, *op. cit.*, p. 179.

³¹Por razones de espacio no podemos explicar las características de cada uno de este tipo de medidas. Para profundizar al respecto véase Yuria Saavedra Álvarez, “Módulo 7. Teoría de las reparaciones a la luz de los derechos humanos”, *Metodología para la enseñanza...*, 51 pp.; S. Serrano y D. Vázquez, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales sede México, 2013, pp. 93-98.

antes referidas, los componentes de justicia y verdad. Ha ocurrido así cuando existe una situación de impunidad total (o sea una inactividad del Estado) o parcial (falta de sanción, investigación realizada por tribunales incompetentes, la investigación o sanción por algunos hechos violatorios y no por todos, entre otras posibilidades).

¿Quiénes son los beneficiarios de las reparaciones?, es una de las interrogantes que resuelve la Corte Interamericana al abordar las reparaciones. También en este punto ha sido innovadora al plantear que si bien la persona cuyos derechos han sido violados de acuerdo con la sentencia emitida es la víctima directa, lo son de igual forma otras personas que califica como víctimas indirectas. Ello es particularmente relevante en relación con hechos de especial gravedad (como por ejemplo, casos de desaparición forzada), por lo que el tribunal regional ha determinado que además de las víctimas directas son acreedores de reparaciones algunas personas que a partir de la relación o lazo filial con aquélla, sufren un impacto por los hechos que vivió aquélla, siempre y cuando, como consecuencia, ello haya configurado alguna violación de derechos humanos que sea también atribuible al Estado.

Antes de concluir este apartado creemos conveniente reflexionar sobre la manera en que está reconocida la obligación de reparar en la norma constitucional. El artículo 1º, párrafo tercero, reconoce que el Estado deberá reparar las violaciones a los derechos humanos “en los términos que establezca la ley”. Conforme a esta redacción pareciera que las medidas reparatorias se fijarán a partir de lo reconocido en el derecho interno.

Conviene hacer dos comentarios al respecto: en primer lugar, de acuerdo con el contenido del artículo 1º constitucional, particularmente la incorporación del Derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno y la interpretación de las normas constitucionales conforme a las normas de derechos humanos, el alcance de la reparación tendría que determinarse de una interpretación conforme entre las normas nacionales y las internacionales en términos del parámetro de control de regularidad constitucional reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.³² De ser así, resulta equivocada la referencia constitucional que limita el deber de reparar a lo reconocido en el derecho interno. En segundo lugar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que el régimen de las reparaciones se halla sujeto enteramente al Derecho internacional cuando éstas son resultado de una responsabilidad internacional del Estado. De esta forma, no puede sostenerse que las reparaciones por violaciones a normas internacionales se contraigan en los “términos que establezca la ley”.³³

Por si estos argumentos nos fueran suficientes, el doctor García Ramírez nos recuerda que conforme a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no pueden aducirse motivos o razones derivados del derecho interno para el incumpli-

³²Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de tesis 293/2011, entre las sustentadas por el primer tribunal colegiado en materias administrativa y de trabajo del décimo primer circuito y el séptimo tribunal colegiado en materia civil del primer circuito. Ministro ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta. Secretarios auxiliares: Arturo Guerrero Zazueta y Santiago José Vázquez Camacho.

³³Cfr. Sergio García Ramírez, “Reparaciones en fuente internacional por violaciones de derechos humanos”, *op. cit.*, p. 173.

miento de un tratado.³⁴ De esta forma, tratándose de reparaciones resultado de hechos violatorios de una obligación internacional por parte del Estado mexicano, habrá que estar a lo que indique el órgano supranacional.

El impacto transversal de los deberes específicos de prevención, investigación, sanción y reparación de violaciones a los derechos humanos

Hasta ahora hemos podido observar cómo los deberes específicos de prevención, investigación, sanción y reparación de las violaciones a los derechos humanos encuentran un importante sustento en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Precisamente por ello, y una vez que hemos expuesto lo anterior, a continuación ejemplificaremos algunas de las formas en que tales deberes específicos encuentran aplicación, en el marco de las obligaciones constitucionales en materia de derechos humanos que ha contraído el Estado mexicano, particularmente a la luz de la reforma constitucional del año 2011 (lo que no significa que antes de dicha reforma no existieran) que ha permitido hacer patente una mayor exigencia de los derechos humanos en el ámbito nacional.

Es importante resaltar que la interpretación del marco constitucional a la luz de las obligaciones nacionales e internacionales en materia de derechos humanos, de alguna manera resignifica el alcance de las disposiciones constitucionales y legales permitiendo una recaracterización de sus contenidos, aspecto que debe traducirse en una mayor y mejor protección de los derechos y libertades de las personas.

Deber específico de prevenir las violaciones a los derechos humanos

Como se refirió en el apartado anterior, el deber específico de prevenir en algunas ocasiones ha sido vinculado con la obligación general de proteger que se encuentra establecida también en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sin embargo, y aunque en el presente apartado no nos detendremos de manera amplia para intentar clarificar sus distinciones,³⁵ lo que al menos sí resulta pertinente afirmar ahora es que mientras que la obligación general de proteger implica que el Estado debe llevar a cabo todas aquellas acciones que impidan la interferencia u obstaculización de los derechos humanos, ya sea por actos de terceros e inclusive por agentes estatales,³⁶ el deber específico de prevenir en realidad forma parte de este deber general, pero el mismo debe determinarse en función de las necesidades parti-

³⁴Véase el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

³⁵Para una revisión más amplia de esta distinción véase R. Ortega Soriano, J.R. Robles Zamarripa, D.A. García Huerta y R.L. Bravo Figueroa, *op. cit.*

³⁶ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, Observación General núm. 14 (2000), E/C12/2000/4

culares de protección de las personas ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se ubican.³⁷

Tanto las obligaciones generales como los deberes específicos generan en el ordenamiento jurídico mexicano aquello que de acuerdo con una conocida fórmula expuesta por el Tribunal Constitucional de Alemania se reconoce como la “irradiación del ordenamiento”,³⁸ por lo que los operadores jurídicos deben interpretar toda norma del sistema de acuerdo con tales obligaciones y deberes, a continuación se presentan algunos casos en donde la importancia de adoptar acciones para prevenir violaciones a los derechos humanos se torna fundamental.

Una primera forma de comprender el deber específico de prevención impuesto a las autoridades del Estado se relaciona con aquellos casos en donde la vida o la integridad de las personas se encuentran en riesgo, y puede ser ejemplificado a propósito del ya referido conocido caso “González y otras *vs.* México”, en donde la Comisión Interamericana argumentó que en dicho caso (que involucraba a tres mujeres víctimas de desaparición y posteriormente asesinadas y cuyos cuerpos aparecieron en un “Campo Algodonero” en Ciudad Juárez, Chihuahua), el Estado no había adoptado “medidas razonables para proteger la vida y prevenir los asesinatos de las víctimas, aunque tenía conocimiento del riesgo inminente que corrían de ser asesinadas por haber sido reportadas como desaparecidas a la fecha de los hechos”³⁹ y en donde la Corte Interamericana reafirmó que el deber de prevenir “abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito”.⁴⁰

En este caso, resulta particularmente interesante el hecho según el cual, para la Corte Interamericana existieron dos momentos clave para analizar el deber específico de prevenir: uno antes de la desaparición de las víctimas, y el segundo, antes de la localización de sus cuerpos sin vida. En cuanto al primero de estos momentos, si bien el tribunal interamericano reconocería que a pesar de que el Estado “tenía conocimiento de una situación de riesgo para la mujeres en Ciudad Juárez” no pudo comprobarse que el mismo tenía conocimiento de un “riesgo real e inmediato para las víctimas del caso”. A pesar de lo anterior, cuando la Corte constata la inexistencia de “una política general que se hubiera iniciado por lo menos en 1998, cuando la CNDH advirtió del patrón de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez” reconocerá que ello constituye “una falta del Estado en el cumplimiento general de su obligación de prevención”.⁴¹

³⁷Corte IDH, caso de la “Masacre de Pueblo Bello *vs.* Colombia”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de enero de 2006, serie C, núm. 150, párr. 154.

³⁸Cfr. Alexy Robert, *Derechos sociales y ponderación*, 2a. ed., Madrid Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 46 e *id.*, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en *The Spanish Constitution in the european constitutional context*, trad. de David García Pazos y Alberto Oehling de los Reyes, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, p. 1507.

³⁹Corte IDH, caso “González y otras (“Campo Algodonero”) *vs.* México”, párr. 249.

⁴⁰*Ibidem*, párr. 252.

⁴¹*Ibidem*, párr. 282.

En cuanto al segundo de los momentos (es decir, a partir de que el Estado supo de la desaparición de las víctimas), éste tuvo conocimiento de “que existía un riesgo real e inmediato de que las víctimas fueran agredidas sexualmente, sometidas a vejámenes y asesinadas”. En relación con ello, se refirió a la existencia de un contexto en donde surgiría adicionalmente “un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres”, recordando que resulta crucial la exhaustividad de la búsqueda durante las primeras horas y los primeros días para encontrar a las personas con vida⁴² y que el Estado mexicano no había demostrado actuar con la diligencia estricta que le era debida.⁴³ Como se ha visto, la Corte retoma los estándares de situación de riesgo y debida diligencia como componentes del deber de prevención.

Otros casos en donde aparece la relevancia del deber específico de prevenir se relaciona con las actuaciones policiales e investigación de delitos que suelen generar contextos en donde resulta previsible para el Estado la identificación de riesgos reales e inmediatos que exponen a las personas a ser víctimas de tortura.⁴⁴ Frente a estos contextos, como sucede con las detenciones arbitrarias, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales o incluso la desaparición forzada, los Estados deberían adoptar medidas razonables de carácter reforzado que eviten de manera efectiva que tales riesgos se traduzcan en una afectación para las personas.

Particularmente, y para señalar como ejemplo algunas acciones que contribuirían a una prevención efectiva de actos de tortura en el contexto de la detención de personas, los Estados deberían contar con registros inmediatos y completos de la detención de las personas; incorporar de forma obligatoria el uso de cámaras de seguridad y otros mecanismos de control en las patrullas y durante los interrogatorios; asegurar la presentación inmediata de las personas ante las autoridades competentes; garantizar el acceso de las personas detenidas a un abogado desde la privación de la libertad, etcétera.⁴⁵ Desde luego, tales acciones no son las únicas que pueden adoptarse, pero dan cuenta de la identificación estructural de riesgos reales e inmediatos que deben ser combatidos por las autoridades.

Nos parece que los casos relatados anteriormente ejemplificarían dos dimensiones importantes del deber específico de prevención aplicado a la existencia de delitos y la ausencia de mecanismos de investigación que afectan particularmente los derechos a la vida y la integridad de las personas, ya sea como víctimas o como imputados de un delito. Sin embargo, la obligación de prevenir la ocurrencia de violaciones a los derechos humanos puede ser identificada no solamente con situaciones tuteladas por el derecho penal, sino que pueden ser extendidas al resto de las ramas del Derecho. De

⁴²*Ibidem*, párr. 283.

⁴³*Ibidem*, párr. 284.

⁴⁴De acuerdo con el informe elaborado por el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan Méndez “la tortura se utiliza predominantemente desde la detención y hasta la puesta a disposición de la persona detenida ante la autoridad judicial, y con motivo de castigar y extraer confesiones o información incriminatoria”. Véase Juan, E. Méndez, *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. Consejo de Derechos Humanos, 28º periodo de sesiones, Tema 3 de la agenda “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”, A/HRC/28/68/Add.3, párr. 25.

⁴⁵*Cfr. Ibidem*, Recomendaciones.

hecho, la constatación de la existencia de un riesgo real e inmediato a los derechos de las personas, con independencia de la materia de que se trate, configura la existencia del deber específico de prevenir a cargo del Estado.

Un ejemplo que resulta particularmente interesante se encuentra asociado al deber de prevenir violaciones a los derechos humanos de las mujeres en el contexto familiar, que puede ser observado en el caso de la señora “María da Penha Fernández *vs.* Brasil”.⁴⁶ En este caso la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a la luz de los hechos de violencia que fueron perpetrados por el esposo de la señora María da Penha y que desembocaron en que éste le disparara en la espalda mientras dormía ocasionándole un estado de paraplejía permanente, y que luego de más de siete años tal delito permaneciera en impunidad, advirtió que dado que las afectaciones sufridas por la señora Da Penha formaban parte de “un patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado para procesar y condenar a los agresores” se afirmó que “no sólo se viola la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes”. De esta manera, la CIDH afirmó que en este caso la ineffectividad judicial general y discriminatoria había creado un “ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad para sancionar estos actos”.⁴⁷

Frente a este contexto que genera espacios de particular vulnerabilidad para las mujeres en el ámbito doméstico, la Comisión Interamericana recomendaría la adopción de medidas estructurales como reformas legales que eviten la tolerancia estatal y tratamiento discriminatorio respecto de la violencia doméstica en contra de las mujeres en Brasil, incluyendo la capacitación y sensibilización de los funcionarios judiciales y policiales especializados para que comprendan la importancia de no tolerar la violencia doméstica; la simplificación de los procedimientos judiciales penales a fin de que puedan reducirse los tiempos procesales, sin afectar los derechos y garantías de debido proceso, o bien la multiplicación del número de delegaciones especiales de policía para los derechos de la mujer, dotándolas de recursos especiales necesarios para la efectiva tramitación e investigación de todas las denuncias de violencia doméstica, entre otras.⁴⁸

En el caso de México, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha tenido la oportunidad de reconocer que para la protección de los derechos de las mujeres víctimas de violencia en el Distrito Federal, el otorgamiento de medidas precautorias de emergencia sin audiencia, para quien funge como perpetrador de dicha violencia, no constituyen una afectación a la garantía de audiencia toda vez que las mismas “persiguen un propósito de interés general consistente en prevenir un acto de violencia más contra la mujer agredida”. Esta medida constituye una acción orientada a la prevención de actos de violencia cuando el Estado tiene conocimiento de un riesgo real e inmediato de una mujer que afirma ser víctima de violencia.⁴⁹

⁴⁶CIDH, Informe No. 54/01 Caso 12.05, María da Penha Maia Fernandes, Brasil, 16 de abril de 2001.

⁴⁷*Ibidem*, párr. 56.

⁴⁸*Ibidem*, Recomendaciones No. 4.

⁴⁹SCJN, Amparo en revisión 495/2013. Ministro ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles.

Otro caso en donde se manifiestan con importante claridad las acciones de prevención de violaciones a los derechos humanos, se encuentra en el ámbito de la violencia en el entorno escolar o *bullying*. Sobre esta temática resulta particularmente interesante la sentencia emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a propósito del Amparo Directo 35/2014 en donde se analiza el contenido de una demanda civil por daño moral interpuesta por una madre a favor de su hijo que debido a diversas agresiones físicas y psicológicas ocurridas durante el segundo año del ciclo escolar de éste le ocasionaron un importante daño psicológico.⁵⁰ Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México advirtió, entre otras cosas, la importancia por parte de los centros educativos, tanto públicos como privados, de la adopción de acciones para prevenir, remediar y sancionar las situaciones de violencia en el entorno escolar, fenómeno conocido como *bullying*. Refirió asimismo que dada la “complejidad del *bullying* escolar y su relación con los derechos de los niños, justifican una serie de presunciones y estándares diferenciados para la valoración de los hechos”.⁵¹

En relación con el deber específico de prevención, el Tribunal Constitucional mexicano advirtió la importancia de identificar las circunstancias particulares de riesgo que enfrentan las víctimas de este tipo de fenómeno de violencia, por lo que “la existencia de agresiones verbales o físicas, con un carácter más o menos reiterado” deberían llevarnos a presumir la existencia de “una situación de acoso”.⁵² Entre las acciones concretas relacionadas con el deber específico de prevención, la sentencia enfatiza, entre otras, el reconocimiento del deber de los directores de las escuelas para “identificar los factores de riesgo y protección personales, familiares, sociales y comunitarios que caracterizan a la comunidad escolar”; así como la adopción de “acciones preventivas ante situaciones y conductas de riesgo, tanto como la atención de casos críticos”.⁵³

Como puede observarse, el deber específico de prevenir se detona frente a una multiplicidad de situaciones en las que el Estado tiene una obligación de medio (que no implica un resultado determinado)⁵⁴ consistente en la adopción de acciones que de manera efectiva contribuyan a hacer frente a las situaciones de riesgo a los derechos que de manera real e inmediata ponen en peligro la vigencia de los derechos humanos.

⁵⁰SCJN, Amparo Directo 35/2014, Ministro ponente: Arturo Zaldívar Lelo de la Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín de 15 de mayo de 2015. Resultando Primero, pp. 1 y 2.

⁵¹*Ibidem*, p. 48.

⁵²*Ibidem*, p. 50.

⁵³*Ibidem*, p. 65.

⁵⁴*Cfr.* Corte IDH, caso “Fernández Ortega y otros *vs.* México”, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, serie C, núm. 215, párr. 191; Corte IDH, caso “Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras”, párr. 177; Corte IDH, caso “Radilla Pacheco *vs.* México”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209, párrs. 192 y 233, y Corte IDH, caso “Chitay Nech y otros *vs.* Guatemala”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de mayo de 2010, serie C, núm. 212, párr. 192.

Deberes específicos de investigar y reparar

Ahora bien, como bien se ha apuntado anteriormente el deber de investigar también comporta la existencia de una obligación de medio o comportamiento, que en el caso particular de la misma y de acuerdo con lo referido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se ve incumplida “por el solo hecho de que ésta no produzca el resultado esperado por alguna de las partes interesadas”.⁵⁵ Sin embargo, también se ha apuntado la relevancia de que la investigación sea realizada de manera seria, imparcial y efectiva,⁵⁶ y que la misma no sea emprendida como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa.⁵⁷ En el caso particular de aquellas violaciones graves a los derechos humanos como sucede con las ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas o tortura, el deber de investigar constituye una obligación *ex officio* de las autoridades, las cuales deben iniciar tal investigación sin dilación.⁵⁸

Precisamente a propósito de los lamentables acontecimientos relacionados con la desaparición de 43 jóvenes normalistas de la Normal Rural de Ayotzinapa en el estado de Guerrero, el Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos advirtió la importancia de asegurar que el deber de investigación a cargo del Estado se realizara conforme a los más altos estándares internacionales. Entre otros aspectos, el Grupo de Expertos reconoció que en México el estándar de investigación se basa en la obtención de confesiones y declaraciones de los inculpados dejando las pruebas objetivas y científicas como secundarias y en muchos casos, incluso como excepcionales,⁵⁹ aspecto que además apuntaron no sucede en otros países y por supuesto, “desincentiva la necesidad de esclarecer penalmente el caso y contrastar las declaraciones con otras pruebas, ya sea para validarlas o rechazarlas” lo que desde luego afecta de manera importante el carácter serio de una investigación de este tipo. Adicionalmente, se reconoció que existen otros factores como la dependencia

⁵⁵Corte IDH, caso “Caballero Delgado y Santana *vs.* Colombia”, fondo, sentencia de 8 de diciembre de 1995, serie C, núm. 22, párr. 58; Caso Velásquez Rodríguez, párr. 177; Corte IDH, caso “Godínez Cruz *vs.* Honduras”, fondo, sentencia de 20 de enero de 1989, serie C, núm. 5, párr. 188.

⁵⁶*Cfr.* Corte IDH, caso de la “Masacre de Pueblo Bello *vs.* Colombia”, *op. cit.*, párr. 143; Corte IDH, caso de la “Masacre de Mapiripán *vs.* Colombia”, sentencia de 15 de septiembre de 2005, serie C, núm. 134, párrs. 219 y 223; Corte IDH, caso de la “Comunidad Moiwana *vs.* Surinam”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia 15 de junio de 2005, serie C, núm. 124, párr. 145, y Corte IDH, caso de los “Hermanos Gómez Paquiyauri *vs.* Perú”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 8 de julio de 2004, serie C, núm. 110, párr. 131. Véase también SCJN. DERECHOS HUMANOS. DE LA OBLIGACIÓN GENERAL DE GARANTIZARLOS, DERIVA EL DEBER DE LAS AUTORIDADES DE LLEVAR A CABO UNA INVESTIGACIÓN SERIA, IMPARCIAL Y EFECTIVA, UNA VEZ QUE TENGAN CONOCIMIENTO DEL HECHO. Época: Décima Época, Registro: 2010421, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 24, noviembre de 2015, tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. CCCXLI/2015 (10a.), p. 971.

⁵⁷*Cfr.* Corte IDH, caso de la “Masacre de Mapiripán *vs.* Colombia”, párr. 146; Corte IDH, caso de las “Hermanas Serrano Cruz *vs.* El Salvador”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de marzo de 2005, serie C, núm. 120, párr. 61, y Corte IDH, caso “Bulacio *vs.* Argentina”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 18 de septiembre de 2003, serie C, núm. 100, párr. 112.

⁵⁸*Cfr.* Corte IDH, caso de la “Masacre de Mapiripán *vs.* Colombia”, *op. cit.*, párrs. 219 y 223; Corte IDH, caso de la “Comunidad Moiwana *vs.* Surinam”, párr. 145, y Corte IDH, caso de los “Hermanos Gómez Paquiyauri *vs.* Perú”, párr. 131.

⁵⁹*Cfr. Informe Ayotzinapa II. Avance y nuevas conclusiones.* La preponderancia de las pruebas testimoniales y confesiones, p. 582.

en México de los servicios periciales a la Procuraduría General de la República, elementos que “compromete el trabajo y los resultados en estas materias” lo que sin lugar a dudas afecta la independencia e imparcialidad de una investigación criminal.⁶⁰

Los problemas para el cumplimiento del deber de investigar a cargo del Estado mexicano han sido reconocidos también por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual, por ejemplo, cuando presentan casos de tortura, ha reconocido la relevancia de asegurar que el Estado investigue con la mayor diligencia aquellos casos en donde las personas que son procesadas por un delito han referido ser víctimas de tortura por parte de las autoridades que les detienen e interrogan para que

Luego de realizarse la investigación necesaria para determinar si se actualizó o no la tortura, de obtenerse un resultado positivo, la autoridad que tenga a cargo resolver la situación jurídica de la víctima de violación a derechos humanos [lleve a cabo] un estudio escrupuloso de los elementos en que se sustenta la imputación al tenor de los parámetros constitucionales fijados en relación con las reglas de exclusión de las pruebas ilícitas.⁶¹

En este tipo de casos, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha enfatizado, por ejemplo, que el deber de investigar debe cumplir con diversos requisitos entre los que se encuentran que la investigación se lleve a cabo de oficio y de forma inmediata y que la misma sea imparcial, independiente y minuciosa. Además, reconoció que el Estado debe garantizar la independencia del personal médico y de salud encargado de examinar y prestar asistencia a los ofendidos y que cuando una persona alega haber sido víctima de un acto de tortura, el Estado debe realizar una investigación con la debida diligencia por lo que la carga de la prueba recae en el Estado.⁶²

Otro tipo de casos en los que la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación ha advertido la relevancia de desarrollar una investigación conforme a los estándares más avanzados en materia de derechos humanos se relaciona con la existencia de los feminicidios. En relación con esta problemática enfatizó que “todo homicidio contra una mujer debe ser investigado con visión de género, es decir, como feminicidio”.⁶³ De esta forma, para el tribunal constitucional mexicano “el deber de investigar adquiere mayor relevancia en relación con la muerte de una mujer en un contexto de violencia contra las mujeres, puesto que se debe tomar como una posible línea de investigación el hecho de que la mujer muerta haya sido víctima de violencia de género”.⁶⁴

⁶⁰Cfr. *Ibidem*, p. 585.

⁶¹SCJN, ACTOS DE TORTURA. LA OMISIÓN DEL JUEZ PENAL DE INSTANCIA DE INVESTIGAR LOS DENUNCIADOS POR EL IMPUTADO, CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN A LAS LEYES DEL PROCEDIMIENTO QUE TRASCIENDE A SU DEFENSA Y AMERITA LA REPOSICIÓN DE ÉSTE. Época: Décima Época, Registro: 2011521, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 29, abril de 2016, tomo II, Materia(s): Común, Penal, Tesis: 1a./J. 10/2016 (10a.), p. 894.

⁶²SCJN, Actos de tortura. obligaciones positivas adjetivas que debe cumplir el Estado mexicano Época: Décima Época, Registro: 2009996, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 22, septiembre de 2015, tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: P. XXI/2015 (10a.), p.: 233.

⁶³*Ibidem*, p. 61.

⁶⁴*Ibidem*, p. 64.

A propósito de este tipo de asuntos, el tribunal constitucional mexicano reconoció, tal y como lo ha reconocido la Corte Interamericana, que el deber de investigar implica que la determinación eficiente de la verdad debe mostrarse, con toda acuciosidad, desde las primeras diligencias.⁶⁵ En este tipo de asuntos el deber de llevar a cabo una investigación diligente, seria e imparcial requiere que además de los requisitos establecidos para la investigación de casos en donde se presenta una muerte violenta, que se cumpla con una serie de criterios adicionales que consisten en identificar, por ejemplo, “las conductas que causaron la muerte y verificar la presencia o ausencia de motivos o razones de género que originan o explican la muerte violenta”.⁶⁶ Adicionalmente, el deber de investigación implicaría advertir también como una cuestión de oficio a cargo de las autoridades “las posibles connotaciones discriminatorias por razón de género en un acto de violencia perpetrado contra una mujer cuando dicho acto se enmarca en un contexto de violencia contra la mujer que se da en una región determinada”.⁶⁷

Como puede verse, el deber de investigación establece una serie de estándares que deben orientar la acción del Estado cuando actúa con el propósito de descubrir aquellas causas o circunstancias y los responsables de violaciones a los derechos humanos. Una importante oportunidad para desarrollar una interpretación amplia en el ámbito constitucional mexicano la ofrece el artículo 109.⁶⁸ Ya la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el Amparo directo en revisión 10/2012 había reconocido que tal disposición (entonces contenida en el artículo 113 constitucional) reconoce un derecho sustantivo de las víctimas a una reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido”.⁶⁹ Uno de los principales retos que presenta el sistema constitucional mexicano se relaciona con armonizar el procedimiento de responsabilidad patrimonial de Estado previsto en las leyes secundarias de la materia⁷⁰ conforme a los estándares de investi-

⁶⁵Cfr. SCJN, Amparo en revisión 554/2013, Primera Sala, Quejosa: Irinea Buendía Cortez (madre de Mariana Lima Buendía) de 25 de marzo de 2013, p. 63. Véase también el criterio base tomado por la SCJN. Cfr. Corte IDH, caso “Veliz Franco vs. Guatemala”, sentencia de 28 de mayo de 2014, serie C, núm. 279, párr. 191. Corte IDH, caso “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”, *op. cit.*, párrs. 300 y 366; Corte IDH, caso del “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”, párr. 383.

⁶⁶Cfr. SCJN, Amparo en revisión 554/2013, p. 64. La sentencia utiliza como soporte de este argumento el siguiente documento Cfr. ONU, Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género, 2014, p. 37.

⁶⁷Cfr. SCJN, Amparo en revisión 554/2013, p. 65. Corte IDH, caso “Veliz Franco vs. Guatemala”, sentencia de 28 de mayo de 2014, serie C, núm. 279, párr. 187.

⁶⁸En mayo de 2015, el artículo 113 constitucional fue reformado en su totalidad para establecer diversas obligaciones en materia de combate a la corrupción; sin embargo, por virtud del artículo 11 transitorio del “*DECRETO* por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de combate a la corrupción se estableció que la ley reglamentaria del segundo párrafo del artículo 113 Constitucional se entendería ahora referida al último párrafo del artículo 109 constitucional, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de mayo de 2015.

⁶⁹SCJN, Amparo directo en revisión 10/2012, Primera Sala, 11 de abril de 2012, Ministro: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, p. 48.

⁷⁰Un ejemplo de ello es el *DOF* puede encontrarse en el artículo 22 de la ley federal, el cual dispone que: “La responsabilidad del Estado deberá probarla el reclamante que considere lesionado su patrimonio, por no tener la obligación jurídica de soportarlo. Véase la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, *Diario Oficial de la Federación*, del 31 de diciembre de 2004, última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de junio de 2009.

gación diligente, seria, imparcial y autónoma previstos en los estándares internacionales, ya que tal ordenamiento fue creado desde una óptica que pone la carga de la prueba en las víctimas y no en el Estado y no asume el deber de investigación de violaciones a los derechos humanos como un deber propio,⁷¹ sino que el procedimiento descansa en el impulso procesal y la posibilidad de las víctimas de hacer llegar a las autoridades evidencias, cuando como hemos visto esto es parte del deber del Estado de investigar en términos de sus obligaciones constitucionales e internacionales.

Deber específico de sancionar

Como se apuntó en el apartado previo, el deber de sancionar constituye una consecuencia de la identificación de aquellos responsables de violaciones a los derechos humanos y conlleva una obligación de resultado que obliga al Estado a imponer las sanciones pertinentes, y adicionalmente asegurar a la víctima una adecuada reparación.⁷² Adicionalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado a propósito del caso “Campo Algodonero” la importancia de evitar que los responsables de graves violaciones a los derechos humanos continúen en sus cargos, o bien que ocupen posiciones de autoridad, toda vez que ello contribuye a “generar impunidad y crear las condiciones para que los factores que inciden en el contexto de violencia persistan o se agraven”.⁷³

Es importante recordar que los deberes específicos en general y la obligación de sancionar en particular se relacionan con el combate a la impunidad, definida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos”.⁷⁴ En este sentido, el establecimiento de sanciones a aquellos agentes del Estado o personas —que actúan con su aquiescencia y colaboración— que cometen violaciones a los derechos humanos, constituye un requisito para evitar la impunidad. Que no se sancione a los responsables envía un mensaje de tolerancia frente a hechos violatorios de derechos humanos, con los efectos que esto tiene en su repetición.

En este sentido, la armonización del marco jurídico mexicano con los estándares internacionales en materia de sanción a responsables de violaciones a los derechos humanos constituye un aspecto fundamental para la plena vigencia de los derechos. Esta situación fue reconocida por el Relator Especial contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, quien afirmó que un importante número de los casos de tortura, particularmente cometidos en contra de las mujeres, no habían sido

⁷¹Corte IDH, caso “Familia Barrios *vs.* Venezuela”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2011, serie C, núm. 237, párr. 175.

⁷²*Cfr.* Corte IDH, caso “Godínez Cruz *vs.* Honduras”, párr. 184; Corte IDH, caso “Osorio Rivera y Familiares *vs.* Perú”, párr. 114.

⁷³Corte IDH, caso “González y otras (“Campo Algodonero”) *vs.* México”, párr. 377.

⁷⁴Corte IDH, caso “Ivcher Bronstein *vs.* Perú”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de febrero de 2001, serie C, núm. 74, párr. 186.

investigados ni sancionados. Asimismo, una práctica muy común que aborda el informe del consiste en que en muchas ocasiones los delitos de tortura son calificados como delitos de menor gravedad,⁷⁵ lo que ocasiona que las violaciones a los derechos humanos no aparezcan referidas como tales en las estadísticas oficiales, lo que conlleva un subregistro de los hechos relacionados con tortura. De esta manera, la ausencia de datos relativos a determinados delitos, cuando existen otra clase de informaciones provenientes de la sociedad civil u organismos nacionales e internacionales, en realidad puede traducirse en un indicador relevante sobre la manera en que los Estados afrontan el deber de investigar las violaciones a los derechos humanos.

A modo de conclusión

Como ha podido verse, el cumplimiento de los deberes específicos de prevención, investigación, sanción y reparación de violaciones a los derechos humanos constituye un parámetro que impacta de manera transversal la totalidad de actos u omisiones que le son exigidos al Estado por el ordenamiento constitucional. Los casos y ejemplos que se han presentado en el presente estudio no constituyen una lista definitiva, sino que tan sólo pretenden ofrecer una muestra de la manera en que tales obligaciones han sido comprendidas no sólo en el ámbito internacional sino incluso en la interpretación de casos, por lo que pueden resultar una guía útil al momento de reflexionar sobre las posibilidades de actuación del Estado en distintas temáticas y materias. De esta manera, la irradiación de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional constituye una apuesta que corresponde hacer realidad a todas aquellas personas que demandan la exigencia y plena garantía de los derechos humanos en México.

A lo largo de estas líneas se ha insistido en la finalidad que tienen los deberes de prevenir, investigar, sancionar y reparar como obligaciones fundamentales para prevenir violaciones de derechos humanos y combatir la impunidad frente a estos hechos. Si esto es así, cabe reflexionar sobre los efectos que tiene la aplicación de los deberes específicos en las diferentes normas constitucionales y legales de cara a la finalidad referida.

En el contexto actual mexicano nos parece que tiene todo el sentido impulsar cualquier tipo de medida que tenga como objetivo prevenir violaciones a los derechos humanos. La aplicación transversal de los deberes de prevenir, investigar, sancionar y reparar es una oportunidad en este sentido.

⁷⁵Cfr. Juan, E. Méndez, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Consejo de Derechos Humanos 28.º periodo de sesiones, Tema 3 de la agenda “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”, A/HRC/28/68/Add.3, párr. 28.

Bibliografía

- ALEXY, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, 2a. ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 46.
- , “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en *The Spanish Constitution in the european constitutional context*, trad. de David García Pazos y Alberto Oehling de los Reyes, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, p. 1507.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Reparaciones en fuente internacional por violaciones de derechos humanos”, M. Carbonell y P. Salazar, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2012, pp. 167-199.
- Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes, *Informe Ayotzinapa II. Avance y nuevas conclusiones*. La preponderancia de las pruebas testimoniales y confesiones, pp. 582 y 585.
- ORTEGA SORIANO, R., Robles Zamarripa, J.R., García Huerta, D.A., Bravo Figueroa, R.L. “Módulo 6. Deberes específicos de prevención, investigación y sanción”, en *Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, reformaDH*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal/Suprema Corte de Justicia de la Nación/Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013, 66 pp.
- SAAVEDRA ÁLVAREZ, Yuria, “Módulo 7. Teoría de las reparaciones a la luz de los derechos humanos”, *Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, reformaDH*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal/Suprema Corte de Justicia de la Nación/Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013, 51 pp.
- SERRANO, S. y D. Vázquez, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales sede México, 2013, 133 pp.

Instrumentos internacionales y documentos legales

- Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 63.1.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 27.
- MÉNDEZ, Juan E., *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Consejo de Derechos Humanos 28º periodo de sesiones, Tema 3 de la agenda “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”, A/HRC/28/68/Add.3, párrs. 25, 28 y Recomendaciones.
- Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “El derecho al Disfrute del Más Alto Nivel Posible de Salud”, Observación General núm. 14 (2000), E/C12/2000/4.

Sentencias y resoluciones

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 54/01 Caso 12.05, Maria da Penha Maia Fernandes, Brasil, 16 de abril de 2001, párr. 56 y Recomendaciones No. 4.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras”, fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C, núm. 4, párrs. 166, 175, 177,
- Corte IDH, caso “Godínez Cruz *vs.* Honduras”, fondo, sentencia de 20 de enero de 1989, serie C, núm. 5, párrs. 184 y 188.
- Corte IDH, caso “Caballero Delgado y Santana *vs.* Colombia”, fondo, sentencia de 8 de diciembre de 1995, serie C, núm. 22, párr. 58.
- Corte IDH, caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) *vs.* Guatemala”, fondo, sentencia de 19 de noviembre de 1999, serie C, núm. 63, párr. 228.
- Corte IDH, caso “Ivcher Bronstein *vs.* Perú”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de febrero de 2001, serie C, núm. 74, párr. 186.
- Corte IDH, caso “Trujillo Oroza *vs.* Bolivia”, reparaciones y costas, sentencia de 27 de febrero de 2002, serie C, núm. 92, párr. 99.
- Corte IDH, caso “Bulacio *vs.* Argentina”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 18 de septiembre de 2003, serie C, núm. 100, párr. 112.
- Corte IDH, caso “19 Caso Molina Theissen *vs.* Guatemala”, reparaciones y costas, sentencia de 3 de julio de 2004, serie C, núm. 108, párr. 79.
- Corte IDH, Comerciantes *vs.* Colombia”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de julio de 2004, serie C, núm. 109, párr. 140.
- Corte IDH, caso de los “Hermanos Gómez Paquiyauri *vs.* Perú”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 8 de julio de 2004, serie C, núm. 110, párr. 131.
- Corte IDH, caso “Tibi *vs.* Ecuador”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 7 de septiembre de 2004, serie C, núm. 114, párr. 255.
- Corte IDH, caso “Masacre Plan de Sánchez *vs.* Guatemala”, reparaciones y costas, sentencia de 19 de noviembre de 2004, serie C, núm. 116, párr. 95.
- Corte IDH, caso “Carpio Nicolle y otros *vs.* Guatemala”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de noviembre 2004, serie C, núm. 117, párrs. 134 y 135.
- Corte IDH, caso de las “Hermanas Serrano Cruz *vs.* El Salvador”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de marzo de 2005, serie C, núm. 120, párr. 61.
- Corte IDH, caso de la “Comunidad Moiwana *vs.* Surinam”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia 15 de junio de 2005, serie C, núm. 124, párr. 145.
- Corte IDH, caso de la “Masacre de Mapiripán” *vs.* Colombia”, sentencia de 15 de septiembre de 2005, serie C, núm. 134, párrs. 146, 219 y 223.
- Corte IDH, caso de la “Masacre de Pueblo Bello *vs.* Colombia”, sentencia de 31 de enero de 2006, serie C, núm. 140, párr. 123.
- Corte IDH, caso de las “Masacres de Ituango *vs.* Colombia”. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de julio de 2006, serie C, núm. 148, párr. 402.
- Corte IDH, caso de la “Masacre de Pueblo Bello *vs.* Colombia”, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 31 de enero de 2006, serie C, núm. 150, párrs. 123, 143, 153 y 154.
- Corte IDH, caso del “Penal Miguel Castro *vs.* Perú”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006, serie C, núm. 160, párrs. 276, 377, 378, 379 y 383.
- Corte IDH, caso “Kawas Fernández *vs.* Honduras”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 3 de abril de 2009, serie C, núm. 196, párr. 156.

- Corte IDH, caso “González y otras (“Campo Algodonero”) *vs.* México”. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009, serie C, núm. 205, párrs. 249, 252, 258, 282, 283, 284, 300, 366 y 377.
- Corte IDH, caso “Barreto Leiva *vs.* Venezuela”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 17 de noviembre de 2009, serie C, núm. 206, párr. 75.
- Corte IDH, caso “Radilla Pacheco *vs.* México”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209, párrs. 192 y 233.
- Corte IDH, caso de la “Masacre de las Dos Erres *vs.* Guatemala”. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2009, serie C, núm. 211, párr. 236.
- Corte IDH, caso “Chitay Nech y otros *vs.* Guatemala”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de mayo de 2010, serie C, núm. 212, párr. 192.
- Corte IDH, caso “Fernández Ortega y otros *vs.* México”. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, serie C, núm. 215, párr. 191.
- Corte IDH, caso “Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) *vs.* Brasil”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2010, serie C, núm. 219, párr. 170.
- Corte IDH, caso “Gelman *vs.* Uruguay”, fondo y Reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221, párrs. 194 y 224.
- Corte IDH, caso “Familia Barrios *vs.* Venezuela”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2011, serie C, núm. 237, párr. 175.
- Corte IDH, caso “Fornerón e hija *vs.* Argentina”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de abril de 2012, serie C, núm. 242, párr. 66.
- Corte IDH, caso “Vélez Restrepo y Familiares *vs.* Colombia”. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 3 de septiembre de 2012, serie C núm. 248, párr. 189.
- Corte IDH, caso “Castillo González y otros *vs.* Venezuela”, Fondo, sentencia de 27 de noviembre de 2012, serie C, núm. 256, párr. 128.
- Corte IDH, caso “García y Familiares *vs.* Guatemala”, fondo reparaciones y costas, sentencia de 29 noviembre de 2012, serie C núm. 258, párr. 136.
- Corte IDH, caso “Masacre de Santo Domingo *vs.* Colombia”. Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones, sentencia de 30 de noviembre de 2012, serie C núm. 259, párr. 156.
- Corte IDH, caso “Luna López *vs.* Honduras”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 10 de octubre de 2013, serie C, núm. 269, párr. 123.
- Corte IDH, caso “Osorio Rivera y Familiares *vs.* Perú”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2013, serie C, núm. 274, párr. 114.
- Corte IDH, caso “Veliz Franco *vs.* Guatemala”, sentencia de 28 de mayo de 2014, serie C, núm. 279, párrs. 187 y 191.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de tesis 293/2011.
- SCJN, Amparo en revisión 495/2013. Ministro ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles.
- SCJN, Amparo Directo 35/2014, Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de la Larrea, Secretaria: Ana María Ibarra Olguín de 15 de mayo de 2015. Resultando Primero. pp. 1, 2, 48, 50 y 65.
- SCJN, Amparo en revisión 554/2013, Primera Sala, Quejosa: Irinea Buendía Cortez (madre de Mariana Lima Buendía) de 25 de marzo de 2013, p. 63. Véase también el criterio base tomado por la SCJN, pp. 37 y 65.
- SCJN, Amparo directo en revisión 10/2012, Primera Sala, 11 de abril de 2012, Ministro: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, p. 48.

- SCJN. Jurisprudencia. Actos de tortura. La omisión del juez penal de instancia de investigar los denunciados por el imputado, constituye una violación a las leyes del procedimiento que trasciende a su defensa y amerita la reposición de éste. Época: Décima Época, Registro: 2011521, Instancia: Primera Sala, Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 29, abril de 2016, tomo II, Materia(s): Común, Penal, Tesis: 1a./J. 10/2016 (10a.), p. 894.
- SCJN, Tesis Aislada, Actos de tortura. Obligaciones positivas adjetivas que debe cumplir el Estado mexicano. Época: Décima Época, Registro: 2009996, Instancia: Pleno, Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 22, septiembre de 2015, tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: P. XXI/2015 (10a.), p. 233.
- SCJN, Tesis Aislada, Época: Décima Época, Registro: 2010421, Instancia: Primera Sala, Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 24, noviembre de 2015, tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. CCCXLI/2015 (10a.), p. 971.

La esclavitud

Resumen

El tema de la esclavitud por desgracia en nuestros días retoma relevancia; la regulación nacional y convencional sobre su proscripción tiende a la protección del derecho humano de la dignidad humana. La comprensión del esfuerzo regulatorio es precisa desde la percepción del interés y de su tutela jurídica, la libertad del ser humano debe ser respetada por sus semejantes y por la organización social por ser expresión de la propia naturaleza humana, cualidad que le hace digno y que el derecho debe proteger en grado supremo, como un derecho fundamental que está garantizado por la proscripción a la esclavitud, trata de personas y prácticas análogas. Esto representa un esfuerzo que a nivel convencional desde hace tiempo se observa y el cual se plasma como un principio inexcusable para toda la comunidad internacional como la regla inviolable de *Ius cogens*.

La dignidad humana

Antes de ingresar en el análisis de la esclavitud, resulta prudente disertar sobre el bien lesionado por esta infame práctica, así como por sus modalidades, como es la dignidad humana. El vocablo dignidad proviene del latín *dignitas*, que significa “la calidad de digno”, hace referencia al decoro y al respeto, así como a la cualidad racional del ser humano, noción que es reconocida en forma unánime por su vital importancia en la concepción de la persona humana como sujeto de derecho, puesto que con esta calidad se le atribuye una condición valiosa por el solo hecho de su diseño psicosomático, cuestión que la regulación jurídica no debe

Sumario

Resumen.	105
La dignidad humana.	105
El interés.	107
Los derechos humanos.	110
La esclavitud.	115
Bibliografía.	120

pasar por alto, y sí hacer énfasis en esta característica esencial y originaria del propio ser humano al momento de precisar las normas legales que rijan las relaciones sociales.

Sin embargo, el significado de esta voz no culmina con su percepción etimológica, pues también se le reconoce en la normativa judicial como un valor supremo,¹ concepto atribuido por sí y ante sí, por virtud de la estima exigida y reconocida objetivamente para todo sujeto social que registra la calidad única y excepcional atribuida al ser humano, y cuya eficacia debe ser protegida normativamente para proveer al desarrollo integral de las personas.

Esto implica un ejercicio intelectual complicado, pues el parámetro para calificar esta noción como un valor no puede fincarse desde el ángulo utilitarista; y es que aquí es en donde se debe redimensionar la percepción del valor que algo pueda representar, con lo cual se plantearía otra disyuntiva consistente en definir si lo valioso es el ser humano en sí o es sólo una cualidad dada a las personas, así como si lo valioso es únicamente una referencia de relación del sujeto y sus semejantes.²

El valor que buscamos es la idea válida racionalmente determinada con pretensión de obligatoriedad que justifica al orden normativo y que debe ser jurídicamente protegida, porque es la que dispone los principios y fines del derecho, pues con base en la reflexión que se hace sobre ella se genera el marco jurídico que regulará una serie de relaciones humanas de cohesión y satisfacción social. Esto, porque los valores son consustanciales a la norma jurídica, dado que toda norma jurídica es un juicio de valor en modo imperativo que atribuye una consecuencia a una hipótesis de derecho que ordena un deber de obrar en justicia. Sobre lo anterior, se puede inferir que los valores son ideas racionalmente creadas y objetivamente implementadas que exigen ser cumplidas, y que además justifican al sistema normativo jurídico positivo, orientan el diseño de los principios y fines de la norma jurídica, propician la calificación de la conducta o contenido ordenado normativamente y evalúan a las demás de dicho sistema, conforme al parámetro deducido.³ Esto es, el ser humano es ontológicamente valioso; su aprecio no deriva de la calificación de otro sujeto ni de la relación de utilidad, sino de la esencia del objeto que se autoestima valioso y se reconoce como tal para su protección, ya que al reconocerlo en sí, también se surte la exigencia de hacer lo propio con todo semejante. Así pues, toda actividad u omisión tendiente a menoscabar las características vitales, racionales y relacionales del ser humano, sin considerar su estado de ente valioso, deben ser expulsadas y reprimidas del orden social, por ello hasta las penas deben ser regidas por el contenido humanístico de la dignidad humana, que exige el respeto a su esencia y conservación.

¹Tesis I.5o.C. J/31 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro I, tomo 3 octubre de 2011, p. 1529.

²Véase Luis Recaséns Siches, *Tratado general de filosofía del derecho*, 13a. ed., México, Porrúa, 1998, pp. 58-62; Juan Manuel Terán Mata, *Filosofía del derecho*, 13a. ed., México, Porrúa, 1996, pp. 215 y 221, y Eduardo García Máynez, *Filosofía del derecho*, 8a. ed., México, Porrúa, 1996, pp. 414 y 415.

³Véase Milagros Otero Parga, *Valores constitucionales. Introducción a la filosofía del derecho: axiología jurídica*, 2a. ed., México, Universidad Autónoma del Estado de México/Universidad de Santiago de Compostela, 2001, pp. 29.

Por ello, indudablemente, el ser humano es y debe ser valioso para el ser humano, pues el estimar lo contrario sería tanto como que el propio ser humano diera la pauta para su autoextinción, cuestión que debe tomarse en cuenta para que la precisión de ente digno no tan sólo sea aplicable, sino también exigible, en el ámbito relacional del propio ser humano. La percepción de la dignidad humana anima al principio de respeto, en el cual se observa la decidida influencia del cristianismo, como se percibe de lo predicado en el evangelio según San Mateo en su capítulo 7, versículo 12, que dice: “Así que, todas las cosas que queráis que los hombres hagan con vosotros, así también haced vosotros con ellos; porque esto es la ley y los profetas”, así como por el pregonado por San Lucas en su capítulo 6, versículo 31, que dice: “Y como queréis que hagan los hombres con vosotros, así también haced vosotros con ellos”,⁴ lo que encuentra su máxima expresión en las propias palabras de Jesús de Nazaret (escritas por San Mateo, capítulo 22, versículo 39) al referir al segundo de los grandes mandamientos cristianos, al tenor de lo siguiente: “Y el segundo es semejante: Amarás a tu prójimo como a ti mismo”,⁵ lo cual la sabiduría popular lo condensa en la siguiente conseja: “no hagas a los demás lo que no quieras que te hagan”, cuyo fundamento se encuentra en la fórmula conocida como regla áurea.⁶ Sobre este aspecto, Stammler, quien acuña el principio de respeto recíproco, señala que la voluntad de una persona no puede quedar a merced del arbitrio de otra, así como que toda exigencia jurídica debe tratar al obligado como un prójimo (persona con dignidad, sujeto con fines propios, quien es un fin en sí mismo y no un medio para fines ajenos. Esto se complementa con el principio de participación, que consiste en que nadie puede ser excluido de una comunidad o de una relación jurídica por el mero capricho de otra persona, así como que todo poder jurídico de disposición concedido a otra persona sólo se justifica cuando el excluido subsista como ser con fines propios (como persona con dignidad) y jamás como un medio para los demás, o mero objeto de derechos subjetivos de los demás.⁷ En tanto, Ihering es quien condensa el contenido del principio de respeto en el reconocimiento del valor de la persona expresado por la consideración y la atención; esto es, éste resulta ser un contenido necesario para el desarrollo de los fines humanos.⁸

El interés

La palabra interés es de suma importancia para incidir en el plano de los derechos, aunque este término tenga de por sí una variada gama de significados y complejidades en los mismos. Así, desde un punto de vista etimológico, también presenta una disyuntiva, ya que por una parte se indica que se integra con los vocablos latinos *inter*, cuyo

⁴Biblia, antigua versión de Casiodoro de Reina (1569), revisada por Cipriano de Valera (1602), revisión de 1960 con referencias y concordancias, Mundo Hispano, pp. 1040 y 1105.

⁵*Ibidem*, p. 1061.

⁶Véase Hans Kelsen, *¿Qué es la justicia?*, 1a. ed., 22a. reimp. México, Fontamara, 2009, p. 56.

⁷Citado por Luis Recaséns Siches, *op. cit.*, p. 551.

⁸Cfr. Rudolf Von Ihering, *La lucha por el derecho*, México, Cajica, 1957, pp. 346 y 352.

significado es “entre”, y *esse*, al que se le identifica con la voz *entre*, esto es, interés indica “estar entre”, voz que refiere a un vocablo utilizado como intermediador; sin embargo, también se le ubica con la expresión latina *interesse*, que indica interesar, es decir, representa la idea relativa a la cualidad de un bien que la hace importante o valiosa para alguien.

Esto ha propiciado que se desarrollen posturas voluntaristas y objetivistas sobre la comprensión del alcance de la locución interés; las primeras, le refieren como un acto meramente subjetivo producto de la expresión de la voluntad, un acto inteligente, un juicio de valor, una noción psicológica de la persona tendiente a la obtención de un bien que considera idóneo para la satisfacción de sus necesidades; las segundas, consideran dos elementos en su configuración: uno subjetivo (el ser humano) y otro objetivo (el bien), por lo que el interés es la posición favorable del individuo tendiente a la satisfacción de una necesidad, con especial referencia al bien y su cualidad, sin considerar al interés como un juicio de naturaleza subjetiva.⁹

Empero, con independencia de la postura que se adopte, se puede vislumbrar que de entre las distintas y tan variadas relaciones sociales surgen bienes, sean vitales o no, conforme al origen de los mismos, pero que la sociedad los califica como valiosos y que esto genera la necesidad de su tutela, siendo el interés la exigencia o reclamo de la misma, mediante el despliegue de una conducta proteccionista o prestacional a cargo de un sujeto obligado y en favor de una o varias personas, lo cual tendrá el carácter de jurídico, sólo y únicamente cuando así lo reconozca la norma legal.

Por esto, los derechos humanos (los cuales se trasmutarán en derechos fundamentales cuando exista su reconocimiento jurídico), cuya atención se centra en la exigencia de satisfacción de las necesidades vitales del ser humano, son reclamos éticos y estimativos que aparecen como derechos morales, los cuales se presentan en forma meta-normativa positiva y cuyo fundamento se encuentra en la dignidad¹⁰ (atributo relativo a la autonomía humana, racional, libre y autoconsciente, por lo mismo responsable) del ser humano (ser animado y racional). La dignidad es inviolable y predica la tolerancia, la solidaridad, y otorga al hombre (como especie) la posibilidad de realizar su finalidad, su destino y alcanzar la plenitud de su propia esencia, individual y colectiva, ya que la sociabilidad de la persona humana tiene su origen en su propia naturaleza, mediante el logro de un equilibrio prudencial. Esto es, con una inferencia claramente tomista y de fray Bartolomé de las Casas, como Beuchot informa que las necesidades e inclinaciones básicas del ser humano son las que engendran los derechos humanos, toda vez que de su animalidad, como parte de la naturaleza humana, surge la necesidad de una vida material, corpórea, vegetativa y sensitiva, cargada de eticidad que implica exigencias morales y también engendra derechos (como el derecho a la vida, que genera además los relativos a la alimentación, a la salud, a la vivienda, al

⁹Cfr. María del Pilar Hernández Martínez, *Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos*, México, UNAM, 1997, pp. 48 y 49.

¹⁰Tesis I.5o.C. J/30 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro I, tomo 3 octubre de 2011, p. 1528; Tesis P LXV/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXX, diciembre de 2009, p. 8.

trabajo y a un salario remunerador, y todos los demás de orden material necesarios para la preservación y desarrollo); así como por la racionalidad del ser humano se originan derechos humanos relativos a la libertad en todas sus acepciones, al acceso, desarrollo y uso del conocimiento y de su voluntad (como el derecho cultural, religioso, y ejercer su crítica), así como el de la sociabilidad humana.¹¹ Estos derechos, al ser positivados es como jurídicamente existen en su concepción de derechos fundamentales, pues su fundamento no se puede encontrar en principios éticos, porque no son derecho, sino hasta que la norma positiva les reconozca y garantice decretando su regulación.

Así es como se puede comprender la existencia de diversos intereses del ser humano, sean tutelados o no jurídicamente, sea en forma sustancial como adjetiva, ya que para concebirles jurídicamente se requiere que tal necesidad que le genere sea relevante para el orden legal, toda vez que en caso contrario sólo encontraremos un interés simple que no requiere de ese reconocimiento jurídico, pues su observancia no genera ningún beneficio personal para el interesado, ni su afectación trasciende de forma alguna a su esfera legal.¹² Estos intereses simples o irrelevantes para el derecho, en muchas de las ocasiones, se encuentran auspiciados por motivos de conveniencia social o por razones de naturaleza eminentemente moral, así como por otras de índole económica o proveniente de la interacción social, sin que alguna de ellas sea reconocida legalmente y dotada de la potestad de repetir jurisdiccionalmente ante su infracción.

El interés jurídico

Sobre el alcance del interés jurídico, la doctrina le ha identificado con el derecho subjetivo de los gobernados, pues los reclamos de las necesidades juegan un papel esencial en la creación del derecho, y en tanto esas necesidades sean de orden vital para el ser humano, pueden tales intereses identificarse con los derechos fundamentales de las personas, sin perjuicio de la existencia de otros intereses que, sin ser precisamente de esta índole, merecen protección jurisdiccional, como es el interés legítimo.¹³

Las exigencias de las necesidades vitales jurídicamente reconocidas resultan ser los derechos fundamentales de los gobernados, sean sustantivos o adjetivos, pues sólo así podrán ser motivo de pretensión en juicio, por lo que todo interés tutelado legalmente se instituye con la calidad de jurídico, y en consecuencia, ese interés contiene un derecho resguardado o garantizado normativamente en favor de una persona, la cual, ante su infracción, tiene la potestad de repetición ante la instancia jurisdiccional competente para que se provea lo conducente a su apreciación jurídica y, en su caso, a

¹¹Cfr. Mauricio Beuchot, *Filosofía y derechos humanos (Los derechos humanos y su fundamentación filosófica)*, México, Siglo XXI Editores, 1993, pp. 27 y ss.

¹²Tesis 1a. XLIII/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XVII, tomo 1 febrero de 2013, p. 822.

¹³Véase Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Juicio de Amparo y Derecho Procesal Constitucional*, República Dominicana, Finjus, 2010, p. 291; Carlos Pérez Vázquez, *Necesidades, intereses y jueces*, 1a. ed., México, UNAM, 2006, pp. 2 y 15.

restablecer la regularidad normativa con todas sus consecuencias previstas en la norma legal, y así se decreta jurisdiccionalmente la existencia de ese derecho.

Esto lo confirma la prescripción legal contenida en el artículo 1° del Código Federal de Procedimientos Civiles, en donde se precisa la condición requerida relativa al reconocimiento legal de todo interés o derecho (por este reconocimiento) para ser exigible en juicio, sea que se intervenga en él como actor o demandado, esgrimiendo demanda o formulando excepciones, pues en caso de que ese interés sea colectivo, difuso o reflejo, esta regla no es la que se requiere acreditar, sino la relativa a la autorización legal de ocurrir a juicio, aunque no se acredite interés jurídico alguno, sino sólo la existencia de un agravio y un interés sobre la acción; esto es, un interés legítimo para abrir la instancia jurisdiccional.

El interés jurídico, entonces, se encuentra constituido por un derecho fundamental protegido por la norma legal y la potestad de exigencia a su tutela jurisdiccional en favor de una persona, ante la transgresión del mismo, sea por su vulneración o por el desconocimiento del mismo, atribuida a alguna autoridad del Estado o persona privada, física o colectiva. Para esto se debe tomar en cuenta el grado de su acreditación con atención al estadio procesal del juicio que se impetre, pues el actor, al presentar su demanda, lo puede acreditar en forma indiciaria y no de manera plena y directa,¹⁴ cuestión que sí debe acontecer en el periodo probatorio del proceso judicial, toda vez que en caso de que dicho interés no se encuentre acreditado al momento de dictarse la sentencia, el sentido de la misma será en su perjuicio, siempre que en el caso el accionante no hubiera acudido a juicio con base en un interés legítimo.

Los derechos humanos

La noción de los derechos humanos está sujeta a diversas percepciones que hace difícil la tarea de su definición, pues encontramos que, como señala Atienza, en ocasiones ese contenido se utiliza en forma emotiva o justificante (que incluso puede incidir en un planteamiento ideológico), con una apreciación reivindicatoria, y en otras como normas jurídicas positivas de orden fundamental instituidos en la Carta Magna, así como, en unas más, como principios esenciales e inclusive como postulados éticos.¹⁵ Además, para ciertas posturas, como lo informa Cortina, su percepción jurídica se centra solamente en ser un discurso justificante de la forma moderna de comunidad política (Estado nacional) y el fundamento exigido para su evolución hacia una República Universal,¹⁶ aunado a la versión que se dirige a considerarles como justificantes del Estado democrático occidental y su régimen de protección patrimonialista, y otra

¹⁴Tesis VI.2o.C. J/230, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XX, diciembre de 2004, p. 1221.

¹⁵Cfr. Manuel Atienza, *El sentido del derecho*, 2a. ed., 1a. reimp. España, Ariel, 2003, pp. 208 y ss.

¹⁶Cfr. Adela Cortina, "Derechos Humanos y discurso político", en Graciano González R. Arnaiz (coord.), *Derechos Humanos*, España, Tecnos, 1993, p. 37.

más radical a la que se refiere Atienza,¹⁷ precisa su negación, como ocurre con la tendencia del *jusmarxismo*, ya que para ella los derechos humanos sólo son una ideología burguesa por su índole patrimonialista individualista, la cual tiende a desaparecer al arribar la sociedad al estadio comunista, ya que su premisa fundamental es que desaparece el Estado y el derecho burgués. En este sentido los derechos humanos se perciben en un grado de profundización colectiva en atención a su clave económica, sin disfrazar la explotación capitalista y se otorga a esa apreciación ideológica una apariencia de relaciones presididas por la libertad y la igualdad.

En el constitucionalismo mexicano se ubica con singular importancia la prevención formulada en el artículo 5° del Acta Constitutiva y de Reformas sancionada por el Congreso Extraordinario Constituyente de los Estados Unidos Mexicanos el 18 de mayo de 1847, jurada y promulgada el 21 de ese mismo mes y año, pues aquí se reconocen los derechos humanos —de libertad, seguridad, propiedad, igualdad—, así como a sus garantías para hacerlas efectivas. Los artículos 1°, 2° y 10 del proyecto de Constitución Federal del 16 de junio de 1856, cuya equivalencia se encuentra en los numerales 1°, 2° y 12 de la Constitución Política de la República Mexicana promulgada el 5 de febrero de 1857, refieren al reconocimiento de los derechos del hombre por parte del pueblo mexicano, los cuales, al ser base y objeto de las instituciones sociales, todas las leyes y autoridades se encuentran obligadas a respetar y defender las garantías normativas con que se invisten y que otorga la Constitución. De esto resulta notable que la previsión de los derechos humanos se encuentra a título de normas meta-constitucionales de naturaleza *iusnaturalista* que no requieren reconocimiento del derecho positivo porque son parte inherente del propio ser humano, pero sí lo requieren las garantías con que se invisten esos derechos humanos para su protección y que otorga la Constitución, donde se percibe aquí la manufactura *iuspositivista* de esas garantías para obligar a las autoridades e imponer a toda disposición legal el deber de su respeto y defensa, además de que decreta la igualdad (similitud) jurídica de los habitantes del país, sin distinción de clases (estrato económico), ni de origen (estrato de linaje o estamento), ni de sumisión por equiparación a mercancía (esclavitud), calidad esta última que no se reconoce y que incluso por el solo hecho de ingresar a territorio nacional por quien en otro país la tuviera, esta condición se pierde y el individuo recobra su libertad, para lo cual las leyes están prestas para que les protejan en contra de este ominoso estigma.

El giro dado por la denominada Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos promulgada el 5 de febrero de 1917 fue de 360 grados, pues en su artículo 1° —de corte eminentemente *iuspositivista*—, se condensaron en un solo concepto los derechos humanos y las garantías normativas para considerarlas como sinónimos; derechos subjetivos otorgados a los individuos por el derecho objetivo positivo de orden constitucional, con lo cual puso de nueva cuenta en la palestra la vieja discusión de si las personas morales también podían gozar de esas garantías, identificadas por la interpretación a ese ordenamiento con los derechos humanos. esto propició resurgir el

¹⁷Cfr. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Marxismo y filosofía del derecho*, México, Fontamara, 1993, pp. 24 y ss.

argumento de Vallarta¹⁸ sobre el reconocimiento de las personas morales en la calidad de gobernados, por el grado de equiparación normativa existente entre personas físicas y morales, en atención al sustrato de voluntad implícito individual para las físicas y colectivo para las morales, así como por su posición de supra a subordinación ante las autoridades del Estado.

Sin embargo, existe otra percepción sobre los derechos humanos, visualizada desde la óptica de un positivismo jurídico, como es la que planteó Jellinek con base en una estructura ecléctica sobre los derechos subjetivos, a los cuales consideró como un interés tutelado por la ley, mediante el reconocimiento de la voluntad individual y que se pueden observar como derechos subjetivos individuales (derechos personales o de crédito y reales) o como derechos subjetivos públicos (derecho de libertad, derecho de petición y derechos políticos), así como la percepción de estos últimos como integrados en el estatus del sujeto; es decir, son la suma de facultades que las personas tienen frente al poder público y que representan una serie de limitaciones que el propio Estado se impone a sí mismo.¹⁹ Jellinek señala que la libertad es una cualidad innata del ser humano y que el Estado es ajeno a su creación, porque, indica, esta libertad es una de hecho y no un derecho, como erróneamente el derecho natural lo ha considerado, pues cuando el Estado interviene en su reconocimiento se autolimita a sí mismo y regula su ejercicio para que sea compatible con el interés general, y es aquí cuando puede concebirse como un derecho inherente al propio ser humano, el que, para su protección, en su gama integral (vida, libertad propiamente dicha y propiedad), es para lo cual se funda el Estado con la obligación primordial de defenderlos y se declaran solemnemente en la norma jurídica positiva. Hoy en día se puede afirmar que la ley asegura al individuo una esfera jurídica firme y que las instituciones públicas descansan sobre la convicción de que hay un derecho de las personas frente al poder soberano del Estado.²⁰

Por otro lado, la postura sincrética de la esencia de los derechos humanos toma vigor con la apreciación de Peces-Barba, quien refiere que de algún modo los derechos subjetivos esencialmente son la versión positiva de los derechos naturales, pero que ambos tienen en común el mismo marco cultural antropocéntrico, por lo que prefiere denominar a los derechos humanos como derechos fundamentales, sin considerar en este concepto tendencia positivista o naturalista alguna, sino sincrética, ya que su concepción resulta más precisa que la expresión derechos humanos. A efecto de evitar el lastre de ambigüedad que éste supone, así como porque abarca las dos dimensiones en que aparecen los derechos humanos, sin incurrir en reduccionismos *iuspositivistas* o *iusnaturalistas*, ya que los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad como una juridicidad básicas, o dicho de otra forma, la formulación de ese concepto no toma en cuenta su dimensión jurídico-positiva que las tradiciones lingüísticas de los juristas le atribuyen vinculándole a su reconocimiento legal, y es más

¹⁸Cfr. Ignacio L. Vallarta, *El Juicio de Amparo y el Writ of Habeas Corpus*, 3a. ed., México, Porrúa, 1980, pp. 109 y 110.

¹⁹Citado por Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, 31a. ed., México, Porrúa, 1980, pp. 191 y 201.

²⁰Cfr. Georg Jellinek, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, 2a. ed., México, UNAM, 2003, pp. 126-141.

adecuada porque el término derechos subjetivos públicos o libertades públicas pueden perder de vista la dimensión moral de esos derechos humanos, y ceñir la estipulación del sentido sólo a la faceta de pertenencia al ordenamiento jurídico positivo.²¹

Actualmente en México, conforme a la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, cabe la reflexión sobre lo dispuesto por el artículo 1° de la Carta Magna, ya que su redacción indica diversas posturas que confluyen en ese mismo texto normativo, pues claramente se reconoce la existencia de los derechos humanos y de sus garantías, sin confusión entre ambos, pues con la redacción normativa con que se inviste el artículo 1° constitucional en mención, aparecen los derechos humanos en sí como categorías jurídicas y no como simples enunciados éticos, en forma anterior a la norma constitucional, pues ese precepto legal claramente señala que los *derechos humanos* son reconocidos en la Constitución y por los tratados internacionales. Esto es, ¿los derechos humanos son preexistentes como tales a la señalada Constitución, que sólo les reconoce y garantiza?, pues sólo se reconoce lo ya existente, cuestión que evoca a la teoría de la escuela histórica que postula la existencia anterior de los derechos subjetivos al orden jurídico estatal, el cual sólo en una etapa posterior fue sobreañadido con el propósito de sancionar y proteger a los derechos subjetivos, pues el orden jurídico garantiza y configura a los derechos subjetivos, pero no los crea.²² Aunque aquí también puede interpretarse como una precisión legislativa que pretende transitar por la vertiente de un *juspositivismo* atenuado o *garantismo* —siendo Luigi Ferrajoli uno de sus principales exponentes—, en donde el objeto de estudio es el proceso de creación de la ley positiva y su aplicación con todas las implicaciones que esto acarrea, pero lo novedoso es que esta tendencia reconoce de una u otra forma la presencia de los derechos humanos como una subclase de los derechos fundamentales. Recordemos que en el positivismo jurídico tales normas de derecho natural sólo tendrán la calidad de jurídicas una vez que sean incorporadas a la ley positiva, ya que, como señala Austin, los derechos humanos forman parte de las normas sociales que influyen en el derecho, pero no son derecho,²³ garantizados frente a las autoridades del Estado y de los particulares mediante normas legales positivas que imponen un régimen jurídico de hacer o no hacer, prohibiciones u obligaciones, para que el titular de estas prerrogativas positivadas por su reconocimiento o incorporación en la ley se encuentren tuteladas positivamente y su ejercicio garantizado dentro de esos límites.²⁴ Empero, en tal dispositivo constitucional también se puede ubicar el reconocimiento de un orden jurídico supra-normativo positivo, toda vez que refiere a un contenido normativo de derecho natural, en donde existe el sistema de los derechos humanos como entidades preceptivas de orden jurídico en sí y por sí, distinto al orden normativo positivo estatal, que sólo reconoce y garantiza algunos

²¹ Cfr. Gregorio Peces-Barba Martínez, *Curso de derechos fundamentales, teoría general*, 1a. reimp., España, Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1999, pp. 27-37.

²² Véase Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, 2a. reimp. 2a. ed., México, UNAM, 1979, pp. 91 y 92.

²³ Citado por Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 1a. ed., España, Tecnos, 2005, p. 59.

²⁴ Véase Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, 2a. ed., España, Trotta, 2010, pp. 42 y 43; Luigi Ferrajoli, *Garantismo, una discusión sobre derecho y democracia*, 1a. ed., España, Trotta, 2006, pp. 36 y 42.

de ellos, quizá los más elementales, sin que en este ejercicio se agote la gama de dichos derechos humanos. También puede relacionarse lo dispuesto por este numeral constitucional con la percepción de un formalismo positivista que reclama como derechos humanos sólo a los contenidos éticos que se incorporan a la norma positiva estatal, sin que por ello se puedan reconocer como tales a otros que no se encuentren agregados a la norma jurídica positiva, que dejan de ser meras cuestiones éticas para adquirir por ese reconocimiento estatal el estatus de norma jurídica, con el establecimiento de un mandato que implica la realización o no de determinada conducta, a efecto de regular la misma mediante el establecimiento de un acto coercitivo, como se deduce del tercer párrafo del mencionado artículo 1º constitucional.²⁵ Con todo queda de manifiesto la diversidad de tendencias que convergen en nuestro marco constitucional y también la posibilidad manifiesta de un ejercicio interpretativo matizado por la corriente jurídica que se adopte en cada caso, ante lo cual los órganos judiciales en su labor interpretativa y creativa del derecho deberán decidir cuál de estas tendencias será la adoptada por nuestro sistema jurídico en forma uniforme, atendiendo al principio *pro homine* estatuido por el segundo párrafo del señalado artículo 1º constitucional.

Por último, el reconocimiento de los derechos humanos en la Constitución y en instrumentos normativos internacionales (tratados y convenciones) hace que exista la tendencia a ubicar los derechos humanos en el *bloque constitucional* a los reconocidos por la Constitución, así como en el *bloque internacional de convencionalidad* a los reconocidos en esos tratados o convenciones internacionales. Esto puede abrir la posibilidad de coincidir en un caso concreto la aplicabilidad de un derecho humano previsto en ambos tipos de cuerpos normativos, lo cual aparentemente hace surgir un conflicto de normas que debe ser dirimido bajo la consideración de que ambos integran un bloque unitario de derechos humanos con las protecciones normativas y adjetivas que otorga la Constitución, y que la interpretación de uno u otro debe ser mediante el principio de *interpretación conforme a la Constitución*, así como que la aplicación de uno u otro debe atender al principio *pro homine* para definir cuál debe ser individualizado al caso concreto. De este modo, si un derecho humano se encuentra previsto en la Constitución y su ámbito facultativo es similar al estatuido en el señalado instrumento internacional, resulta *innecesario aplicar la norma de fuente internacional cuando la de origen interno es constitucionalmente suficiente para establecer un sentido protector del derecho fundamental respectivo*.²⁶ Pero, en caso de que ocurra lo contrario, esto es, que la norma internacional consagre un derecho humano con mayor amplitud en su ejercicio, o bien cuando ese derecho humano sólo se reconozca expresamente en esa normatividad y no así en la de derecho interno (Constitución), por virtud de los señalados principios y en atención al propio mandato constitucional previsto en sus numerales 1º y 133, deberá optarse por la establecida convencionalmente, en acato al principio de supremacía constitucional, ya que es la propia Constitución la que manda esta situación.

²⁵Véase Hans Kelsen, *op. cit.*, pp. 144 y 145.

²⁶Tesis I.3º.PJ/1 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XX, mayo de 2013, p. 1221.

Noción

Por esto, encontramos la justificación del rechazo o repudio a la manipulación de la voluntad humana, así como a la esclavitud y discriminación. La dignidad del ser humano se cimienta en el reconocimiento a su autonomía y libertad que ostenta en atención a su calidad racional y determinación ética, lo cual resulta de una apreciación de sí mismo en referencia a sus semejantes para negar cualquier forma de usurpación de su voluntad en relación con la autonomía que ésta reviste, por lo que no puede ser un instrumento más que de sí mismo, sin nulificar su esencia humana, por lo que el respeto se finca en el reconocimiento mutuo entre los seres humanos de estas cualidades como principio rector y fundante de los derechos humanos.

Sin embargo, el trayecto para el debido e integral reconocimiento social de la dignidad humana ha sido lento y doloroso pero progresivo, sin dejar lugar para retrotraerse en demérito de los alcances obtenidos. La esclavitud, antinomia de la dignidad humana, es reprobada y proscrita unánimemente en todas las precisiones normativas del orbe, aunque subsistan algunos resabios en las prácticas sociales sectarias que deben ser abatidas en su totalidad, como lo previene actualmente el nuevo párrafo tercero del artículo 1º constitucional creado por la adición ordenada en el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, que establece a cargo de todas las autoridades (federales, locales, de la Ciudad de México, municipales, de naturaleza administrativa, legislativa o jurisdiccional), la obligación, dentro del ámbito de su respectiva competencia, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

Entonces, los derechos humanos (los cuales se trasmutarán en derechos fundamentales cuando exista su reconocimiento jurídico) cuya atención se centra en la exigencia de satisfacción de las necesidades vitales del ser humano, son reclamos éticos y estimativos que originalmente aparecen como derechos morales. Éstos se presentan en forma meta-normativa positiva y su fundamento se encuentra en la dignidad²⁷ (atributo relativo a la autonomía humana, racional, libre y autoconsciente, por lo mismo responsable) del ser humano (ser animado y racional), la cual es inviolable y predica la tolerancia, la solidaridad. Asimismo otorga al hombre (como especie) la posibilidad de realizar su finalidad, su destino y alcanzar la plenitud de su propia esencia, individual y colectiva, ya que la sociabilidad de la persona humana tiene su origen en su propia naturaleza mediante el logro de un equilibrio prudencial manifestado en la norma jurídica para surgir como derechos fundamentales.

La esclavitud

El término esclavitud se refiere a la condición de esclavo que presenta una persona, y la percepción del significado de la voz esclavo resulta complicada por virtud de las

²⁷Tesis de jurisprudencia I.5o.C. J/30 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro I, tomo 3, octubre de 2011, p. 1528.

diferentes apreciaciones etimológicas existentes, aunque podemos referirla al vocablo latín *sclavus*, relativa a la identidad de un pueblo, como es el eslavo, el cual en la Edad Media cayó bajo el dominio del Sacro Imperio Romano-Germánico, con la precisión de que tal calidad impuso a los esclavos la negación de su calidad de seres humanos, por tanto de persona o sujeto de derecho, para asignarle un estatus de objeto y, por ende, susceptible de que se ejerza sobre él derecho de dominio, en específico el de propiedad. Por esto, puede decirse que la esclavitud es, en esencia, el dominio del hombre por el hombre, hasta reducir al dominado a una calidad equiparable de cosa u objeto, en forma tal que se puede disponer de él en forma ilimitada por virtud de ese acto de dominio que se ejerce y que aniquila cualquier ápice de dignidad del ser humano sometido a esa condición.

En la antigüedad la esclavitud fue inscrita en el derecho de gentes de los pueblos y por ello su práctica fue aceptada como jurídicamente válida, lo cual en la actualidad resulta totalmente inaceptable.

En efecto, el párrafo cuarto del artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos proscribía la esclavitud en México. El fin de dicho precepto consiste en garantizar la libertad del individuo de cualquier intento de imponer sobre su persona todo tipo de servidumbre o poder ilimitado que implique que estos sujetos queden reducidos a servidumbre o esclavitud.

La perspectiva internacional de la esclavitud ha sido unánime en su abolición y prohibición. Fue en el punto 1 del artículo 1° de la Convención sobre la Esclavitud firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926, donde se definió que: “La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”.

Así, las convenciones de Ginebra adoptadas el 25 de septiembre de 1926, el artículo 4° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el similar 8° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre proclamada el 2 de mayo de 1948, y particularmente los artículos 1° y 6° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969, comúnmente conocida como “Pacto de San José”, lo avalan.

Especial mención tiene la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1956, que además de reiterar la prohibición a la esclavitud y su comercio, también hace lo conducente para las prácticas análogas a la misma, como son la servidumbre por deudas y por gleba (condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición), así como para cualquier otra forma de servidumbre para mujeres y niños, que implique pérdida o menoscabo de la libertad personal.

La esclavitud se califica como delito de lesa humanidad, como se observa en lo dispuesto por el artículo 7° del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, como política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política, y no cuando se cometan en forma aislada.²⁸

En la actualidad, este flagelo se ha observado con mayor incidencia en la trata de personas, cuya regulación punitiva nacional se observa en lo dispuesto por la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de junio de 2012, en donde se definen los casos en que se presentan las condiciones de vulnerabilidad de la víctima de los delitos previstos en este cuerpo de leyes (artículo 4° fracción XVII), y se tipifican los delitos que regula, como ocurre con la esclavitud, previsto en su numeral 11, a la que define como “el dominio de una persona sobre otra, dejándola sin capacidad de disponer libremente de su propia persona ni de sus bienes y se ejerciten sobre ella, de hecho, atributos del derecho de propiedad”, con las técnicas de investigación y medidas de protección a la víctima de estos delitos, así como con la previsión de políticas de prevención de estas conductas punitivas, entre otras cuestiones importantes que ofrece esta legislación.

Antecedentes nacionales

En el devenir histórico de la esclavitud en nuestro suelo patrio toma relieve lo acontecido posteriormente a la consumación de la conquista del Valle de Anáhuac, pues aquí floreció el esclavismo en la Nueva España, en ocasiones tamizada por formas jurídicas que se implementaron para fomentar la productividad de la naciente propiedad privada, originada en las donaciones de las tierras de los pueblos étnicos originarios del suelo conquistado hecha por la Corona española a Hernán Cortés y a sus soldados, como fue la encomienda, institución que tras el velo de la cristianización con que fundamentó su existencia, realmente fue la mejor forma de disposición y sometimiento de las personas pertenecientes a las etnias dominadas por la conquista española.

Sobre este aspecto, Jorge Sayeg Helú señala que, en efecto, la propiedad privada en la Nueva España parece encontrarse en las donaciones espléndidas hechas por la Corona española a Hernán Cortés y a muchos soldados, como premio a sus servicios prestados, y que habrían de traducirse en la formación de los grandes latifundios novohispanos, disponiéndose aun de las tierras de los pueblos de los indios. Se instituyeron también las tristemente célebres encomiendas, por las cuales, como su mismo nombre lo indica, se encomendaban a los españoles, indios destinados a tributarles y servirles, bajo el pretexto del buen tratamiento de sus personas y de recibir la fe cris-

²⁸Tesis 1a. X/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro V, tomo 1, febrero de 2012, p. 650.

tiana. El poder político y económico en la Nueva España fue patente de los españoles peninsulares, generando profundas diferencias sociales y étnicas que habría de darle uno de sus títulos negativos máximos “el país de la desigualdad”, como bien lo afirmara el ilustre barón de Humboldt, ya que hubo de construir una de las más monstruosas desigualdades sociales que registra la historia universal, pues bajo el poder absoluto de los españoles peninsulares que constituían una décima parte de la población total, los indios y las castas, que comprendían las otras nueve décimas partes de la población restante, eran quienes les servían a través del cultivo de la tierra, explotación de las minas o con su trabajo personal, y nada poseían a pesar de una legislación protectora de indudable excelencia teórica: las Leyes de Indias, que chocaron, sin embargo, con la discriminación social imperante.²⁹

Tan es así, que en la gesta del movimiento independentista destaca el Bando expedido por Miguel Hidalgo y Costilla el 6 de diciembre de 1810, que en su artículo 1° declaró que a todos los esclavos deberían darles la libertad dentro del término de 10 días, so pena de muerte en caso de incumplimiento a lo ahí ordenado, con referencia no tan sólo a esa calidad en específico, sino también a todas aquellas otras formas de prácticas esclavistas. También, para Ignacio López Rayón fue preocupación la esclavitud, por lo cual estatuyó la declaración a su proscripción absoluta en su numeral 24 de sus Elementos Constitucionales dictados en 1811.

La Constitución de la Monarquía Española, dada el 19 de marzo de 1812, comúnmente conocida como la Constitución de Cádiz, que rigió durante el periodo de los movimientos preparatorios a la emancipación de México y que influyó en la elaboración de varios de nuestros instrumentos de orden constitucional, aunque proclamó la igualdad jurídica de los españoles, reconoció la existencia de la esclavitud al tenor de lo dispuesto por su artículo 5°, que estatuyó quiénes eran españoles, pues refiere en su apartado primero que lo serán todos los hombres libres nacidos y avecindados en los dominios de las Españas y los hijos de éstos, y en el cuarto de sus apartados señala que serán españoles los libertos desde que adquieran la libertad en las Españas, con lo cual se sobreentiende la existencia de la esclavitud durante esa época en la Nueva España.

Estos documentos influyeron en la idea de José María Morelos y Pavón para formular los Sentimientos de la Nación del 14 de septiembre de 1813 que, en su artículo 15, decretó la proscripción por siempre de la esclavitud, así como la distinción de castas para declarar a todos iguales, considerando al vicio y la virtud como la única distinción entre un americano de otro. Tanto la Constitución para la Libertad de la América mexicana, sancionada en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, como la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824 y las Leyes Constitucionales de 1836, consagraron la igualdad jurídica de los mexicanos.

El proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de 1842 diseñó un apartado relativo a las Garantías Individuales dentro del cual se estableció en el artículo 7°, en su fracción I, la proscripción de la esclavitud en el territorio de la República.

²⁹Jorge Sayeg Helú, *Introducción a la historia constitucional de México*, 1a. reimp., México, UNAM, 1983, pp. 13 y 14.

En similar tendencia se presentó el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, del 15 de mayo de 1856, al señalar un apartado de las Garantías Individuales, pero con una clasificación de éstas en orden a la libertad, seguridad, propiedad e igualdad, prohibiendo en su artículo 31 la esclavitud en la República, así como cualquier distinción, sea civil o política, por razones de nacimiento, origen o raza, según se observa en lo dispuesto por su arábigo 73.

También la Constitución Política de la República de 1857 ordenó en su artículo 2º, en su apartado sobre los derechos del hombre, que en la República todos nacen libres y que los esclavos que pisen el territorio nacional recobrarán, por ese solo hecho, su libertad.

En el Segundo Imperio, Maximiliano decretó, el 1º de noviembre de 1865, con similar redacción utilizada por el anterior ordenamiento, la abolición de la esclavitud en México, como se aprecia del artículo 2º de las Garantías Individuales de los Habitantes del Imperio.

Por último, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, como se ha señalado, también se estatuye la proscripción de la esclavitud, lo cual, aunque podría parecer en la actualidad fuera de contexto histórico —pues prácticamente la esclavitud, como institución jurídica, ha sido suprimida en las legislaciones de la República y de todos los países del mundo—, su inserción constitucional no es estéril, toda vez que en prácticas sociales parciales podríamos encontrarle en forma material o equivalentes e incluso, auspiciadas por motivo de unas mal entendidas prácticas de usos y costumbres, así como por la posibilidad existente de la instauración de gobiernos absolutistas que no escapan a la tentación de volver a instaurar su vigencia.

El esclavo extranjero en la República Mexicana

El derecho humano a la libertad en todas sus manifestaciones fortalece la postura relativa a la abolición y proscripción de la esclavitud en el territorio del Estado mexicano como garantía individual de los gobernados, cuestión que trajo como consecuencia establecerlo en los ordenamientos supremos de México, como hasta la fecha en el vigente de 1917, que en el cuarto párrafo de su artículo 1º extiende esta seguridad a las personas que en su país de origen tuvieran la calidad de esclavo, al disponer que por el solo hecho de que ingrese al territorio nacional (comprendido como ámbito espacial) obtiene su libertad, *ipso facto*, sin necesidad de requisito, trámite, procedimiento o declaratoria alguna, así como la protección de las leyes de México. Esto, complementado con la prohibición para el Estado mexicano para suscribir tratados internacionales de extradición de personas que en el país de su origen tengan la calidad de esclavos, como se desprende de lo dispuesto por el artículo 15, y que tampoco una persona se puede someter voluntariamente a este régimen, como lo señala el artículo 5º, ambos de la Constitución Federal.

Por último, cabe señalar que tal ordenanza también la ubicamos en el plano convencional, pues el artículo 4º de la Convención Suplementaria sobre la Abolición de

la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1956, sólo que referida a un buque de un Estado Parte en la Convención, ya que todo esclavo que se refugie a bordo de cualquier navío con esa insignia quedará libre *ipso facto*. Esta cuestión, sin perjuicio del carácter ficto que tiene la nacionalidad de las cosas, como los buques, navíos o embarcaciones, pues en México la atribución de la nacionalidad a los barcos tiene trascendencia excepcional conforme al artículo 30 inciso a) fracción IV de la Constitución Federal, por considerarles implícitamente como una extensión del territorio nacional.

Bibliografía

- ATIENZA, Manuel y Juan Ruiz Manero, *Marxismo y filosofía del derecho*, 1a. ed., México, Fontamara, 1993.
- , *El sentido del derecho*, 1a. reimp. 2a. ed., España, Ariel, 2003.
- BEUCHOT, Mauricio, *Filosofía y derechos humanos (Los derechos humanos y su fundamentación filosófica)*, 1a. ed., México, Siglo XXI Editores, 1993.
- Biblia, antigua versión de Casiodoro de Reina (1569), revisada por Cipriano de Valera (1602), revisión de 1960 con referencias y concordancias, Mundo Hispano.
- CORTINA, Adela, “Derechos humanos y discurso político”, en Graciano González R. Arnaiz (coord.), *Derechos humanos*, 1a. ed., España, Tecnos, 1993.
- FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo, una discusión sobre derecho y democracia*, 1a. ed., España, Trotta, 2006.
- , *Democracia y garantismo*, 2a. ed., España, Trotta, 2010.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Juicio de Amparo y Derecho Procesal Constitucional*, 1a. ed., República Dominicana, Finjus, 2010.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Filosofía del derecho*, 8a. ed., México, Porrúa, 1996.
- , *Introducción al estudio del derecho*, 31a. ed., México, Porrúa, 1980.
- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar, *Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos*, 1a. ed., México, UNAM, 1997.
- JELLINEK, Georg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, 2a. ed., México, UNAM, 2003.
- KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, 2a. reimp. 2a. ed., México, UNAM, 1979.
- , *¿Qué es la Justicia?*, 22a. reimp. 1a. ed., México, Fontamara, 2009.
- OTERO PARGA, Milagros, *Valores constitucionales. Introducción a la filosofía del derecho: axiología jurídica*, 2a. ed., México, Universidad Autónoma del Estado de México/Universidad de Santiago de Compostela, 2001.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales, teoría general*, 1a. reimp., España, Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid/Boletín Oficial del Estado, 1999.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 1a. ed., España, Tecnos, 2005.
- PÉREZ VÁZQUEZ, Carlos, *Necesidades, intereses y jueces*, 1a. ed., México, UNAM, 2006.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 13a. ed., México, Porrúa, 1998.

SAYEG HELÚ, Jorge, *Introducción a la historia constitucional de México*, 1a. reimp., México, UNAM, 1983.

TERÁN MATA, Juan Manuel, *Filosofía del derecho*, 13a. ed., México, Porrúa, 1996.

VALLARTA IGNACIO, L., *El Juicio de Amparo y el Writ of Habeas Corpus*, 3a. ed., México, Porrúa, 1980.

VON IHERING, Rudolf, *La lucha por el derecho*, 1a. trad., México, Cajica, 1957.

Principio de igualdad y no discriminación en México

México es el país de la desigualdad. Acaso en ninguna parte la hay más espantosa en la distribución de fortunas, civilización, cultivo de la tierra y población... La capital y otras muchas ciudades tienen establecimientos científicos que se pueden comparar con los de Europa. La arquitectura de los edificios públicos y privados, la finura del ajuar de las mujeres, el aire de la sociedad; todo anuncia un extremo de esmero, que se contrapone extraordinariamente a la desnudez, ignorancia y rusticidad del populo. Esta inmensa desigualdad de fortunas no sólo se observa en la casta de los blancos (europeos o criollos), sino que igualmente se manifiesta entre los indígenas.

ALEXANDER VON HUMBOLDT

Ensayo político sobre el reino de la Nueva España (1822)

Introducción

Reconocer la importancia del principio de igualdad y no discriminación nos obliga a recordar que hace casi dos siglos el barón Alexander von Humboldt caracterizó a México como “el país de la desigualdad” y a reflexionar no solamente acerca del estado actual de esta temática, sino además de la evolución de su problemática.¹

Comenzamos con un análisis de la igualdad, en general, y de la igualdad *ante* la ley y *en* la ley, en particular;

¹Véase Imer B. Flores, “Igualdad, no discriminación (y políticas públicas): A propósito de la constitucionalidad o no del artículo 68 de la Ley General de Población”, en Carlos de la Torre Martínez (coord.), *El derecho a la no discriminación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2006, pp. 263-306; “El derecho a la igualdad en el derecho comparado: El caso de México”, en *La Constitucionalización de las sociedades contemporáneas*, Bogotá, Universidad Santo Tomás, 2007, pp. 99-130; “Democracia, justicia e igualdad en la jurisprudencia constitucional: *hermenia y politeia*”, en Manuel José Bernal García (ed.), *Derecho público y sociedad civil*, Boyacá, Universidad de Boyacá, 2009, pp. 123-144; “El derecho a la igualdad en México”, en *Rivista Diritto e Processo*, 2006-2009, número especial, junio, 2010, pp. 185-216; “Capítulo VII. Claroscuros de la jurisprudencia constitucional sobre derechos humanos: A propósito de un caso de (des)igualdad y proporcionalidad en México”, en Juan Vega Gómez (ed.), *Temas selectos de derecho internacional privado y de derechos humanos. Estudios en homenaje a Sonia Rodríguez Jiménez*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, pp. 151-183.

Sumario

Introducción	123
Igualdad	124
Prohibiciones	126
Principio de igualdad y no discriminación.....	133
Conclusión	138

continuamos con un estudio de las diferentes prohibiciones que como su complemento tienden a garantizar el derecho a la igualdad, con especial referencia al examen de la relación entre el principio de igualdad y no discriminación, y concluimos con una nota final.

Igualdad

Es ya un lugar común afirmar que la igualdad es una fórmula tan vacía (y por eso mismo celebrada), como la que concibe a la justicia como “la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo”, al definirla a partir de la noción aristotélica de justicia como el deber de tratar “igual a los iguales” y “desigual a los desiguales”, y por implicación el deber de no tratar “igual a los desiguales” y “desigual a los iguales”.²

Por su parte, Amartya Sen afirma que la cuestión central en el análisis y valoración de la igualdad es preguntar: ¿igualdad de *qué*? Y advierte que no hay un concepto unívoco de igualdad porque de una u otra forma todas las corrientes filosóficas-teóricas o posturas ético-normativas postulan igualdad de *algo*: “igualdad de *x*”.³ De esta manera, si bien todas las corrientes tienden a ser igualitarias en algún sentido, el problema es que por el mismo hecho el ser igualitario al demandar igualdad de una de las variables, implica forzosamente el ser no-igualitario con respecto a otra, con lo cual cada concepción al buscar alguna *igualdad central* acepta algún tipo de *desigualdad periférica*. En otras palabras, admite algún tipo de igualitarismo al mismo tiempo que rechaza otro.⁴

En este orden de ideas, claro está, como lo sentenció Douglas Rae, que no hay una igualdad sino muchas igualdades y que, en consecuencia, no hay una desigualdad sino muchas desigualdades.⁵ De igual forma, está claro, como lo señaló Michael Walzer, que no se trata de una “igualdad simple”, sino de una “igualdad compleja” que involucra una pluralidad de criterios distributivos, a saber: libre intercambio, mérito y necesidad, los cuales han dado lugar a lo que conocemos como las esferas de la justicia.⁶

Entonces la igualdad que es y debe ser garantizada para todos los seres humanos por igual es la igualdad jurídica en dignidad y en derechos o libertades. Esta igualdad puede adoptar dos formas distintas: 1) igualdad *ante* la ley, y 2) igualdad *en* la ley. La primera —como *igualdad formal*— garantiza que todos son o deben ser tratados de la misma manera con imparcialidad como destinatarios de las normas jurídicas, y la segunda —como *igualdad material*— requiere que el contenido de la ley sea ajustado para que todos gocen o puedan gozar de ella en igualdad de condiciones.

²Véase Aristóteles, *Ética nicomaquea*, trad. Antonio Gómez Robledo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, libro V, Capítulo III, p. 110. Véase también Peter Westen, “The Empty Idea of Equality”, en *Harvard Law Review*, vol. 95, núm. 3, 1982, pp. 537-596; y *Speaking Equality*, Princeton, Princeton University Press, 1990, y Ricardo A. Guibourg, “Igualdad y discriminación”, en *Doxa*, núm. 19, 1996, p. 89.

³Amartya Sen, *Inequality reexamined*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1992, p. xi y 12.

⁴*Ibid.*, pp. ix-x, y 19.

⁵Véase Douglas Rae, *Equalities*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1981.

⁶Véase Michael Walzer, *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, Nueva York, Basic Books, 1983, pp. 17 y 21 (hay versión en español: *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, trad. Heriberto Rubio, México, Fondo de Cultura Económica, 1993).

En pocas palabras, en un Estado constitucional y democrático de derecho la igualdad debe ser entre y para *todos*. No obstante, está clarísimo que los seres humanos no somos iguales en todo. Cabe recordar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, afirma en su artículo 1º: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Igualdad ante la ley

La igualdad *ante* la ley está estrechamente relacionada con la generalidad de la misma. Así, las leyes deben ser generales no sólo en su creación sino también en su aplicación, es decir las normas deben ser las mismas para todos por igual: ateos y creyentes, heterosexuales y homosexuales, hombres y mujeres, indígenas y no indígenas, nacionales y extranjeros, patrones y trabajadores, pobres y ricos... Este principio —como igualdad *ante* la ley— es conocido como *isonomía*, i.e. “igualdad en la norma”. Aunado a lo anterior, especialmente en las democracias, la igualdad de los derechos políticos o libertades públicas, en general, es equiparada con *isopoliteia*, es decir “igualdad en la comunidad política”; y el derecho o libertad de expresión, en particular, es identificado con *isegoría*, esto es “igualdad en el ágora”.

Al respecto, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a partir de la reforma en materia de derechos humanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF), del 10 de junio de 2011, en su artículo 1º, afirma:

Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

A su vez, el primer párrafo del artículo 4º de la misma asegura: “El varón y la mujer son iguales ante la ley”. Sin embargo, la propia Constitución asevera que tanto los derechos de petición en materia política (artículo 8º) y de asociación o reunión (artículo 9º) quedan reservados a los ciudadanos de la República, con lo cual exceptúa a los extranjeros. Aunado a lo anterior, el numeral 33 asienta, en su primer párrafo, que las personas extranjeras: “gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución”, pero, en el ahora párrafo tercero, otrora segundo, reitera: “Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país”.

Igualdad en la ley

La igualdad *en* la ley, aun cuando también está relacionada con la generalidad de la ley, introduce una excepción a la regla general, al considerar que para garantizar

la igualdad no basta con aplicar la ley (exactamente igual) a todos por igual. Es decir, en algunas ocasiones está justificado ajustar el contenido de la misma en beneficio de los miembros desaventajados de la sociedad, tal y como lo sugirió John Rawls con el principio de diferencia,⁷ para que todos puedan gozar de ella en igualdad de condiciones al ser considerados realmente como iguales, a pesar de las desigualdades existentes. Este principio —como igualdad *en* la ley— es identificado con *isotimia*, *i.e.* “igualdad de oportunidades y/o de respeto”.

En este sentido, la Constitución de 1917 como producto de la Revolución de 1910 incluyó varias medidas para garantizar la igualdad (material) de los *campesinos* y de los *trabajadores* frente a los propietarios de la tierra y a los patrones (artículos 27 y 123). De igual forma, a partir de la reforma a la Constitución en materia indígena, publicada en el DOF del 14 de agosto de 2001, se incorporó, en el párrafo primero, del apartado B, del artículo 2º, la igualdad de oportunidades:

La Federación, los Estados 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.

Prohibiciones

Claro está que no basta con preguntarnos por igualdad... en qué y entre quiénes, sino que además hay que preguntar por otras cuestiones: cuándo, dónde y, por supuesto, cómo protegemos y promovemos el principio de igualdad. Así, para poder proteger y promover la igualdad en dignidad y derechos o libertades —como género— es imperativo prohibir —como especies— la esclavitud; los títulos de nobleza, prerrogativas u honores hereditarios; las leyes privativas y tribunales especiales; los fueros y, por supuesto, la discriminación.

Esclavitud

A comienzos de la Guerra de Independencia, el 19 de octubre 1810, en Valladolid (hoy Morelia), Miguel Hidalgo y Costilla se pronunció por la abolición de la esclavitud, *i.e.* por suprimir cualquier estado de sujeción o dependencia excesiva de un individuo o grupo a otro, por ser contrario no solamente a la libertad sino además a la igualdad. Y, el 6 de diciembre de ese mismo año, en Guadalajara, promulgó un bando en el cual se abolía la misma:

⁷John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1971, párr. 13, p. 75. Existe una edición revisada, 1999 y versión en español: *Teoría de la justicia*, trad. María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 1979, pp. 65 y 97.

- 1a. Que todos los dueños de esclavos deberán darles la libertad, dentro del término de diez días, so pena de muerte, la que se les aplicará por transgresión de este artículo.
- 2a. Que cese para lo sucesivo la contribución de tributos, respecto de las castas que lo pagaban y toda exacción que a los indios se les exija

Por su parte, José María Morelos y Pavón, el 14 de septiembre de 1813, en su escrito *Sentimientos de la Nación*, promulgó la abolición de la esclavitud y del régimen de castas (artículo 15). Ya consumada la Independencia, mediante un decreto del 13 de julio de 1824, se declaró abolida por siempre la esclavitud en México, al prohibir el tráfico de esclavos y señalar que con solamente pisar el territorio nacional, los esclavos provenientes del extranjero quedarían libres.

Sin embargo, la abolición de la esclavitud no sería consagrada a nivel constitucional sino hasta las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843, cuyo artículo 9º, relativo a los derechos de los habitantes de la República, advertía en su primera fracción: “Ninguno es esclavo en el territorio de la Nación, y el que se introduzca, se considerará en la clase de libre, quedando bajo la protección de las leyes”. De igual forma, fue reafirmada por la Constitución Política de la República Mexicana de 1857, en su numeral 2º: “En la República todos nacen libres. Los esclavos que pisen el territorio nacional, recobran, por ese solo hecho, su libertad, y tienen derecho a la protección de las leyes”. Y, posteriormente, se incluyó expresamente la prohibición en el otrora artículo 2º de la Constitución de 1917, el cual con la reforma a la Constitución ya citada en materia indígena, pasó a ser el segundo párrafo del artículo 1º; y con la reforma a la Constitución en materia de derechos humanos, el cuarto párrafo del mismo artículo: “Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional, alcanzarán, por ese sólo hecho, su libertad y la protección de las leyes”.

Cabe agregar que a principios de la década de los noventa, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su tesis XCIX/92, correlacionó la esclavitud con la libertad, pero no con la igualdad: “[L]a Constitución proscribe la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. El fin de dicho precepto consiste en garantizar la libertad del individuo de cualquier intento de imponer sobre su persona todo tipo de servidumbre o poder ilimitado”.⁸

Títulos de nobleza, prerrogativas u honores hereditarios

Con el objeto de eliminar las desigualdades existentes, Morelos y Pavón en sus *Sentimientos de la Nación* de 1813 promulgó no sólo la abolición de la esclavitud, sino también del régimen de castas (artículo 15). Pero para alcanzar el objetivo era imperativo, además, suprimir los títulos nobiliarios, las prerrogativas u honores hereditarios

⁸Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, tomo 60, diciembre, 1992, p. 27.

que como dignidades adquiridas o heredadas confieren un derecho, exención, gracia, honor o privilegio a un individuo o grupo en detrimento de los demás.

De esta forma, en plena Guerra de Independencia, el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, también conocido como Constitución de Apatzingán, del 22 de octubre de 1814, en su artículo 25, establece de cierta manera dicha prohibición por primera vez: “Ningún ciudadano podrá obtener más ventajas que las que haya merecido por servicios hechos al Estado. Estos no son títulos comunicables ni hereditarios; así es contraria a la razón la idea de un hombre nacido legislador o magistrado”. Al consumarse la Independencia, pero contradictoriamente a su lógica, se aprobó el Reglamento Provisional del Imperio Mexicano de 1822, mismo que en su artículo 5º dispuso que el “gobierno es monárquico-constitucional representativo y hereditario”.

Empero, no sería sino hasta la Constitución de 1857 que en su artículo 12º, se estableció la prohibición con todas sus letras: “No hay, ni se reconocen en la República, títulos de nobleza, ni prerrogativas, ni honores hereditarios. Sólo el pueblo, legítimamente representado, puede decretar recompensas en honor de los que hayan prestado ó prestaren servicios eminentes á la patria ó á la humanidad”. Dicha prohibición es el antecedente más directo de la redacción del mismo numeral en la Constitución de 1917: “En los Estados Unidos Mexicanos no se concederán títulos de nobleza, ni prerrogativas y honores hereditarios, ni se dará efecto alguno a los otorgados por cualquier otro país”.

Antes de la reforma a la Constitución publicada en el DOF del 20 de marzo de 1997, la Constitución contemplaba, en la fracción II del apartado A del artículo 37, como sanción por haber aceptado títulos nobiliarios que impliquen sumisión a un gobierno extranjero, la pérdida de la nacionalidad mexicana; pero en dicha reforma se derogó esta disposición y lo que era la fracción I del apartado B, pasó a ser la fracción I del apartado C, al disponer que la ciudadanía mexicana se pierde: “Por aceptar o usar títulos nobiliarios de gobiernos extranjeros”. De igual forma, al adicionarse el apartado B relativo a la pérdida de la nacionalidad mexicana por naturalización, se incluyó que ésta se pierde “por aceptar o usar títulos nobiliarios que impliquen sumisión a un Estado extranjero”. Cabe señalar que las fracciones II, III y IV del apartado C del numeral en comento admiten la posibilidad de: 1) prestar voluntariamente servicios o funciones oficiales a un gobierno extranjero, 2) aceptar o usar condecoraciones extranjeras, y 3) admitir del gobierno de otro país títulos o funciones, con excepción de los literarios, científicos o humanitarios, pero para ello se necesita de un permiso (en el último caso es previo), ahora, a partir de la reforma a la Constitución, publicada en el DOF del 30 de septiembre de 2013, del Ejecutivo federal, en lugar del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente.

Leyes privativas y tribunales especiales

El Constituyente de 1856-1857 fue el primero en plasmar la prohibición de que nadie será juzgado por leyes y tribunales creados *ad hoc*, *ex profeso* o *post facto*; y de igual forma, *contrario sensu*, que todos serán juzgados por las mismas leyes y tribunales

creados con anterioridad a los hechos presumiblemente constitutivos de delito, al señalar en la primera parte del artículo 13 de la Constitución de 1857: “En la República Mexicana nadie puede ser juzgado por leyes privativas, ni por tribunales especiales”. Es conveniente aclarar que la misma redacción fue acogida por el Constituyente de 1916-1917 para el mismo numeral de la Constitución de 1917, la cual ha permanecido tal cual hasta la fecha.

Con anterioridad, aunque las Bases de 1843, en la fracción VIII del artículo 9º, consagraban que nadie podía ser juzgado sino por “leyes dadas y tribunales establecidos con anterioridad al hecho o delito de que se trata”, admitía en la parte final del numeral 115: “Subsistirán los tribunales especiales de hacienda, comercio y minería mientras no se disponga otra cosa por las leyes”. Es más, el 192 facultaba al Congreso General para “establecer, por determinado tiempo, juzgados especiales fijos o ambulantes, para perseguir y castigar a los ladrones de cuadrilla”.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia ha sostenido el criterio, en su tesis 1a. LXXIV/2002, de que dicho artículo:⁹

Eleva a rango de garantía individual la igualdad ante la ley, al prohibir la existencia de leyes privativas y de tribunales especiales y al consagrar, por el contrario, el derecho del que gozan todas las personas de ser juzgadas por las mismas leyes, es decir, por las normas de derecho común, las que deben fundarse en reglas generales y no en prescripciones especiales de privilegio; de manera que las leyes privativas prohibidas por el indicado precepto son aquellas que desaparecen después de aplicarse a una hipótesis concreta y determinada de antemano, y que se aplican en consideración a la especie o la persona, esto es, que carecen de los atributos de generalidad, abstracción e impersonalidad que debe revestir toda disposición jurídica.

En otras palabras, lo que la Constitución prohíbe es que existan leyes que no se apliquen a todos por igual, al contravenir las características típicas de estas normas, a saber: generalidad, abstracción, impersonalidad y permanencia. Sobre la generalidad y abstracción de las disposiciones jurídicas, la Suprema Corte afirma:¹⁰

Es carácter constante de las leyes que sean de aplicación general y abstracta; es decir, que deben contener una disposición que no desaparezca después de aplicarse a un caso previsto y determinado de antemano, sino que sobreviva a esta aplicación y se aplique sin consideración de especie o de persona a todos los casos idénticos al que previenen, en tanto no sean abrogadas. Una ley que carece de esos caracteres, va en contra del principio de igualdad, garantizado por el artículo 13 constitucional, y aun deja de ser una disposición legislativa, en el sentido material, puesto que le falta algo que pertenece a su esencia.

⁹*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XVI, octubre, 2002, p. 191.

¹⁰*Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, tomo I, Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis 222, p. 211.

Por un lado, en relación con las leyes privativas, la Corte ha sostenido que ésta: “se caracteriza no por sus efectos en cuanto a que restringen derechos, sino porque pugna con el sistema de generalidad en cuanto a su observancia, que rige en nuestra legislación, y sólo se contrae a determinadas personas y cosas individualmente consideradas”.¹¹ Aunado a lo anterior, en su tesis P. 18/98 precisó:¹²

Las leyes privativas se caracterizan porque se refieren a personas nominalmente designadas, atendiendo a criterios subjetivos y por el hecho de que después de aplicarse al caso previsto y determinado de antemano pierden su vigencia... mientras que las leyes especiales, aun cuando se aplican a una o a varias categorías de personas relacionadas con hechos, situaciones o actividades específicas, sí se encuentran investidas de las características de generalidad, abstracción [impersonalidad] y permanencia, dado que se aplican a todas las personas que se colocan dentro de las hipótesis que prevén y no están dirigidas a una persona o grupo de ellas individualmente determinado, además de que su vigencia jurídica pervive después de aplicarse a un caso concreto para regular los casos posteriores en que se actualicen los supuestos contenidos en ellas, no transgrediendo, por tanto, el citado precepto constitucional.

Por otro lado, en lo relativo a los tribunales especiales ha sustentado la tesis P. CXXIX/2000:¹³

Los tribunales especiales prohibidos... son aquellos órganos jurisdiccionales creados exclusivamente para conocer de hechos y personas determinados, por lo que una vez que realizan el juzgamiento que les ha sido encomendado, se extinguen, es decir, no han sido creados por la ley con carácter permanente, ni establecidos antes de que se susciten los hechos materia de su competencia.

En este sentido, ha afirmado que las Juntas de Conciliación y Arbitraje no son tribunales especiales al ser establecidas “para resolver conflictos, colectivos e individuales, que surjan entre el capital y el trabajo, y no para una contienda especial y determinada”.¹⁴ Tampoco lo serían aquellos tribunales especializados, como es el caso del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, los cuales ciertamente tienen el carácter de permanentes, además de haber sido creados con anterioridad a los hechos que han de conocer.

Fueros

Ya consumada la Independencia, el Reglamento Provisional de 1822 advertía en su artículo 60: “Nadie goza de fuero privilegiado”. No obstante, en el numeral 57 admi-

¹¹*Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, tomo XLVIII, p. 1494. (CD-ROM IUS: 358599).

¹²*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo VII, marzo, 1998, p. 7.

¹³*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XII, septiembre, 2000, p. 18.

¹⁴*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XLIII, septiembre, 2000, p. 520.

tía: “Subsisten juzgados y fueros militares y eclesiásticos, así como los de minería y hacienda”. De igual forma, las Leyes Constitucionales de 1836, concretamente la Quinta, ratificó en su artículo 30: “No habrá más fueros personales que el eclesiástico y militar”; y, las Bases de 1843 reiteraron, en la fracción VIII del artículo 9º: “Nadie podrá ser juzgado ni sentenciados en sus causas civiles o criminales sino por jueces de su propio fuero, y por leyes dadas y tribunales establecidos con anterioridad al hecho o delito de que se trate. Los militares y eclesiásticos continuarán sujetos a las autoridades a que lo están en la actualidad, según las leyes vigentes”.

La Constitución de 1857 mantuvo la prohibición de fueros, pero al suprimir el fuero eclesiástico contempla como única excepción al militar, en la segunda parte del artículo 13: “Ninguna persona ni corporación, puede tener fueros, ni gozar emolumentos que no sean compensación de un servicio público, y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra solamente para los delitos y faltas que tengan exacta conexión con la disciplina militar. La ley fijará con toda claridad los casos de excepción”. Por su parte, la Constitución de 1917 derogó la última línea, pero precisó los alcances y limitaciones del fuero militar:

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

Si bien la palabra “fuero” tiene múltiples acepciones, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a partir de una interpretación histórica y sistemática, en su tesis P. CXXXVI/97, aclaró:¹⁵

No obstante que la palabra fuero tiene varias acepciones, la interpretación histórica y sistemática del artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, permite concluir que la proscripción que realiza de los fueros se refiere a la prohibición del establecimiento de jurisdicciones o esferas competenciales en función a la situación social de determinada persona o corporación.

De igual forma, la Corte ha afirmado:¹⁶

[L]a subsistencia del fuero de guerra... es una excepción que no se basa en consideraciones especiales a la persona militar ni a su jerarquía, sino de orden público y de especial disciplina, que tiende a garantizar la paz y el bienestar nacional y que exige una violenta y rápida intervención de quien tiene mayor conocimiento y capacidad para su preparación adecuada,

¹⁵*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo VI, septiembre, 1997, p. 204.

¹⁶*Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, tomo LXI, p. 3760.

para juzgar a los que rige la ley militar; por tanto, el fuero y el tribunal no son en favor del acusado, sino en bien de las instituciones y de la sociedad perturbadas por el acto trasgresor.

Y, también, ha precisado los alcances y limitaciones de dicha excepción:¹⁷

I. el artículo 13 constitucional prohíbe que los civiles sean juzgados por los tribunales militares, en todo caso; II. manda que las personas que pertenezcan al ejército, deben ser enjuiciadas ante los tribunales del fuero de guerra, cuando se trata de delitos del orden militar, y III. que cuando en la comisión de un delito del orden militar concurren militares y civiles, la autoridad civil debe conocer del proceso, por lo que toca a los civiles, y los tribunales del fuero de guerra, del que se instruya a los militares.

Discriminación

No fue sino hasta que en el marco de la ya citada reforma a la Constitución en materia indígena del año 2001 que se incluyó expresamente la prohibición a la discriminación, en el otrora párrafo tercero del artículo 1º:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, 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.

Sin duda alguna, la adopción expresa de esta cláusula formal de igualdad, contenida típicamente en las convenciones, declaraciones o tratados en materia de derechos humanos, al prohibir toda discriminación representa por sí sola un gran avance al beneficiar no solamente a las etnias o pueblos indígenas sino a todos por igual: ateos y religiosos, heterosexuales y homosexuales, hombres y mujeres, menores y mayores, nacionales y extranjeros, pobres y ricos...

Acerca de la prohibición de la discriminación, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia se pronunció:¹⁸ La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todos los hombres son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, de manera que los poderes públicos han de tener en cuenta que los particulares que se encuentren en la misma situación deben ser tratados igualmente, sin privilegio ni favor.

Sin embargo, dicha cláusula fue modificada con posterioridad en dos ocasiones por sendos decretos de reformas a la Constitución, publicados en el DOF del 4 de diciembre de 2006, para evitar *ex profeso* la expresión equívoca de “capacidades diferentes” al

¹⁷Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, tomo XXXIX, p. 240.

¹⁸Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XIV, diciembre, 2001, p. 192.

reemplazarla por la de “discapacidades”; y del 10 de junio de 2011, en el marco de la también citada reforma a la Constitución en materia de derechos humanos, para explicar con todas sus letras que las “preferencias” eran las “preferencias sexuales”. Por cierto, en el marco de esta última reforma, la cual además de modificar los párrafos primero y tercero, al añadir dos párrafos, ahora segundo y tercero, recorrió el orden de los ya existentes, con lo cual el párrafo en cuestión pasó a ser el quinto párrafo:

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.

Principio de igualdad y no discriminación

Es innegable que los conceptos de *igualdad* y de *discriminación* están estrechamente entrelazados. De un lado, la palabra *igualdad* anota “calidad de igual”, e “igual”, “que no difiere de otro o que tiene la misma clase, condición, etcétera”; y el término *desigualdad* connota “calidad de desigual”, y *desigual*, “que no es igual, sino diferente”. Del otro, el vocablo *discriminación* está afectado por la ambigüedad proceso-resultado y como tal denota “acción y efecto de discriminar”, y la voz *discriminar*, a su vez, tiene dos acepciones: 1) “separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra”, y 2) “dar trato de inferioridad a una persona o colectividad, generalmente por motivos raciales, religiosos, políticos o económicos”.

En este orden de ideas, hay al menos dos sentidos de la palabra “*discriminación*”: uno positivo y justificado que implica “separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra”, y otro negativo e injustificado que indica “dar un trato de inferioridad a una persona o colectividad...”, así que la discriminación no es buena ni mala por sí sola. En pocas palabras, lo que se prohíbe no es la discriminación *per se*, sino aquella discriminación que da un trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, económicos, o cualesquiera otro fundados en meros prejuicios subjetivos.

Es más, en la doctrina y en los foros internacionales muchas veces se utiliza el vocablo *discriminación* para referirse al sentido negativo e injustificado y las voces *diferenciación* o *distinción* para referirse al sentido positivo y justificado. Baste aludir a la Opinión Consultiva 83/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual en su párrafo 84 dice a la letra:¹⁹

En la presente Opinión Consultiva se hará una diferenciación al utilizar los términos *distinción* y *discriminación*. El término *distinción* se empleará para lo *admisible*, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La *discriminación* se utilizará para hacer referencia

¹⁹OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, Serie A, No. 18. (El énfasis es original.)

a lo *inadmisibles*, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos.

Aunado a lo anterior, en el contexto de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, en general, y de la Convención Americana de Derechos Humanos, en particular, México ha adquirido “la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias”,²⁰ pero no por ello están prohibidas las diferenciaciones o distinciones, siempre y cuando sean positivas y justificadas, en virtud de ser objetivas, razonables y proporcionales.²¹ De hecho, hay veces que la única forma de revertir una discriminación vieja es precisamente a partir de una discriminación nueva, *i.e.* una diferenciación o distinción, pero ésta debe tener una justificación objetiva, razonable y proporcional,²² como en el caso de la llamada *discriminación inversa*, mediante programas de acción afirmativa o positiva.²³

En un caso paradigmático, en el amparo 543/2003, al resolver la constitucionalidad del entonces vigente artículo 68 de la Ley General de Población, en el voto de la minoría de la Corte se aclaran y precisan los alcances y limitaciones del triple criterio anterior, el cual es conocido como una variante del principio de proporcionalidad *lato sensu*, el cual incluye la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad *strictu sensu*, y de la fórmula del balanceo o de la ponderación.²⁴ La minoría insistía en el caso de comentario que se debería examinar: en primera instancia, “si la distinción introducida por el legislador obedece a una *finalidad objetiva y constitucionalmente válida*”; en segundo lugar, “la *racionalidad o adecuación* de la distinción introducida por el legislador”, es decir que la distinción “constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar”; y, en tercer término, “debe cumplirse el requisito de la *proporcionalidad* de la medida legislativa”, esto es que el legislador

²⁰*Ibid.*, párr. 88.

²¹*Ibid.*, párr. 84.

²²*Ibid.*, párr. 105.

²³Véase Ronald Dworkin, “Reverse Discrimination”, en *Taking Rights Seriously*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 1978, pp. 223-239. (Hay versión en español: *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Barcelona Ariel, 1984.) *A Matter of Principle*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 1985, pp. 291-331. Véase también Nuria González Martín, “Acciones positivas: orígenes, conceptualización y perspectivas”, en Torre Martínez (coord.), *loc. cit.* en la nota 1, pp. 307-367.

²⁴Véase Ronald Dworkin, “The Model of Rules I”, en *loc. cit.* en la nota 23, pp. 14-45 (título y publicación original: “The Model of Rules”, *University of Chicago Law Review*, vol. 35, núm. 3, 1967, pp. 14-45; y hay versión en español: “¿Es el derecho un sistema de reglas?”, *Cuadernos de Crítica*, núm. 5, trad. Javier Esquivel y Juan Rebolledo G., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1977); y Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés y Ruth Zimmerling, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997 (título y publicación original: *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp-Verlag, 1986). Véase también Imer B. Flores, “Proportionality in Constitutional and Human Rights Interpretation”, en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 7, 2013, pp. 83-113; y “The Legacy of Ronald Dworkin (1931-2013): A Legal Theory and Methodology for Hedgehogs, Hercules, and One Right Answers”, en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 9, enero-diciembre, 2015, pp. 157-192.

“debe cuidar que exista un adecuado balance entre el trato desigual que se otorga y la finalidad perseguida”.²⁵ En otras palabras, el hecho de que esté prohibida la discriminación no implica que al legislador le esté vedado formular distinciones, siempre y cuando cuente con una justificación objetiva, racional y proporcional.

Para reforzar lo anterior, es conveniente traer a colación la tesis de jurisprudencia 81/2004:

Igualdad. Límites a este principio. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todos los hombres son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, de manera que los poderes públicos han de tener en cuenta que los particulares que se encuentren en la misma situación deben ser tratados igualmente, sin privilegio ni favor. Así, el principio de igualdad se configura como uno de los valores superiores del orden jurídico, lo que significa que ha de servir de criterio básico para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación, y si bien es cierto que el verdadero sentido de la igualdad es colocar a los particulares en condiciones de poder acceder a derechos reconocidos constitucionalmente, lo que implica eliminar situaciones de desigualdad manifiesta, ello no significa que todos los individuos deban ser iguales en todo, ya que si la propia Constitución protege la propiedad privada, la libertad económica y otros derechos patrimoniales, está aceptando implícitamente la existencia de desigualdades materiales y económicas; es decir, el principio de igualdad no implica que todos los sujetos de la norma se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio (o privarse de un beneficio) desigual e injustificado. En estas condiciones, el valor superior que persigue este principio consiste en evitar que existan normas que, llamadas a proyectarse sobre situaciones de igualdad de hecho, produzcan como efecto de su aplicación la ruptura de esa igualdad al generar un trato discriminatorio entre situaciones análogas, o bien, propicien efectos semejantes sobre personas que se encuentran en situaciones dispares, lo que se traduce en desigualdad jurídica.

Así como, un par de tesis aisladas, la CXXXII/2004:

IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. La igualdad en nuestro texto constitucional constituye un principio complejo que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley (en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia), sino también en la ley (en relación con su contenido). El principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar *igual a los iguales y desigual a los desiguales*,

²⁵El voto de la minoría apareció publicado como: Sergio Salvador Aguirre Anguiano *et al.*, “Igualdad y discriminación en México. Un análisis constitucional”, en *Este país*, núm. 163, octubre, 2004, pp. 36-44. *Ibid.* p. 37. (El énfasis es original.) Para sendas lecturas de sus implicaciones y limitaciones, véase Christian Courtis, “Legislación y las políticas antidiscriminatorias en México: el inicio de un largo camino”, en Carlos de la Torre Martínez (coord.), *El derecho a la no discriminación*, *loc. cit.* en la nota 1, pp. 249-262; y Flores, “Igualdad, no discriminación (y políticas públicas)...”, *cit.* en la nota 1, pp. 281-306; y “Capítulo VII...”, *cit.* en la nota 1, pp. 157-182.

de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido. En ese tenor, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de un caso en el cual la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada. Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas. En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador: es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido. En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Por último, es de gran importancia determinar en cada caso respecto de qué se está predicando con la igualdad, porque esta última constituye un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la Norma Fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros insta al Juez a ser especialmente exigente cuando deba determinar si el legislador ha respetado las exigencias derivadas del principio mencionado.

Y la CXXXIII/2004:

IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 10. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS). La igualdad es un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la Norma Fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros el Juez debe ser más exigente a la hora de determinar si aquél ha respetado las exigencias del principio de igualdad. El artículo 10. de la Constitución Federal establece varios casos en los que procede dicho escrutinio estricto. Así, su primer párrafo proclama que todo individuo debe gozar de las garantías que ella otorga, las cuales no pueden restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la misma establece, lo que evidencia la voluntad constitucional de asegurar en los más amplios términos el goce de los derechos fundamentales, y de que las limitaciones a ellos sean concebidas restrictivamente, de conformidad con el carácter excep-

cional que la Constitución les atribuye. Por ello, siempre que la acción clasificadora del legislador incida en los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, será necesario aplicar con especial intensidad las exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación. Por su parte, el párrafo tercero del citado precepto constitucional muestra la voluntad de extender la garantía de igualdad a ámbitos que trascienden el campo delimitado por el respeto a los derechos fundamentales explícitamente otorgados por la Constitución, al prohibir al legislador que en el desarrollo general de su labor incurra en discriminación por una serie de motivos enumerados (origen étnico o nacional, género, edad, capacidades diferentes, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil) o en cualquier otro que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. La intención constitucional es, por lo tanto, extender las garantías implícitas en el principio de igualdad al ámbito de las acciones legislativas que tienen un impacto significativo en la libertad y la dignidad de las personas, así como al de aquellas que se articulan en torno al uso de una serie de criterios clasificatorios mencionados en el referido tercer párrafo, sin que ello implique que al legislador le esté vedado absolutamente el uso de dichas categorías en el desarrollo de su labor normativa, sino que debe ser especialmente cuidadoso al hacerlo. En esos casos, el Juez constitucional deberá someter la labor del legislador a un escrutinio especialmente cuidadoso desde el punto de vista del respeto a la garantía de igualdad.

De lo anterior derivan al menos dos grandes lineamientos: a) *Prohibir toda discriminación negativa e injustificada*; y b) *Permitir toda diferenciación o distinción positiva y justificada*. De la conjunción de los dos primeros lineamientos —a) y b)— se desprende un tercero: c) *Requerir diferenciaciones o distinciones positivas y justificadas en el futuro para remediar las discriminaciones negativas e injustificadas del pasado*.

Al respecto, habría que recordar que los programas de acción afirmativa o positiva parten de la presunción de que en algunas ocasiones la única forma de revertir una discriminación vieja es precisamente a partir de una discriminación nueva. Sin embargo, esta diferenciación o distinción para ser positiva y justificada debe beneficiar a los miembros más desaventajados o que históricamente han sido discriminados, porque de lo contrario daría lugar a una nueva forma de discriminación negativa e injustificada.

Aun cuando el análisis de los programas de acción afirmativa o positiva sobrepasa los propósitos de este escrito, cabe destacar que éstos no eliminan la desigualdad, sino que, por el contrario, la acentúan al presuponerla e incluso requerirla. Así, el problema es que al imponer “cuotas”, sobre todo cuando éstas se vuelven rígidas y permanentes, en el afán de remediar una discriminación pasada que propiciaba la exclusión de un tipo de persona o grupo, tienden a introducir una nueva discriminación para propiciar su inclusión, pero en aras de hacerlo acaban por ser una nueva fuente de discriminación negativa e injustificada.

Al respecto, a partir de la reforma a la Constitución en materia político-electoral, publicada en el DOF del 10 de febrero de 2014, los partidos políticos tienen la obligación de postular en forma paritaria a hombres y mujeres como legisladores tanto federales como locales (como punto de partida). Sin embargo, lo anterior no constituye una

cuota rígida y permanente (como punto de llegada), pues el resultado depende de la votación.²⁶

Antes de concluir esta sección, habría que aludir a un cuarto lineamiento d): *Cumplir con las obligaciones de no introducir regulaciones discriminatorias, de eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias*. Para ello, habría que mencionar, a nivel federal, la creación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (1990), de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (2003), del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (2003), e inclusive de la Procuraduría Federal del Consumidor (1976), de la Procuraduría de la Defensa de los Trabajadores al Servicio del Estado (1984), de la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo (1996), entre otras instituciones.²⁷ Lo anterior sin olvidar que a partir de la ya citada reforma a la Constitución en materia de derechos humanos de 2011, el tercer párrafo del artículo 1º dispone:

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. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Conclusión

Para finalizar nada más nos resta reiterar que en un Estado constitucional y democrático de derecho es imperativo que todos gocen de los derechos humanos reconocidos por las fuentes nacionales e internacionales, así como de las garantías para su protección. Entre éstos destaca por su transversalidad el principio de igualdad y no discriminación, pues implica que *todos*: ateos y creyentes, heterosexuales y homosexuales, hombres y mujeres, indígenas y no indígenas, nacionales y extranjeros, patrones y trabajadores, pobres y ricos... tienen la misma dignidad humana y los mismos derechos y libertades; y que *nadie* puede ser discriminado por su origen étnico o nacional, género, edad, discapacidades, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, 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.

²⁶Véase Imer B. Flores, “El problema del principio de paridad de género en materia electoral: ¿de punto de partida a punto de llegada?”, *Documento de trabajo*, núm. 189, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, diciembre de 2015. Hay versión revisada en: *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, núm. 9, enero-junio, 2016, disponible en <http://www2.juridicas.unam.mx/2016/04/04/el-problema-del-principio-de-la-paridad-de-genero-en-materia-electoral-de-punto-de-partida-a-punto-de-llegada/> (página consultada el 16/06/16).

²⁷Véase Imer B. Flores, “Derecho y salud: Algunas consideraciones sobre el proyecto del genoma humano”, en David Cienfuegos Salgado y María Carmen Macías Vázquez (coords.), *Estudios en Homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Bioderecho, tecnología, salud y derecho genómico*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2006, pp. 229-245.

El artículo 1º de la Constitución.
La progresividad de los derechos en materia electoral

La reforma en materia de derechos humanos y su
valor en el proceso de transición democrática

Durante las últimas décadas, la humanidad ha sido tes-
tigo de un número importante de procesos de transición,
que lejos estaban de haber sido imaginados.

Casi para finalizar los años setenta en el sur de
Europa, en los ochenta en el ámbito latinoamericano, y
a principios de los noventa quince países africanos
aproximadamente, pudieron superar regímenes opresi-
vos para ingresar, con mejores o menores expectativas,
en procesos de transición a la democracia.

La denominada ola democratizadora pudo ser lo
que detonó procesos transicionales en todo el orbe, y
particularmente en el contexto latinoamericano, enca-
minados algunos de ellos a abatir modelos estatales de
represión, otros por ostensibles violaciones a los derechos
humanos y, en no pocos casos, por crímenes de derecho
internacional.

En México, el punto cúspide hacia el reconocimien-
to de los derechos humanos se dio el 10 de junio de 2011,
en un contexto del ámbito deliberativo, como parte de
una redefinición en el orden político, social y jurídico.
La enmienda debe significar una transición de un Es-
tado legislativo de derecho a un Estado constitucional
de derecho; ahora, bajo un marco normativo más amplio
trazado por la convencionalidad.

El esquema de tutela mutó del concepto tradicional
de “garantías individuales” al de “derechos humanos”,
lo cual va mucho más allá de una modificación nominal,
y buscó generar una perspectiva distinta en el ámbito de
protección de las prerrogativas básicas de la sociedad,
dotando de centralidad a la persona.

Sumario

La reforma en materia de derechos humanos y su valor en el proceso de transición democrática	139
Constitucionalismo y derechos humanos	140
La protección de los derechos políticos. Una verdadera conversión en el orden nacional	142
Los principios que rigen los derechos humanos y su materialidad tratándose de los derechos políticos.	143
Nueva dimensión en el sistema constitucional mexicano. Las obligaciones del Estado de frente a los derechos humanos	145
Conclusión	148
Bibliografía	150

La reforma incrementó las fuentes normativas al poner un acento a la obligatoriedad de los tratados internacionales de derechos humanos en los que México sea parte, y la asunción del principio *pro persona*.

Sin duda, el valor más importante que trazó la reforma constitucional fue que permitió ubicar a la justicia constitucional —con un enfoque integral convencional— en la médula de los procesos de consolidación democrática.

Martín Arnaud, catedrático de la Universidad Externado de Colombia, precisa que la transformación radical, de la que ha sido materia el principio de constitucionalidad en la última era, no habría sucedido sin la proclamación de derechos fundamentales en la Constitución y la atribución a tribunales constitucionales especializados o los tradicionales de justicia, como en el caso de México, donde la protección que ofrece la Suprema Corte a estos derechos se suma a la que brinda el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, respecto de los derechos humanos de participación política.¹

Vemos así que, en el caso mexicano, ha sido sumamente representativo el valor del esquema dual que ha orientado el control abstracto en materia electoral que ejerce la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante la acción de inconstitucionalidad —artículo 105, fracción II, de la Constitución federal—, y el control de los actos en materia electoral para casos concretos cuya potestad corresponde al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación a través de sus salas superior y regionales, según lo dispone el artículo 99 del propio ordenamiento fundamental.

Es de señalar que el Tribunal Electoral había con anterioridad desplegado un ejercicio de interpretación favorable a la protección de los derechos humanos, a partir de tratados internacionales signados por el Estado mexicano, incluso antes de la significativa reforma.

Empero, para arribar a dicha exégesis, había partido del texto del artículo 133 de la propia Norma Suprema que señala: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión”; de ahí el valor que representó la inclusión de un deber de convencionalidad en el numeral 1º de la Carta Magna.

Constitucionalismo y derechos humanos

El constitucionalismo y los derechos humanos son dos conceptos íntimamente vinculados e interdependientes, que componen el binomio esencial de todo modelo que aspire a consolidar una sociedad democrática.

Si entendemos al neoconstitucionalismo como la teoría que se caracteriza por enriquecer los textos constitucionales con elementos materiales y una serie de finalidades de índole sustantiva, de modo que éstos no sean sólo normas que regulan los

¹Cfr. Martín Arnaud, *Justicia constitucional, derechos humanos y democracia en América Latina*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2014.

ámbitos públicos de un Estado, y se conviertan en auténticas cartas de derechos ciudadanos; entonces, podemos afirmar que la reforma en materia de derechos humanos de 2011 se inscribe en dicha corriente.

En esta noción, la supremacía constitucional adquiere una dimensión que configura el bloque de constitucionalidad en un esquema de complementariedad a la par de la normatividad internacional en materia de derechos humanos.

Siguiendo a Carlos Villán Durán:

La soberanía de los Estados sigue siendo un principio constitucional del Derecho Internacional, y no ha sido desplazada de esta posición ni por el fenómeno de Organización internacional ni por el reconocimiento de la dignidad de la persona. Pero ha quedado erosionada y relativizada por el desarrollo normativo que han seguido las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos.²

Por ello, y más allá de la postura que pueda adoptarse en torno a la adopción de los derechos humanos, es patente que su asimilación es consecuencia de un reclamo cada vez más constante de la sociedad, guiada por una inspiración consciente hacia un verdadero Estado democrático y de respeto a la dignidad humana en México.

Cuando los derechos humanos se ubican en la cúspide del orden normativo, es incuestionable que colocan en la centralidad política a la persona, la hacen receptora de todo el esquema de tutela de sus derechos, y le ofrecen una expectativa real de asegurar sus fines más preciados.

De esa manera, la transformación sustancial de la reforma no puede leerse únicamente en clave jurídica. Fue notable, a su vez, la revolución integral, que significó en el contexto político la asunción de un modelo de tutela de derechos humanos a través de los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano, en un sistema reforzado de protección. Buscó, de esta manera, la construcción de una democracia con límites a los órganos gubernamentales provenientes de los derechos humanos.

Así ha sido señalado, cuando se le describe como un paso más en la construcción del gobierno de las leyes, el perfeccionamiento del Estado de derecho en México, y sobre todo como la configuración de un modelo régimen, en el cual el derecho sirve para regular, disciplinar y limitar a todos los poderes en la medida en que los resultados de la reforma son la limitación del poder político a partir de los estándares del Derecho internacional de derechos humanos.³

La reforma constitucional en materia de derechos humanos es producto de un extenuante proceso democratizador que experimentó el país en su interior, inspirado, en parte, por la aspiración de transformación que a nivel global buscaba reconocer, en los referidos derechos, la base mínima para alcanzar el bienestar colectivo.⁴

²Carlos Villán Durán, *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, Editorial Trotta, 2002, p. 22.

³Cfr. Antonella Attili y Luis Salazar, “La otra transición. Hacia una nueva cultura política y jurídica”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, ITAM, núm. 37, octubre de 2012, pp. 149-165.

⁴Resolución aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 22 de septiembre de 2010, párr. 13.

Su significado, entonces, no puede reducirse a un logro normativo, sino que debe concebirse principalmente como una consolidación política para la adopción de principios básicos en aras de un sistema democrático.

La protección de los derechos políticos. Una verdadera conversión en el orden nacional

La protección de los derechos políticos en nuestro país ha seguido un camino complejo no sólo en su tutela, sino incluso en su aceptación en la visión cultural nacional. Las primeras disputas ideológicas en torno a la posibilidad de judicializar los asuntos políticos podemos encontrarlas en la conocida discusión denominada *la incompetencia de origen*.

Esa polémica, surgida en el seno de la entonces Suprema Corte de Justicia, representa uno de los episodios más destacados en torno al debate sobre la judicialización de la materia política.⁵

Así, derivado del intercambio doctrinal entre dos notables ministros de la Suprema Corte del siglo XIX, José María Iglesias e Ignacio L. Vallarta, se definió desde entonces, y hasta buena parte del siglo XX, la manera de concebir la protección de los derechos políticos electorales en México.⁶

Mientras el entonces ministro Iglesias afirmaba la posibilidad de tutela de los derechos políticos de forma indirecta mediante el juicio de amparo —a partir de la noción de la llamada incompetencia de origen—, el ministro Vallarta negaba esa viabilidad a partir de la idea de que la Suprema Corte no debería ser influenciada con aspectos políticos, sino que tenía que mantener su actuar con estricto criterio jurídico, lo cual sin duda encuentra asimilación con la doctrina de la *political question* de la Suprema Corte norteamericana.⁷

La posición ideológica del ministro Vallarta, relativa a no judicializar los aspectos políticos, implicó a la postre un ideario que se mantuvo vigente hasta bien entrado el siglo XX.

A partir de esa postura, el juicio de amparo no cubrió en su espectro de protección a la tutela de los derechos políticos. Así lo constata la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que determina que el *juicio de garantías* es improcedente en caso de violación a los derechos políticos, ya que éstos no eran considerados como garantías individuales.

De ese modo, la justiciabilidad de derechos políticos abrió una pausa de casi un siglo, en el que el medio de control por excelencia, esto es, el juicio de amparo, desdénó la posibilidad de conocer controversias en asuntos políticos o electorales, logrando generar una cultura que disoció la materia judicial de los derechos de participación

⁵Javier Moctezuma Barragán, *José María Iglesias y la justicia electoral*, México, UNAM, 1994, pp. 21-42.

⁶*Ibidem*, pp. 81-162.

⁷Cfr. Geoffrey Stone et al., *Constitutional Law*, New York, Wolters Kluwer, 2009.

política como votar, ser votado, estar informado, expresar libremente las ideas, así como el de asociarse y reunirse libremente en torno a las cuestiones relacionadas con la participación política.

Los principios que rigen los derechos humanos y su materialidad tratándose de los derechos políticos

Los derechos políticos, al formar parte de los derechos humanos, les son atribuibles los principios constitucionales enumerados en el artículo 1º constitucional: universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad.

El *principio de universalidad* significa que los derechos humanos corresponden a todas las personas por el hecho de serlo, lo cual conlleva la idea de que tales derechos tienen un relevante contenido moral, por lo que su existencia es independiente de su reconocimiento por parte de un sistema jurídico.⁸

Lo anterior permite, en la práctica, que los derechos fundamentales puedan ser protegidos de manera más amplia y ser considerados a nivel mundial como parte del estándar para el desarrollo de cualquier Estado democrático.

La universalidad también encierra la idea de que los derechos humanos van más allá del reconocimiento doméstico: están garantizados por la comunidad internacional, misma que puede exigir su cumplimiento.⁹

Desde esa óptica, este principio se encuentra estrechamente vinculado con el diverso principio de igualdad, en atención a que más que crear un consenso de los derechos humanos, su práctica debe interesarse por las diferencias¹⁰ que importan las características propias de cada sector social.

Así, el pleno respeto y garantía de un derecho humano se ve favorecido por la tutela de los demás; cada uno de ellos tiene una estructura *indivisible e interdependiente* “en la cual el valor de cada derecho se ve incrementado por la presencia de otros”.¹¹ De conformidad con los principios de indivisibilidad e interdependencia, los derechos humanos deben ser tratados en pie de igualdad, como consecuencia inevitable de la unidad de los diferentes aspectos de la persona humana.

La relación recíproca existente entre los derechos humanos es tal, que si uno está ausente los demás se ven impedidos de cumplir cabalmente su propósito protector de la persona, pues como lo expresan —con el mismo texto— los preámbulos, tanto del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:¹²

⁸Cfr. Luis Daniel Vázquez y Sandra Serrano, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Porrúa/UNAM, 2012, pp. 139-140.

⁹Eva Brems, *Human rights: universality and diversity*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 13.

¹⁰*Ibidem*, p. 143.

¹¹Jack Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 2a. ed., New York, Cornell University Press, 1993, p. 27.

¹²Adoptados y abiertos a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales.

Los principios de indivisibilidad e interdependencia han sido consagrados por múltiples instrumentos internacionales, como es el caso de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, reunida en Teherán el 13 de mayo de 1968, en la que se declaró:

13. Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible. La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social;

Por su parte, la resolución 32/130 de 1977, de la Asamblea General de las Naciones Unidas:

a) Todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; deberá prestarse la misma atención y urgente consideración a la aplicación, la promoción y la protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales.

La indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos es la causa de que la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de 1986, se expresara en los siguientes términos:

Considerando que todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes y que, a fin de fomentar el desarrollo, debería examinarse con la misma atención y urgencia la promoción, el respeto y el disfrute de ciertos derechos humanos y libertades fundamentales no pueden justificar la denegación de otros derechos humanos y libertades fundamentales.

Asimismo, la Declaración y Programa de Acción de Viena, en 1993, declaró lo siguiente:

5. Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí.

En ese orden, el *principio de progresividad* —que constituye quizás la piedra angular que caracteriza los derechos humanos y permite su desarrollo constante— establece que los derechos humanos deben de estar en continua expansión. Ello implica que los mismos, al permanecer en constante avance, no puedan volver a un punto anterior, como una prohibición esencial de regresión.

En el sistema interamericano, específicamente en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se refiere al citado principio y, en esencia, señala:

la que los Estados Parte se comprometen a adoptar providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, en la medida de los recursos disponibles.

Al respecto, dicho principio implica tanto gradualidad como progreso. La gradualidad se refiere a que, por lo general, la efectividad de los derechos humanos no se logra de manera inmediata, sino que pasa por un proceso que supone definir metas a corto, mediano y largo plazos. Por su parte, el progreso implica que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar.¹³

En este sentido, el principio de progresividad, como se dijo, lleva implícita la obligación de no regresividad de los derechos humanos, lo cual quiere decir que una vez que se ha establecido o alcanzado algún derecho, de ninguna forma se puede volver al estado anterior de desarrollo de una prerrogativa.

Asimismo, se ha señalado que para determinar si la limitación al ejercicio de un derecho humano viola el principio de progresividad, el operador jurídico debe realizar un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho en relación con las implicaciones colectivas de la medida, a efecto de establecer si se encuentra justificada.¹⁴

De esta manera, el principio de progresividad ha permitido establecer un verdadero canon relativo a una evolución misma del catálogo de derechos. Proteger aquellas zonas de derechos que otrora era impensable garantizar, muestra una particular manera del tratamiento de los derechos políticos como derechos humanos.

Nueva dimensión en el sistema constitucional mexicano. Las obligaciones del Estado de frente a los derechos humanos

El artículo 1º constitucional vigente establece a la letra, en sus párrafos segundo y tercero, lo siguiente:

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

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. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Así, el poder reformador dio una nueva fuerza vital al orden jurídico mexicano, por vía de la incorporación de un nuevo esquema de deberes y obligaciones para todas las

¹³Tesis 2a.CXXVI/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo II, noviembre de 2015, p. 1298.

¹⁴*Idem*.

autoridades del Estado mexicano, en el desempeño de sus funciones y en el marco de sus propias competencias.

Para hacer de los derechos humanos una realidad asequible, no basta su positivización, sino que es preciso contar, primordialmente, con obligaciones correlativas que garanticen su vigencia. En este orden, dichos deberes supeditan el tránsito efectivo de la letra de la ley a la materialidad de los hechos.

Este esquema se distribuye en dos aspiraciones de consolidación de los derechos humanos: como límites constitucionales al ejercicio del poder público y como herramientas de armonización entre el actuar de las autoridades del Estado y la dignidad humana, cuyos destinatarios son *todas* las autoridades de los tres órdenes de gobierno, incluyendo los Poderes de la Unión y los organismos públicos.

El juez interamericano, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, apunta que la reforma en mención trajo consigo una nueva dimensión del sistema del derecho procesal constitucional mexicano,¹⁵ en la medida en que introdujo, del sistema regional de protección de derechos humanos, dos cláusulas que vinculan¹⁶ el actuar de todas las autoridades del Estado en sus respectivas competencias, hacia la maximización de los derechos humanos, ampliando los controles de regularidad de sus actos y de las leyes en las que se enmarcan; como a continuación se señala.

La obligación de control de convencionalidad

Parte de la premisa de que los tratados internacionales, de los que forma parte el Estado mexicano, como normas internas de fuente internacional, conforman un bloque de constitucionalidad,¹⁷ el cual demanda sujetar el control de regularidad al que están obligadas las autoridades observar en el desarrollo de su actuar; así como a lo dispuesto en sede internacional.

Así, las autoridades tienen la obligación *ex officio* de aplicar un “control de convencionalidad”, que es el instrumento procesal¹⁸ para determinar la compatibilidad entre las normas de derecho interno y los alcances normativos de fuente internacional.

¹⁵Cfr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos María Pelayo Möller, “La Obligación de Respetar y Garantizar los Derechos Humanos a la Luz de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana. Análisis del artículo 1º del Pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, año X, núm. 2, 2012, p. 149.

¹⁶Desde 1981, con la entrada en vigor para México de la Convención Americana de Derechos Humanos, por esta obligación formaba parte de los deberes que el sistema jurídico imponía a las autoridades, en razón del contenido de los artículos 1.1, 2º, 29 y 62. Con la reforma de 2011, dichas obligaciones se encuentran de manera expresa en sede constitucional.

¹⁷La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que el mayor rango normativo dentro del sistema jurídico mexicano, se comparte entre la Constitución federal y los tratados internacionales de los que México forma parte, con excepción manifiesta de que, entre ambos cuerpos normativos, exista contradicción, caso que se resolverá dando prevalencia a la Constitución, por encima de los tratados. Cfr. Contradicción de tesis 293/2011.

¹⁸Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona, *Las reformas en derechos humanos. Procesos colectivos y amparo*, México, Porrúa/UNAM, 2013, p. 14.

En palabras del juez Ferrer, el deber de convencionalidad es “el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana [...] se trata de un estándar mínimo para que en todo caso sea aplicado el *corpus iuris* interamericano”.¹⁹

Es preciso señalar que este mecanismo de control no trata de suplir las normas de origen nacional, con aquellas de fuente internacional, sino, en principio, busca armonizarlas, lo cual supone la obligación de realizar una interpretación conforme, con la finalidad de desterrar interpretaciones contrarias o incompatibles.²⁰

La obligación de privilegiar el principio pro persona

La nueva lógica de derechos humanos, que dio un giro trascendental a nuestro sistema jurídico, exige parámetros racionales que hagan convivir el principio de legalidad y la aspiración de asegurar la eficaz garantía de la dignidad humana.

Así, el principio *pro persona*, hace coincidir nuestro orden jurídico para favorecer al máximo los derechos humanos de las personas, en tanto criterio hermenéutico:

[...] que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.²¹

Asimismo, el párrafo tercero del artículo 1º constitucional establece cuatro obligaciones generales para todas las autoridades, de frente a estas prerrogativas fundamentales: *promover, respetar, proteger y garantizar*.

Si bien no hay exacta correspondencia entre el contenido del citado dispositivo constitucional y las interpretaciones realizadas por organismos internacionales de derechos humanos, respecto de los verbos que buscan armonizar el actuar del Estado con la dignidad humana y los principios esenciales de los derechos, es posible encontrar vasos comunicantes entre las diferentes tradiciones.

Por una parte, el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, de Naciones Unidas, por medio de las Observaciones Generales 3 y 31 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respecto del artículo 2.1 del Pacto Internacio-

¹⁹Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El Nuevo Paradigma para el Juez Mexicano”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Porrúa/UNAM, 2012, p. 340.

²⁰*Ibidem*, p. 343.

²¹Mónica Pinto, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales/Editores del Puerto, 2004, p. 163.

nal de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,²² reconoce que las obligaciones son tres: *respetar, proteger y cumplir o realizar*. Mientras que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”,²³ en una interpretación del artículo 1.1 de la Convención Americana, establece dos obligaciones: *respetar y garantizar*.

Así, el deber de *respetar* se refiere a que el Estado, en cumplimiento del orden jurídico establecido, debe abstenerse de hacer cualquier acción que transgreda o ponga en riesgo la vigencia del sistema de derechos y libertades fundamentales, que obliga a guiar la actuación de las autoridades en un esquema de restricción al ejercicio del poder estatal. Situación que contempla el uso de recursos disponibles para que los sujetos de derechos puedan satisfacerlos por medios adecuados.²⁴

Por otra parte, la de *proteger* los derechos humanos, se refiere a adoptar medidas tendientes a evitar que ocurran transgresiones a los mismos por parte de terceros. Obligación que podría considerarse como coadyuvante del deber de *garantizar*, que implica organizar el aparato gubernamental y las estructuras del poder público, de manera que sean capaces de asegurar, por vía del derecho, el libre ejercicio de los derechos humanos.²⁵

Estas dos últimas obligaciones —*promover y garantizar*— encierran deberes paralelos y correlativos que consisten en prevenir, investigar y sancionar las conductas que puedan eventualmente vulnerar derechos humanos, así como tomar medidas adecuadas para lograr su efectividad y crear recursos legales para su defensa.

Conclusión

La reforma en materia de derechos humanos, que ha sido calificada muchas veces como un paradigma del constitucionalismo mexicano moderno, no fue producto de un ejercicio de sublimación normativa; más bien, obedeció al déficit estatal en materia de derechos humanos por la falta de respuesta y solución a casos que daban muestras de inseguridad e impunidad en nuestro país, y exigían el desarrollo de un esquema de protección que dotara de máxima centralidad a la persona, tal como resolvió la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso “Radilla Pacheco”.

Los derechos humanos, de acuerdo con Ferrajoli,²⁶ son derechos fundamentales en razón a que conciernen a todas las personas; de ahí que el principio de soberanía popu-

²²Que entró en vigor para México el 23 de junio de 1981.

²³Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, San José de Costa Rica, sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo), párrafos 165 y 166.

²⁴Miguel Carbonell, “Las obligaciones del Estado en el artículo 1º de la Constitución mexicana”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Porrúa/UNAM, 2012, pp. 63-102.

²⁵Héctor Gros Espiell, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 65.

²⁶Cfr. Luigi Ferrajoli, *La democracia a través de los derechos*, Madrid, Editorial Trotta, 2014, pp. 42-45.

lar y la regla de la mayoría se subordine al principio sustancial de que no puede soslayar la mayoría el derecho de las minorías, cuando ese derecho es norma fundante del propio orden jurídico, en tanto que tales derechos constituyen un límite al poder público.

En el caso “Gelman *vs.* Uruguay”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que:

La democracia como postulado y regla de las mayorías constituye un límite infranqueable al ejercicio del poder público, en donde ese principio es la esfera de lo susceptible de ser decidido por las mayorías en instancias democráticas y en donde debe también primar un control de convencionalidad, que es función y tarea de cualquier autoridad y no sólo del Poder Judicial.²⁷

La orientación que en la interpretación judicial aporta el renovado artículo 1º de la Constitución no se reduce al ensanchamiento de las fuentes jurídicas que pueden ser utilizadas para resolver una controversia, al asimilar la obligatoriedad de los tratados internacionales de derechos humanos.

Su valor sustancial radica más bien a través de dos premisas básicas: el *principio persona*, que establece un deber concreto de privilegiar o favorecer la protección más amplia de la persona; y la infalibilidad del principio de progresividad, que asegura que el desarrollo tutelar del derecho no dé marcha atrás.

En materia electoral, cuya principal encomienda es la protección de los derechos políticos, como derechos humanos, la materialización del principio de progresividad aborda cada vez más espacios. La asunción de candidaturas independientes en paralelo al sistema de partidos políticos; el deber de instituciones y partidos políticos de respetar la paridad de género en la postulación de candidaturas a cargos de elección popular; el desarrollo de un nuevo esquema de protección a comunidades indígenas y sus integrantes, que ha permitido la materialidad de una Defensoría Pública gratuita en la justicia electoral que imparte el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, son algunos rasgos que permiten asegurar que la progresividad se encuentra a paso firme.

El principio de no regresión emerge como una verdadera invitación a dar continuidad a un esquema eficiente de tutela de derechos humanos que clama por la adopción de instituciones que favorezcan los derechos individuales y colectivos en materia política, pero sobre todo que oriente a los operadores jurídicos a favorecer en todo momento su protección más amplia.

²⁷Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Gelman *vs.* Uruguay”, sentencia de 24 de febrero de 2011, fondo y reparaciones, párr. 239.

Bibliografía

- ABREGÚ, Martín y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, 2004.
- ARNAUD, Martín, *Justicia Constitucional, Derechos Humanos y democracia en América Latina*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2014.
- ATTILLI, Antonella y Luis Salazar, “La otra transición. Hacia una nueva cultura política y jurídica”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, ITAM, núm. 37, octubre de 2012.
- BREMS, Eva, *Human rights: universality and diversity*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2001.
- CARBONELL, Miguel y Pedro Salazar (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Porrúa/UNAM, 2012.
- Contradicción de tesis 293/2011, Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Gelman vs. Uruguay”, sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y reparaciones).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, San José de Costa Rica, 1988.
- DONNELLY, Jack, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 2a. ed., New York, Cornell University Press, 1993.
- FERRAJOLI, Luigi, *La democracia a través de los derechos*, Madrid, Editorial Trotta, 2014.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Carlos María Pelayo Möller, “La Obligación de Respetar y Garantizar los Derechos Humanos a la Luz de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana. Análisis del artículo 1º del Pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año X, núm. 2, 2012.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y Salvador Valencia Carmona, *Las reformas en derechos humanos. Procesos colectivos y amparo*; 1a. ed., México, Porrúa/UNAM, 2013.
- GROS ESPIELL, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991.
- HUNTINGTON, Samuel, *La tercera ola. La democratización a finales del siglo XX*, Barcelona, Paidós, 1994.
- MOCTEZUMA BARRAGÁN, Javier, *José María Iglesias y la justicia electoral*, México, UNAM, 1994.
- STONE, Geoffrey et al., *Constitutional Law*, New York, Wolters Kluwer, 2009.
- Tesis 2a. CXXVI/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo II, noviembre de 2015, p. 1298.
- VILLÁN DURÁN, Carlos, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Trotta, 2002.

El artículo 1° constitucional y la materia electoral

Introducción

El sistema jurídico mexicano se ha forjado a través de un siglo de acontecimientos históricos, costumbres positivistas y diversos ordenamientos que han derivado del régimen constitucional.

No obstante, el país se encuentra frente a retos que no admiten demora, uno de ellos es adoptar medidas tanto formales como materiales, tendientes a precisar los alcances de los derechos humanos y la existencia de mecanismos efectivos para su protección, a efecto de obtener una justicia sustancial.

En ese sentido, como se señala en los Principios de Bangalore¹ la labor jurisdiccional debe

Apoyar la integridad del sistema judicial y fortalecer la autoridad moral de los jueces, objetivos determinantes y de gran importancia en una sociedad democrática que reclama la revalorización de normas de conducta que garanticen el profesionalismo, la independencia, imparcialidad, integridad, idoneidad y eficiencia de los administradores de justicia.

Por ese motivo, la relación existente entre las funciones de las autoridades y el Derecho, debe entenderse de forma dinámica, lo que obliga a los órganos encargados de impartir justicia a ponderar las posibles soluciones de los conflictos que se someten a su considera-

Sumario

Introducción	151
La reforma al artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos y sus alcances	152
Protección de los derechos político electorales como derechos humanos	154
La labor del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación a través de la reforma constitucional	157
Conclusión	161
Bibliografía	162

¹Publicados en 2002 con motivo del Congreso de Bangalore, capital de Karnataka en India. El borrador del Código de Bangalore sobre la Conducta Judicial de 2001, fue aprobado por el Grupo Judicial de Reforzamiento de la Integridad Judicial, tal y como fue revisado en la Reunión en Mesa Redonda de Presidentes de Tribunales Superiores celebrada en el Palacio de la Paz de La Haya, Países Bajos, el 25 y 26 de noviembre de 2002.

ción, a efecto de hacer vigentes y maximizar los derechos de las personas que convergen en una sociedad, mediante resoluciones prácticas, apegadas a la realidad y sobre todo humanas.

Bajo esa premisa, en el apartado inicial de este documento, se aborda el contenido y alcance de la reforma más reciente al artículo 1º constitucional en materia de derechos humanos, a efecto de exponer las razones que llevan a calificarlo como un *nuevo paradigma en el reconocimiento y protección de los derechos en comento*. Enseguida, se explica por qué, en la actualidad, los derechos políticos son considerados como derechos humanos, así como las implicaciones de esa concepción. Finalmente, se expone la labor del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en particular, para favorecer el pleno y real ejercicio de las libertades y los derechos relacionados con los principios de igualdad, equidad y de protección a las comunidades indígenas.

La reforma al artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos y sus alcances

El 10 de junio de 2011 es una fecha de suma trascendencia para el sistema jurídico mexicano, pues ese día se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto de reforma constitucional² por el que se estableció el nuevo paradigma en el reconocimiento y protección de los derechos humanos, mediante la reforma, entre otros, al artículo 1º de la Constitución General de la República, esencialmente a sus tres primeros párrafos.³

En la modificación al primer párrafo, se sustituyó la referencia original a que todo individuo gozará de las garantías que otorga la Constitución, por el reconocimiento de los derechos humanos, así como de las garantías para su protección, redacción que implica que ahora el Estado no concede, sino que reconoce los derechos inherentes a todas las personas sin distinción; es decir, se trata de reglas que son aplicables tanto a las personas físicas como a las morales, en los derechos humanos que les son aplicables.⁴

²Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

³Conviene mencionar que, en la diversa reforma constitucional de 14 de agosto de 2001, ya se habían adicionado un segundo y tercer párrafos, relativos a las prohibiciones de esclavitud y discriminación, por lo que con la reforma de 2011 éstos se recorrieron y actualmente corresponden a los párrafos cuarto y quinto. Ahora, los primeros tres párrafos quedaron de la siguiente manera:

Artículo 1º. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

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. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

⁴PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. ES APLICABLE RESPECTO DE LAS NORMAS RELATIVAS A LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS QUE SEAN TITULARES LAS PERSONAS MORALES. 10a. Época; Pleno; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; Libro 16, marzo de 2015; tomo I; p. 117. P./J. 1/2015 (10a.).

Por otra parte, se reconoce como fuente de derechos humanos ya no sólo a la Constitución General de la República, sino también a los previstos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte, los cuales no se relacionan en términos jerárquicos, sino que constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional y sólo en el caso de que en la Constitución General de la República se prevea de manera expresa una restricción, debe estarse a esta última.⁵ Asimismo, se deben considerar los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, así como los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la Corte aludida.⁶

En el segundo párrafo, se dispuso que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la propia Constitución y con los tratados internacionales en la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas, la protección más amplia; esto es, se estableció el principio *pro personae*, como criterio hermenéutico que impone al operador jurídico la obligación de acudir a la interpretación más amplia o extensiva de la norma, cuando se trata del reconocimiento de derechos, o bien, a la interpretación más restringida tratándose de limitaciones o suspensiones al ejercicio de los mismos.⁷

Por lo que hace al tercer párrafo; en éste se vinculó a todas las autoridades, sin excepción, para que, en el ámbito de sus competencias, promuevan, respeten, protejan y garanticen los derechos humanos, atendiendo a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Asimismo, el Estado contrajo la obligación de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos establecidos por la legislación secundaria.

Los avances en materia de derechos humanos alcanzados por la citada reforma, se vieron complementados con lo determinado por el Pleno del Alto Tribunal en el expediente Varios 912/2010, con motivo del cumplimiento de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso “Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos”, en específico, con respecto al ejercicio del control *ex officio*.

Para el ejercicio del control *ex officio*, el Alto Tribunal ha establecido las directrices para su implementación:

- *En primer lugar*, todos los jueces y autoridades *deben formular una interpretación conforme*, en sentido amplio, lo que implica analizar el orden jurídico de acuerdo con los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en

⁵DERECHOS 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. 10a. Época; Pleno; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; Libro 5, abril de 2014; tomo I; p. 202. P./J. 20/2014 (10a.).

⁶PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. Localización: [TA]; 10a. Época; Pleno; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Libro III, diciembre de 2011; tomo 1; p. 551. P. LX-VIII/2011 (9a.).

⁷PRINCIPIO PRO PERSONAE. EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS DEBEN ANALIZARSE A PARTIR DE AQUÉL. [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Libro V, febrero de 2012; tomo 1; p. 659. 1a. XXVI/2012 (10a.).

los que el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia.

- En segundo lugar, debe realizarse una interpretación conforme, en sentido estricto cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, de modo que los jueces, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, deben preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Carta Magna y en los tratados internacionales, para evitar afectación alguna al contenido esencial de estos derechos.

- Finalmente, cuando las opciones anteriores no son posibles, se debe inaplicar la norma.⁸ Pero se debe tener presente que no todo ejercicio de control de constitucionalidad *ex officio* de los derechos humanos contenidos en la Carta Magna y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte, lleva a la inaplicación de la norma, ya que puede salvarse la constitucionalidad de la misma mediante una interpretación conforme en los sentidos amplio o estricto.⁹

Lo anterior, tomando en consideración que al reconocerse rango constitucional a los derechos humanos de fuente internacional, ello no tuvo por objeto la subordinación de la Constitución a las convenciones internacionales, sino la armonización de ambos ordenamientos jurídicos, con la interpretación más favorable de esos derechos, a favor de la persona.

De esta manera, cuando exista una restricción expresa en la Constitución al ejercicio de un derecho humano, debe acatarse el principio de supremacía constitucional, es decir, se debe estar a lo que ordene ésta, pues subsiste la máxima jerarquía constitucional en ese aspecto, en tanto norma fundamental del orden jurídico y, consecuentemente, que las restantes previsiones deben ser acordes con ella.

De todo lo anterior, se advierte que la trascendencia de la reforma radica en establecer a los derechos humanos, como eje rector de todas las decisiones y acciones de las autoridades, ya sea de fuente constitucional o convencional, los cuales, se deben ampliar en su ejercicio, con lo que, sin duda, se fortalece el Estado democrático de Derecho.

Protección de los derechos político electorales como derechos humanos

En principio, debe decirse que los derechos políticos son las titularidades vinculadas con el ejercicio amplio de la participación política, entendida como toda actividad de los miembros de una comunidad derivada de su derecho a decidir sobre el sistema de gobierno, elegir representantes, ser elegidos y ejercer cargos de representación, participar en la definición de normas y políticas públicas, así como controlar el ejercicio de las

⁸Esto se desprende de la tesis de rubro: PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. Localización: [TA]; 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su *Gaceta*; Libro III, diciembre de 2011; tomo 1; p. 552. P. LXIX/2011(9a.).

⁹CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. SU EJERCICIO NO NECESARIAMENTE LLEVA A LA INAPLICACIÓN DE UNA NORMA. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 1, diciembre de 2013; tomo 1; p. 511. 1a. CCCLIX/2013 (10a.).

funciones encomendadas a sus representantes. En tal virtud, los derechos en comento se traducen en una especial relación entre el ciudadano y el poder, pues a través de su ejercicio, la ciudadanía confiere legitimidad a las autoridades y al régimen, haciendo posible la efectiva presencia de las personas en la esfera pública y de decisión.¹⁰

En la actualidad, resulta innegable que los derechos políticos son derechos humanos; sin embargo, por décadas existió la concepción generalizada de que los tribunales debían permanecer ajenos al conocimiento de las denominadas “cuestiones políticas”, categoría dentro de la cual se comprendía a las “cuestiones electorales”, cuyo arreglo se consideró reservado a las cámaras del Poder Legislativo o a organismos administrativos.¹¹

Así, la carencia de tutela jurisdiccional de los derechos político-electorales mediante juicio de amparo o cualquier otra vía judicial, tiene su punto de partida en una célebre controversia entre dos de los juristas más importantes de finales del siglo XIX, José María Iglesias e Ignacio Luis Vallarta, ambos, en su momento, presidentes de la Suprema Corte de Justicia, en relación a la idea de la “incompetencia de origen”.

Por una parte, José María Iglesias afirmaba que si el artículo 16 de la Constitución de 1857 disponía que todo acto de afectación a los particulares debía emanar de autoridad competente, había que presuponer la exigencia del origen legítimo de tal autoridad. En tanto que Ignacio L. Vallarta consideraba que la idea de legitimidad no debía ser objeto de enjuiciamiento por la Suprema Corte, al tratarse de una cuestión de carácter político. Este último planteamiento fue adoptado por el Alto Tribunal en el “amparo Salvador Dondé” de 1881.

Lo anterior se reforzó con el argumento de que el juicio de amparo se había instituido para la protección de las “garantías individuales”, concepto asociado con la noción de “derechos civiles”, por lo que un juicio de garantías no podía enderezarse a la tutela de “derechos políticos” de carácter individual.¹²

Incluso, la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dedicó apartados distintos para las llamadas “garantías individuales” (contenidas en el capítulo I, del título primero, artículos 1º a 29), y para las “prerrogativas del ciudadano” (comprendidas en el capítulo IV, del título primero, artículo 35), situación que era acorde, además, con la disposición expresa de improcedencia del juicio de amparo contra las resoluciones o declaraciones de los organismos y autoridades en materia electoral (prevista en el artículo 73, fracción VII, de la abrogada Ley de Amparo).¹³

¹⁰Sonia Picado, “Derechos políticos como derechos humanos”, en Nohlen Dieter *et al.* (comps.), *Tratado de Derecho Electoral Comparado en América Latina*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 48-51.

¹¹Margarita B. Luna Ramos, *Control constitucional de leyes electorales, la acción de inconstitucionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.

¹²Eduardo Ferrer Mac Gregor y Alfonso Herrera García, *El amparo electoral en México y España: una perspectiva comparada*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2011, pp. 25-27.

¹³En el texto de la nueva Ley de Amparo publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 2 de abril de 2013, concretamente en el artículo 61, fracciones IV y XV se prevé la improcedencia del juicio de amparo contra resoluciones dictadas por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y contra las resoluciones o declaraciones de las autoridades competentes en materia electoral.

Con la reforma constitucional de 1996, se legitimó a los partidos políticos para que cuestionaran la constitucionalidad de leyes electorales federales y locales, a través de las acciones de inconstitucionalidad competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En ese año, se expidió la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral que, entre otros medios de defensa, contemplaba el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, cuya competencia recayó en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, con lo cual se modificó la marcada concepción de los derechos políticos como ajenos a los derechos humanos, al tiempo que se colmó la demanda social de implementar mecanismos para su defensa. Con la reforma electoral de 2007 se otorgó al Tribunal Electoral la facultad de declarar la no aplicación de leyes contrarias a la Constitución General, con efectos al caso concreto, según se explica adelante.

Ahora los derechos del ciudadano o derechos políticos están previstos en el artículo 35 de la Constitución General, a saber:¹⁴

- Votar en las elecciones populares.
- Poder ser votado para los cargos de elección popular.¹⁵
- Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país.
- Ejercer el derecho de petición.
- Iniciar leyes.
- Votar en las consultas populares sobre temas de trascendencia nacional.

Por tanto, al ser una categoría de derechos humanos, los derechos políticos tienen dos importantes dimensiones:¹⁶

- Les son aplicables las normas desarrolladas internacionalmente en relación a los derechos humanos, tales como, criterios de interpretación, instrumentos específicos de protección y acceso a sistemas internacionales de protección.
- Poseen características propias, entre ellas, causales distintas y más numerosas en materia de limitaciones, así como la necesidad de mecanismos, procedimientos e instituciones que traduzcan los principios generales en derechos que puedan efectivamente ejercerse.

¹⁴La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha reconocido la estrecha relación de los derechos de petición, de información, de reunión o de libre expresión y difusión de las ideas, por mencionar algunos, con el ejercicio de los derechos político-electorales, cuya vinculación hace indispensable su protección. En términos de la jurisprudencia 36/2002, de rubro “JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO. PROCEDE CUANDO SE ADUZCAN VIOLACIONES A DIVERSOS DERECHOS FUNDAMENTALES VINCULADOS CON LOS DERECHOS DE VOTAR, SER VOTADO, DE ASOCIACIÓN Y DE AFILIACIÓN”.

¹⁵Tomando en consideración que puede obtenerse el registro como candidato, a través de la solicitud que se formule un partido político o un ciudadano de manera independiente, ante la autoridad administrativa correspondiente.

¹⁶Sonia Picado, *op. cit.*, p. 50.

Al margen del control que pueden llevar a cabo todas las autoridades y jueces electorales del país con motivo de lo establecido en la reforma constitucional en materia de derechos humanos, el control de constitucionalidad en materia electoral a nivel federal, tiene una estructura dual, pues se instauró de manera diferenciada; es decir, por una parte, un control abstracto de la constitucionalidad de las leyes electorales, del cual se encarga de manera exclusiva la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de las acciones de inconstitucionalidad (artículo 105, fracción II, inciso i) de la Constitución General) y, por otra, un control concreto de la constitucionalidad de actos y resoluciones electorales del cual velan las distintas Salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en los medios de impugnación en materia electoral¹⁷ (artículos 41, base VI y 99, párrafo primero de la Constitución General).

Posteriormente, en la reforma constitucional de 2007 se permitió al Tribunal Electoral, como máxima autoridad en la materia, cumpliera con su función de garantizar en la resolución de los medios de impugnación de su competencia, el principio de constitucionalidad de todos los actos y resoluciones electorales, pues a partir de entonces pudo analizar los dos aspectos que pueden originar su inconstitucionalidad: por un lado, la posible contravención de normas constitucionales que las autoridades electorales apliquen o tengan el deber de aplicar directamente y, por otro, las posibles violaciones que generen los actos impugnados, derivadas de una propia inconstitucionalidad o de que las normas aplicadas contravengan los preceptos constitucionales.

Así, el control de constitucionalidad ejercido por el Tribunal Electoral, hasta antes de la reforma que nos ocupa, quedó con un perfil más integral, pues de manera general, en todos los medios de impugnación de su competencia debe garantizar la observancia de la regularidad constitucional de todos los actos de autoridad y de los partidos políticos, con la facultad de declarar la inaplicación al caso concreto de las normas consideradas contraventoras de la Carta Magna o de los derechos humanos de fuente internacional.

La labor del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación a través de la reforma constitucional

La función jurisdiccional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, como tribunal constitucional, ha sido de la mayor importancia para que los ciudadanos, militantes, precandidatos, candidatos y partidos políticos puedan ejercer sustancialmente sus derechos político-electorales, y ha sustentado criterios ampliándolos, para

¹⁷De conformidad con los artículos 3 y 4 de la *Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral*, el citado sistema se integra por el recurso de revisión; el recurso de apelación, el juicio de inconformidad; el recurso de reconsideración; el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano; el juicio de revisión constitucional electoral, el juicio para dirimir los conflictos o diferencias laborales entre el Instituto Nacional Electoral y sus servidores, así como el recurso de revisión del procedimiento especial sancionador. Respecto de los cuales, corresponde al Instituto Nacional Electoral únicamente conocer y resolver el recurso de revisión, y al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, los demás juicios y recursos.

favorecer su pleno y real ejercicio, actuación que se vio reforzada con la reforma constitucional al artículo 1° de la Constitución General de la República.

Lo anterior queda de manifiesto en diversas resoluciones en las que se han maximizado los derechos fundamentales que suponen vivir en una democracia, como son los de libertad, igualdad, equidad, paridad de género, autodeterminación de los pueblos indígenas, entre otros, protegiendo también a los grupos más vulnerables, como se ejemplifica a continuación.

Un criterio relevante en materia de derechos humanos surgió en el juicio ciudadano 2188 de 2014 y sus acumulados, luego de que la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, planteara una interpretación sistemática y funcional del artículo 41 constitucional, tomando en consideración los principios *pro personae* y de igualdad material, así como lo establecido en los instrumentos internacionales relacionados con los derechos de la mujer, esto es, determinó que el principio de paridad de género debía observarse en la integración de los organismos públicos locales electorales (OPLE), al tratarse de un órgano público colegiado, esto es, ya no sólo en la conformación de órganos legislativos.

Así, al examinar el proceso de selección y designación de consejeras y consejeros del organismo público electoral del estado de Morelos, se determinó que los lineamientos y la convocatoria respectivos, tenían como finalidad principal, lograr el equilibrio de géneros en la participación e integración del órgano, lo que implicaba que por lo menos tres de sus integrantes pertenecieran al mismo género y los cuatro restantes al género distinto.

Por tal motivo, en la primera etapa del procedimiento, consistente en un examen de conocimientos, se consideró válido que la competencia se entablara entre personas del mismo género, a efecto de conformar dos listas: una integrada por mujeres que obtuvieran el mayor número de aciertos y otra por hombres con los mejores resultados en dicha etapa.

En ese tenor, la determinación en comento no podía calificarse como discrecional, pues atendía a la obligación que impone el artículo 1° constitucional a todas las autoridades, en el sentido de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, a fin de alcanzar una integración paritaria entre géneros en el órgano electoral local.

Aunado a ello, se trataba de una medida compensatoria tendiente a disminuir las diferencias entre mujeres y hombres, garantizando a su vez que ambos tuvieran la posibilidad material de participar y, en su caso, integrar el organismo público local. Así, se consideró que todo acto que se adopte de manera razonable, proporcional y objetiva, a fin de revertir la situación de desigualdad entre los géneros, es acorde con el principio *pro persona* y, por ende, no resulta ofensivo de la dignidad humana ni discriminatorio.

En suma, la Sala Superior razonó que el Estado mexicano tiene el deber jurídico de respetar y hacer vigentes los derechos humanos de carácter político-electoral, consistentes en votar, ser votado, de asociación y de afiliación, con todas las facultades inherentes a tales derechos, o bien, de otro carácter que sean necesarias para dar vigencia o efectividad a tales derechos y libertades, mediante el despliegue de actos positivos que se concreten en ciertas leyes o medidas de cualquier índole.

Por tanto, el criterio que ahora se comenta, dota de eficacia al principio de paridad de género, incluido en la Carta Magna con la reciente reforma en materia político-electoral de febrero de 2014, ya que no se limita a la integración de órganos legislativos federales, sino que potencia sus efectos a la conformación de cualquier órgano público electoral colegiado, tales como los organismos públicos locales, de ahí la importancia de la labor jurisdiccional.

Otro tema de gran relevancia es en materia de libertad de expresión en los distintos aspectos políticos y electorales, al ser indispensable para la formación de la opinión pública y condición necesaria para que la sociedad pueda ejercer un voto informado y, por tanto, verdaderamente libre.

En este rubro, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, también ha emitido criterios que han buscado garantizar la libre circulación de ideas, particularmente durante el desarrollo de las precampañas y campañas electorales, casos en los cuales ha estimado que es necesario proteger y alentar un debate intenso y vigoroso, que atienda a la dimensión deliberativa de la democracia representativa, protegida tanto constitucional, como convencionalmente.

Ejemplo de ello es el criterio sustentado al resolver el recurso de revisión del procedimiento especial sancionador 140 de 2016,¹⁸ en el cual se controvertió la determinación de la entonces autoridad responsable por la que, entre otras cuestiones, estableció que los promocionales en radio y televisión denunciados, tenían un contenido calumnioso, derivado de que, en concepto de la propia responsable, diversas frases atribuyeron el aumento patrimonial de la entonces candidata a la gubernatura del estado de Puebla, a posibles conductas delictuosas.

En principio, la Sala Superior expuso que, de una interpretación sistemática de lo dispuesto en los artículos 6º, primer párrafo, y 41, en relación con el artículo 1º, todos de la Constitución General de la República, los límites y restricciones expresamente previstos al derecho a la libertad de expresión son: ataques a la moral, la vida privada o los derechos de terceros; que se provoque algún delito, se perturbe el orden público y, particularmente, que la propaganda política o electoral que difundan los partidos y candidatos sea calumniosa, entendiendo por calumnia la imputación de hechos o delitos falsos con impacto en un proceso electoral, según lo dispone el párrafo 2 del artículo 471 de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales.

Con base en ello, razonó que si bien a primera vista, el promocional pudiera tener la insinuación de que la citada candidata realizó actividades deshonestas, lo cierto es que, analizadas en su contexto integral, no constituyen propaganda política o electoral calumniosa. Esto, porque cuando se desarrollan procesos electorales el debate político adquiere su manifestación más amplia y, por tanto, los límites habituales al ejercicio de la libertad de expresión, en el caso, el relativo a la calumnia, deben ensancharse en los temas de interés público a efecto de privilegiar la libertad de expresión, indispensable para generar una opinión pública libre e informada.

¹⁸El caso se conoció con el nombre de “Blanca no tan Blanca”.

Además, la Sala Superior puntualizó que en el ámbito político-electoral es preciso extender el derecho humano a la libertad de expresión, particularmente cuando los promocionales denunciados involucran una crítica a los servidores públicos en el manejo de recursos del Estado, a pesar de que ésta sea fuerte o molesta. Ello, porque la necesidad de ejercer un control eficaz sobre el manejo de los asuntos públicos, como garantía necesaria de una sociedad democrática, requiere que las personas que tengan a su cargo el manejo de los mismos (servidores públicos en general) o quienes aspiren a tenerlo (como los candidatos a los cargos de elección popular), cuenten con una protección diferenciada frente a la crítica, en relación con la que tendría otra persona que no esté involucrada en asuntos de tal naturaleza. Lo cual se traduce en que las personas con proyección pública están sujetas a un mayor margen de apertura a la crítica y al control riguroso de sus actividades.

En tal lógica, la Sala Superior determinó que el contenido del spot encontraba protección en el marco constitucional e internacional relacionado con el derecho a la libertad de expresión, pues tomando en cuenta los elementos discursivos del promocional denunciado, demostraron que el tipo de mensaje era de carácter político-electoral; que la destinataria era una servidora pública; que el debate planteado abordó temáticas de interés general como la transparencia, rendición de cuentas, lucha contra la corrupción, probidad y honradez de servidores públicos en funciones y candidatos, y que el tiempo en que se difundió correspondió al desarrollo del proceso electoral.

Con criterios como el anterior, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha protegido la manifestación de ideas, expresiones y opiniones que, aunque pueden constituir una crítica severa, vehemente, molesta o perturbadora, en los procesos electorales a personas con proyección pública, permite a la ciudadanía, conocer, cuestionar e investigar sobre la capacidad, probidad e idoneidad de funcionarios públicos, candidatos y partidos políticos, cuyas propuestas o desempeño puede evaluar, con lo que finalmente se contribuye a la formación de una opinión pública libre, así como al fomento de una auténtica cultura democrática.

Finalmente, en materia de autodeterminación y derechos indígenas, la Sala Superior, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 1º constitucional, en el juicio ciudadano 9167 de 2011, resolvió en plenitud de jurisdicción la consulta que la comunidad indígena de “San Francisco Cherán”, del estado de Michoacán, formuló al Instituto Electoral de esa entidad federativa, consistente en determinar si procedía o no el reconocimiento o restitución de su derecho de autogobierno.

A través de tal decisión, se garantizó por un lado, el acceso pleno a la justicia a dicha comunidad indígena, sin dejar de observar que en estos casos el juzgador tiene el deber de interpretar las disposiciones constitucionales y legales, con especial consideración a las normas consuetudinarias y condiciones particulares de la comunidad, tales como la forma de vida y costumbres, los conocimientos y el grado de desarrollo artístico, científico o industrial, entre otros.

Así, se reconoció su derecho al autogobierno, como una manifestación concreta de su autodeterminación, lo que constituye un elemento esencial para la protección y desarrollo de dichos pueblos, mediante una interpretación acorde con las disposiciones

reconocidas tanto en la Constitución, como en los instrumentos internacionales, relacionados con los derechos de los pueblos indígenas.

De manera que, atenta a la obligación constitucional de realizar en todo momento una interpretación *pro personae* de los derechos humanos, la Sala Superior ha reafirmado el criterio de potencializar el ejercicio de los derechos de las comunidades indígenas y su protección más amplia, al determinar que el derecho al autogobierno engloba no sólo el derecho a elegir a sus autoridades o su forma de organización, sino también el derecho a la consulta de todas aquellas medidas que les afecten, emitidas por las autoridades estatales.

Por tal motivo, la Sala Superior ha sostenido de forma reiterada la obligación de las autoridades administrativas electorales de consultar a las comunidades indígenas, de forma previa a la emisión de un acto susceptible de afectar sus derechos, tal es el caso, del recurso de apelación 677 de 2015.

En dicho asunto, se determinó que el Instituto Nacional Electoral había vulnerado los artículos 1° y 2°, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el numeral 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, al determinar la demarcación territorial de los distritos electorales uninominales locales en el estado de Oaxaca.

Al resolver ese expediente reiteró el criterio sobre la obligación de los gobiernos de consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y, en particular, a través de sus instituciones representativas, cada vez que se provean medidas administrativas susceptibles de afectarles directamente, con el propósito de garantizar la vigencia de sus derechos indígenas y el desarrollo integral de estas comunidades.

Por tanto, se decidió que era necesario que, en los trabajos de geografía electoral ejecutados por el Instituto Nacional Electoral, se realizaran consultas previas, libres, informadas y de buena fe a los pueblos y comunidades indígenas, para efecto de generar la menor afectación posible a sus usos y costumbres, sin que el resultado de la consulta tenga efectos vinculantes, ya que a través de este ejercicio se logra una mejor integración de los distritos electorales, cumpliendo lo previsto en el artículo 2° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues se deben tener en consideración los derechos político-electorales de los pueblos indígenas en la ejecución de los actos de autoridad, tomando en cuenta su mejor convivencia, así como su dimensión cultural, poblacional y territorial.

La breve exposición de estos casos demuestra el compromiso constante del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación con la salvaguarda de los derechos de las comunidades indígenas.

Conclusión

Actualmente la función de todas las autoridades se rige por los parámetros establecidos en el artículo 1° de la Constitución General, reformado en 2011, por lo que tienen la

obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de las personas físicas y jurídicas, de fuente tanto constitucional como internacional, desde el respectivo ámbito de su competencia.

Es por ello que a la autoridad jurisdiccional en materia electoral, le compete la protección de los derechos humanos en la materia político-electoral, a través de un amplio margen de acción respecto de las controversias que se someten a su consideración, por lo que el juzgador electoral, a través de la interpretación de la ley y por tratarse de derechos humanos, está obligado a ampliar, maximizar, integrar o complementar la ley, siempre con un actuar ponderado, razonable y prudencial.

Ello, porque al tener las normas un carácter general, abstracto e impersonal, no pueden dar respuesta al caso concreto o a los supuestos que surgen en la práctica, por lo que es necesaria la intervención del juzgador electoral, a fin de adecuar el sistema normativo y cumplir con los estándares nacionales e internacionales, en términos de la reforma constitucional en materia de derechos humanos.

Por tanto, los juzgadores, dentro del respectivo ámbito de competencias, deben velar porque los derechos político electorales se constituyan en vías que posibilite su ejercicio abierto, plural y expansivo; y sólo cuando existan condiciones que atenten contra los valores fundamentales de la democracia, aplicar los límites necesarios a su ejercicio, pues ellos constituyen una de las columnas de nuestro sistema democrático.

Bibliografía

Libros

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Herrera García, Alfonso, *El amparo electoral en México y España: una perspectiva comparada*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2011.
- LUNA RAMOS, Margarita B., *Control constitucional de leyes electorales, la acción de inconstitucionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.
- PICADO, Sonia, “Derechos políticos como derechos humanos”, en Nohlen Dieter *et al.* (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado en América Latina*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2007.

Leyes, sentencias y jurisprudencia

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el DOF, 5 de febrero de 1910, con última reforma del 29 de enero de 2016.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, disponible en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm
- Control de constitucionalidad y convencionalidad. Condiciones para su ejercicio oficioso por los órganos jurisdiccionales federales. Jurisprudencia 2a. /J. 69/2014, 2a. Sala, 10a. Época, *Gaceta SJF*, libro 7, junio de 2014, tomo I, p. 555.

- Control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio*. Condiciones generales para su ejercicio. Localización: [J]; 10a. Época; 1a. Sala; *Gaceta SJF*; Libro 27, febrero de 2016; tomo I; p. 430. 1a./J. 4/2016 (10a.).
- Control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio*. Su significado y alcance. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; *Gaceta SJF*; Libro 1, diciembre de 2013; tomo I; p. 512. 1a. CCCLX/2013 (10a.).
- Control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio*. Su ejercicio no necesariamente lleva a la inaplicación de una norma. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; *Gaceta SJF*; Libro 1, diciembre de 2013; tomo I; p. 511. 1a. CCCLIX/2013 (10a.).
- Decreto por el que se modifica la denominación del capítulo I del título primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* 10 de junio de 2011.
- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre los Pueblos Indígenas y Tribales de 1989.
- 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. Localización: [J]; 10a. Época; Pleno; *Gaceta SJF*; Libro 5, abril de 2014; tomo I; p. 202. P./J. 20/2014 (10a.).
- Expediente varios 912/2010, resuelto el 14 de julio de 2011, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cumplimiento del caso “Rosendo Radilla Pacheco vs. Estado Mexicano”.
- Parámetro para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos. Localización: [TA]; 10a. Época; Pleno; *SJF y su Gaceta*; Libro III, diciembre de 2011; tomo I; p. 551. P. LXVIII/2011 (9a.).
- Pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos. Localización: [TA]; Pleno; *SJF y su Gaceta*; Libro III, diciembre de 2011; tomo I; (10a.).
- Principio de interpretación más favorable a la persona. Es aplicable respecto de las normas relativas a los derechos humanos de los que sean titulares las personas morales. 10a. Época; Pleno; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; Libro 16, marzo de 2015; tomo I; p. 117. P./J. 1/2015 (10a.).
- Principio *pro personae*. El contenido y alcance de los derechos humanos deben analizarse a partir de aquél. [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; *SJF y su Gaceta*; Libro V, febrero de 2012; tomo I; p. 659. 1a. XXVI/2012 (10a.).
- Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de mayo de 2014.

Control de convencionalidad y derechos humanos de los migrantes

Aproximación

Desde los inicios del Estado-Nación, los Estados no han estado obligados jurídicamente a admitir a los extranjeros, ni ello ha sido establecido como obligación en ningún tratado internacional de alcance universal. Las doctrinas tradicionales de la soberanía de los Estados se encargaron de enfatizar la diferencia de trato entre nacionales y extranjeros, basada precisamente en el nexo de la nacionalidad. La codificación del tratamiento de los extranjeros en un contexto general no ha sido ni siquiera intentada por la comunidad internacional. Así, y a pesar de que existen avances en la materia a través de los tratados internacionales que han permitido que los Estados establezcan regímenes más comprensivos relativos a la admisión, permanencia y expulsión de extranjeros, primero con los tratados de capitulación, navegación, amistad y comercio, y actualmente con los de derechos humanos que protegen a ciertos grupos vulnerables de extranjeros como solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, trabajadores migrantes y otros que han sido agrupados dentro de la categoría de extranjeros, no existe un tratado internacional que delimite los derechos de los extranjeros de un modo general.¹

Ahora, el que no exista un tratado internacional que delimite los derechos de los extranjeros de un modo general, por un lado y, por otro lado, que los Estados son soberanos en la admisión de extranjeros en sus territorios y en la determinación de su política migratoria, no implica que los Estados no actúen dentro del estándar

¹La Convención de Trabajadores Migratorios de la ONU es el tratado general que existe hasta la fecha; sin embargo, no se refiere a los extranjeros en general, sino a los extranjeros en su faceta como trabajadores y a sus familias.

Sumario

Aproximación	165
Los migrantes irregulares como grupo humano vulnerable.	166
Obligaciones de México al ser parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)	170
Control de convencionalidad y migración.	178

internacional de derechos humanos en su trato a los extranjeros en su territorio, cualquiera que haya sido su forma de entrada o su actual estatus migratorio, toda vez que antes de ser extranjeros *son personas, humanos amparados* por el Derecho internacional de los derechos humanos. La protección de los derechos humanos de los migrantes no deja de suscitar controversia entre los Estados, debido a que implica una disminución de la autonomía y soberanía que de manera tradicional han gozado en su tratamiento hacia estas personas. Y si históricamente esta cuestión ha generado suficiente controversia en el seno del Derecho internacional, más la ocasionan fenómenos contemporáneos como la migración irregular y su inevitable repercusión en esta materia. En este sentido es preciso resaltar la importancia del Derecho internacional, tanto general como convencional, para defender los derechos humanos de los migrantes.

Este artículo abordará las áreas de oportunidad que tiene el Derecho internacional, en este caso, a través del mecanismo de control de convencionalidad, para coadyuvar al respeto y la garantía de los derechos humanos de los migrantes en México. Esto en especial a raíz de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del año 2011, que implicó la apertura del sistema jurídico mexicano al ordenamiento internacional; la recepción e incorporación de tratados internacionales de derechos humanos al derecho interno con rango constitucional, y el reconocimiento del derecho derivado de los propios tratados y de la jurisprudencia de las jurisdicciones internacionales que han sido reconocidas por México. Esto de acuerdo con el artículo 1º de la Constitución.

Los migrantes irregulares como grupo humano vulnerable

Los migrantes irregulares pertenecen a los llamados “grupos vulnerables”, los cuales son sectores de la sociedad con mayores posibilidades, en relación con otros grupos dentro del Estado, de ser sometidos a prácticas discriminatorias, violencia, desastres naturales o ambientales o penuria económica.² Se considera que son extranjeros especialmente vulnerables en virtud de que arriesgan —y muchos pierden— sus vidas al intentar cruzar las fronteras de forma irregular³ (cuando su irregularidad es originaria y no sobrevenida); porque su condición migratoria los hace un blanco fácil de explotación laboral; porque no tienen acceso a los servicios de salud y educación; y porque sus hijos son privados de los mismos servicios y muchas veces son convertidos en apátridas. Otros motivos que los hacen un grupo vulnerable son la falta de una vivienda adecuada, forzándolos a la indigencia; así como la criminalización de su condición

²OIM, Glosario sobre Migración, Ginebra, OIM, 2006, p. 30.

³Por ejemplo, se estima que al menos 14,797 migrantes fallecieron en los últimos 10 años al intentar llegar a Europa. Datos de *Fortress Europe*; informes anuales tomado de <http://fortresseurope.blogspot.com>. Las mujeres y los niños son particularmente vulnerables en los viajes a Europa por tierra y por mar, y constituyen un número desproporcionado de los muertos debidos al cruce irregular de fronteras. Véase *Preocupaciones principales de PICUM sobre los derechos fundamentales de los migrantes indocumentados en Europa 2009*, Bruselas, PICUM, 2009, p. 14.

migratoria, lo cual hace que vivan en la “invisibilidad” y no hagan valer sus derechos humanos más básicos por el constante miedo de ser deportados.⁴

Gran parte del debate público sobre migración irregular se expresa en términos tendenciosos y despectivos que transmiten la impresión no sólo de que estas personas no tienen derecho de estar en el Estado de empleo o recepción, sino de que no tienen derechos en absoluto. Los Estados alrededor del mundo tienden explícitamente a excluir a los migrantes irregulares del acceso a los derechos, sobre todo los sociales, adoptando una retórica que equipara a los migrantes y a los solicitantes de asilo con los criminales y terroristas que amenazan la seguridad y soberanía nacionales.⁵ Por ejemplo, después del 11 de septiembre de 2001, John Ashcroft, el entonces procurador general de Estados Unidos, declaró: “que los *terroristas* entre nosotros estén advertidos [...] si se quedan más allá del tiempo permitido en sus visas incluso por un día, los arrestaremos”.⁶ En consecuencia, no es sorprendente que los migrantes irregulares frecuentemente se resistan a hacer valer sus derechos por miedo a exponerse ante las autoridades.

Los migrantes irregulares —en especial las personas objeto de tráfico ilícito, sometidas a trabajo cautivo o en régimen de servidumbre, o trabajadores domésticos—⁷ raras veces figuran en las estadísticas oficiales. Resulta difícil identificarlos o localizarlos, pues con frecuencia se les despoja de sus documentos de identidad y tienen miedo de ponerse en contacto con las autoridades. En ocasiones, los propios migrantes buscan la invisibilidad para escapar de la atención oficial o de amenazas contra ellos o sus familiares. Estas personas “invisibles” son las más vulnerables a la explotación o a los abusos. Al carecer de condición jurídica o de documentación, les resulta extremadamente difícil reclamar sus derechos. Empleadores sin escrúpulos son conscientes de esto y a menudo se aprovechan de la situación.⁸ Aún más, las personas migrantes a menudo se encuentran aisladas de su familia o de su entorno social en el país de destino, del cual además muchas veces desconocen el idioma, con todas las dificultades inherentes a ello. El aislamiento social puede dejarlas particularmente expuestas a la explotación y los abusos. Cuando se hallan en una situación irregular, los migrantes temen que buscar servicios o redes sociales o comunitarias que podrían ayudarlos a

⁴En general véase, *PICUM's Main Concerns About the Fundamental Rights of Undocumented Migrants in Europe in 2006*, Bruselas, PICUM, 2007.

⁵Khalid Koser, *Irregular migration, state security and human security*, Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, septiembre de 2005, p. 10.

⁶Dan Eggen, “Tough Anti-Terror Campaign Pledged; Ashcroft tells mayor he will use new law to fullest extent”, *The Washington Post*, 26 de octubre de 2001, p. A01.

⁷Véanse los problemas a que se enfrentan los trabajadores migratorios empleados en el servicio doméstico en Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares, *Trabajadores migratorios empleados en el servicio doméstico*, Observación General no. 1, del 30 de noviembre de 2010, 13° periodo de sesiones, CMW/C/12/CRP2/ Rev.2, párr. 7-27; *Día de debate general sobre los trabajadores migratorios en el servicio doméstico. 14 de octubre de 2009. Nota de antecedentes*, 17 de julio de 2009, CMW/C/11/CRP.1; OIT, *Trabajo decente para los trabajadores domésticos*, Conferencia Internacional del Trabajo, 99ª reunión, 2010, Informe IV (2).

⁸Por ejemplo, véase Honsberg, Bernd, “Undocumented Migrants in the Construction Sector in Europe”, en Michele LeVoy, Nele Verbruggen y Johan Wets (eds.), *Undocumented Migrant Workers in Europe*, Bruselas, PICUM, 2003, pp. 47 y ss.

superar su aislamiento atraerá sobre ellos la atención de las autoridades y los pondrá en peligro de ser detenidos o expulsados.⁹

Los problemas a los que se enfrentan los migrantes irregulares se deben principalmente a su falta de condición jurídica regular y a que en su mayoría están empleados en el sector informal o en la economía sumergida. Sin condición ni protección jurídicas corren el riesgo de sufrir explotación o abusos por parte de empleadores sin escrúpulos. Quienes cometen tales abusos saben que es improbable que se les obligue a rendir cuentas porque las personas migrantes en situación irregular suelen ser reacias a presentarse ante las autoridades para que se hagan cumplir sus derechos laborales u otros derechos humanos.¹⁰ Por lo general, temen atraer la atención oficial sobre ellos mismos, pues podrían arriesgarse a ser detenidos o expulsados. Como ha señalado la Organización Internacional del Trabajo (OIT):

Habida cuenta de su situación legal precaria en el país de acogida, los trabajadores migrantes irregulares se prestan fácilmente a la extorsión y están indefensos frente a los abusos y la explotación por obra de empleadores, agentes de migración, burócratas corrompidos y delincuentes organizados.¹¹

Al vivir al margen de la sociedad, los migrantes irregulares llevan una vida extremadamente precaria en los Estados de empleo. En muchas partes del mundo se encuentran en el eslabón más bajo de la fuerza laboral: no sólo son los trabajadores con los

⁹“El resguardo de un talón de pago, un recibo telefónico, el recibo de una transferencia de dinero: todo lo que necesitaban era un papel que demostrase la existencia de sus seres queridos. Sin embargo, para las familias de los migrantes mexicanos muertos en los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos que solicitaban una indemnización o simplemente un certificado de defunción, ha sido imposible satisfacer incluso esos requisitos mínimos, sobre todo si las víctimas se encontraban en Estados Unidos en situación irregular. Sin número de afiliación a la seguridad social o expediente fiscal —y, en algunos casos, sin acta de nacimiento— los familiares en duelo no han podido confirmar que sus seres queridos estaban en el lugar de los atentados de 2001, ni presentar los documentos necesarios para recibir la parte correspondiente de un fondo que ha concedido una media de algo más de dos millones de dólares estadounidenses por víctima. “Cuando una persona está en situación irregular en un país, es como si viviera en las sombras”, afirmó Norberto Terrazas, cónsul de protección (asesor para la protección jurídica de ciudadanos mexicanos) del consulado de México en Nueva York. “Nadie la ve. Nadie se fija. Ven el trabajo de esa persona, se dan cuenta de que contribuye a la economía y consume bienes, pero, en realidad, esa persona no existe”. Se cree que en los atentados del 11 de septiembre perecieron 16 ciudadanos y ciudadanas mexicanos —en todos los casos, migrantes irregulares—. Sin embargo, sólo los familiares de cinco de ellos pudieron demostrar las muertes de sus seres queridos en los ataques y, por tanto, tener acceso a una indemnización. “No Answers for Kin of Mexican 9/11 Victims”, *Associated Press*, 10 de septiembre de 2004.

¹⁰Peter Margulies, “*Stranger and Afraid*, Undocumented Workers and Federal Employment Law”, *DePaul Law Review*, vol. 38, 1989, pp. 567 y ss.; Lora Jo Foo, “The Vulnerable and Exploitable Immigrant Workforce and the Need for Strengthening Worker Protective Legislation”, *Yale Law Journal*, vol. 103, 1993-1994, pp. 2179-2212; Elizabeth Dunne, “The Embarrassing Secret of Immigration Policy: Understanding Why Congress Should Enact an Enforcement Statute for Undocumented Workers”, *Emory Law Journal*, vol. 49, 2000, pp. 623-674; Beth Lyon, “When More Security Equals Less Workplace Safety: Reconsidering U.S. Laws that Disadvantage Unauthorized Workers”, *University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law*, vol. 6, 2004, pp. 595 y ss.

¹¹OIT, *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada*, Conferencia Internacional del Trabajo, 92a. reunión, 2004, Informe VI, párr. 195. Tomado de <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc92/pdf/rep-vi.pdf>.

salarios más bajos, sino los que realizan las labores más duras.¹² El Relator Especial sobre los Derechos de los Migrantes ha reportado que estas personas sufren de condiciones laborales abusivas, tales como largas jornadas de trabajo sin descanso, negativa de pagarles los salarios debidos, malos tratos y confinamiento, que equivale, en algunos casos, a trabajos forzados.¹³

Otro grave problema que enfrentan los migrantes irregulares es la falta de servicios de salud. Un elemento importante del derecho a la salud es que tanto la asistencia sanitaria como las otras condiciones esenciales para la salud sean asequibles para todos sin discriminación. No obstante, para los migrantes irregulares no siempre se cumple. En algunos países,¹⁴ toda la asistencia sanitaria (incluso los cuidados de urgencia) únicamente es de pago, y los tratamientos suelen ser inasequibles para los migrantes indocumentados.¹⁵ Esta situación no sólo afecta a los migrantes irregulares, sino a la sociedad receptora en su conjunto. Asimismo, los migrantes irregulares están excluidos por la ley de muchos servicios estatales, incluida la vivienda social. Generalmente, las viviendas privadas se alquilan a migrantes irregulares por precios abusivos y en muy mal estado. Aún más, existen casos de pisos compartidos con varias otras personas que, teniendo distintos horarios de trabajo, utilizan la misma cama para ocho o nueve horas de sueño (entre cinco y diez camas por habitación).¹⁶

Existe una tendencia creciente en la mayoría de los Estados receptores de migrantes a la erosión de los derechos humanos de los migrantes, en aras de las políticas de control de la migración irregular, las cuales son cada vez más restrictivas y agresivas, y carecen de un enfoque que considere las necesidades de los migrantes más vulnerables, por ejemplo los niños. El principal efecto de esta situación es empeorar su situación de vulnerabilidad. De este modo, si bien todos los migrantes se enfrentan a los riesgos de sufrir violaciones a sus derechos humanos, estos riesgos están exacerbados en los niños, tanto aquellos que migraron solos como los que están acompañados por sus padres o tutores, quienes ocupan una posición particularmente vulnerable en cuanto a su capacidad de tener acceso a derechos y protección. El peligro de ser identificados por las autoridades y, como consecuencia, detenidos y expulsados, hace que en muchos casos de discriminación prefieran callarse y no contar lo ocurrido y exponerse a un riesgo tan grande. Esto tiene consecuencias determinantes sobre su desarrollo, toda vez que su acceso a los derechos sociales básicos —como la educación, la salud y la vivienda— se encuentra comprometido por su condición irregular, a la vez que se

¹²Linda Bosniak, “Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Workers under the International Migrant Workers Convention”, en *International Migration Review*, vol. 25, No. 4, 1991, p. 737; E. Reynieri, “Migrants in Irregular Employment in the Mediterranean Countries of the European Union”, *International Migration Paper*, No. 41, OIT, 2001.

¹³Reporte del Relator Especial de los Derechos Humanos de los Migrantes, Jorge Bustamante, de 30 de diciembre de 2005, E/CN.4/2006/73, p. 47. También véase Patrick A. Taran, “Globalization, migration and exploitation: irregular migrants and fundamental rights at work”, en LeVoy, Verbruggen y Wets, *op. cit.*, pp. 10 y ss.

¹⁴Véase el informe de PICUM sobre Acceso a la asistencia sanitaria para migrantes indocumentados en Europa, Bruselas: PICUM, 2007. Tomado de <http://picum.org/data/Access%20to%20Health%20Care%20for%20Undocumented%20Migrants.pdf>.

¹⁵*Preocupaciones principales de PICUM...*, p. 21.

¹⁶*Ibidem*, p. 24.

les da un trato de adultos en prácticas tan cuestionables como las detenciones a raíz de la condición migratoria irregular.

Obligaciones de México al ser parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)

La reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 generó expectativas muy altas en el sentido de que era la oportunidad de poner al sistema legal mexicano a la vanguardia en esa materia en la que se había rezagado respecto al sistema legal internacional.¹⁷ En primer término, quedó clara la intención del legislador constituyente de incluir un cambio de concepción de los derechos, al modificar el título del capítulo respectivo de “De las garantías individuales” a “Derechos Humanos y sus Garantías”, reconociendo en el artículo 1° que: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”. Cabe señalar que tradicionalmente en nuestro país se había identificado a las garantías individuales con los derechos humanos o fundamentales de la persona en virtud de que se suponía que al consagrar dichos derechos en la Constitución (como garantías) quedarían asegurados. No obstante, la garantía no consiste en poner un derecho en la Constitución, sino en asegurar los medios suficientes para su tutela. El aspecto sustantivo de los derechos se vincula con los derechos humanos, mientras que los medios para su defensa se consideran propiamente las garantías.¹⁸ Es decir, la reforma implicó un cambio conceptual dirigido al fortalecimiento de la persona y la protección de su dignidad, pues adoptó el estándar desarrollado internacionalmente por el Derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario.¹⁹

¹⁷Sobre la relación entre los sistemas legales, véase: Tonatiuh García Castillo, *Consideraciones en torno a la relación de dos sistemas jurídicos no independientes. Derecho internacional / derecho nacional*, México, IJ-UNAM, 2004, p. 205.

¹⁸Las garantías constitucionales son los medios jurídicos, fundamentalmente de carácter procesal, que están dirigidos, en un primer momento, a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos de poder, debido a la insuficiencia de los instrumentos protectores de la Constitución del párrafo anterior; en un segundo momento, las garantías constitucionales están dirigidas también a una transformación evolutiva de las disposiciones fundamentales. Héctor Fix-Zamudio, “La Constitución y su defensa” en *La Constitución y su defensa*, México, IJ-UNAM, 1984, p.18; Serio Galeotti, *La garanzia costituzionale. Presupposti e concetto*, Milano, Giuffrè, 1950.

¹⁹La Corte IDH, desde sus orígenes jurisprudenciales en la sentencia del caso “Velásquez Rodríguez”, sentó presente respecto a la concepción del término derechos humanos: “165. La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de “respetar los derechos y libertades” reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. Como ya lo ha dicho la Corte en otra ocasión [...] la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 21).”

En segundo término, la reforma implicó la incorporación al sistema legal mexicano de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales que México suscriba, según el párrafo primero del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM): “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”.

Ahora bien, ¿qué implica para un Estado suscribir, adherirse o ratificar un tratado internacional de derechos humanos? En principio, la respuesta obvia es que los tratados se firman para ser cumplidos, tal y como dicta la máxima *pacta sunt servanda*, norma consuetudinaria de Derecho Internacional.²⁰ Sin embargo, esta afirmación no es tan obvia cuando la trasladamos a la realidad mexicana. México es un Estado de pluma ágil para ratificar la mayoría de tratados internacionales, pero no demuestra la misma energía al momento de darle seguimiento a esa firma. De hecho, en el caso de los tratados internacionales de derechos humanos el compromiso de las autoridades respecto a su cumplimiento es bastante limitado: por un lado, por la interpretación monista y autárquica que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha realizado del artículo 133 constitucional, en el sentido de que los tratados internacionales son inferiores a la Constitución²¹ y, por otro lado, por falta de voluntad política, en especial cuando hablamos de grupos vulnerables como los migrantes.²²

Ahora bien, analicemos cuáles son las obligaciones para México al ser parte de la CADH, tratado de cuya aplicación e interpretación por parte de la Corte Internacional de Derechos Humanos (IDH) surgió el control de convencionalidad:

²⁰Fernando Mariño Menéndez, *Derecho internacional público. Parte general*, Madrid, Trotta, 2005, p. 282.

²¹*Contradicción de tesis 293/2011 que resolvió el Pleno de la SCJN (3/09/13)*: Las normas de la Constitución y las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen igual jerarquía, pero en caso de conflicto, si la Constitución prevé una restricción a un derecho humano en particular, debe prevalecer la propia Constitución. La Constitución y los tratados tienen el mismo rango o nivel jerárquico solo en apariencia, pero en los hechos, la Constitución siempre derrota al tratado. No importa que éste sea más proteccionista o garantista en el caso concreto. La consecuencia de esto es que el principio pro persona acaba subordinándose al principio de supremacía constitucional y ello equivale a desconocer que el primero constituye la columna vertebral del derecho mexicano a partir de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011.

²²En este sentido, basta ver la violencia generalizada contra la población migrante en tránsito en nuestro país y la falta de respeto a sus derechos humanos. Por ejemplo, el 24 de agosto de 2010 la Secretaría de Marina informó del hallazgo de 72 cadáveres en un rancho-bodega abandonado en el municipio de San Fernando, Tamaulipas las personas fueron asesinadas por el grupo criminal Los Zetas. Eran 58 hombres y 14 mujeres, todos migrantes que perseguían sus sueños cruzando México hacia Estados Unidos. Tenían las manos amarradas y un tiro de gracia. Fueron abandonados por el Estado que no los protegió en su camino y, peor aún, fueron asesinados por criminales en complicidad con policías. La responsabilidad del Estado mexicano llega a más: no le interesó identificarlos y devolverlos a sus familias. Apenas se empiezan a ver luces de este caso a partir de que la SCJN ejerciera su facultad de atracción en este caso y otorgara el amparo a los familiares de dos de los centroamericanos desaparecidos en San Fernando. SCJN, Expediente 338/2014, Tipo de asunto: solicitud de ejercicio de la facultad de atracción, Órgano de radicación: primera sala, Ponente: Olga María del Carmen Sánchez Cordero, Fecha de resolución: sesionado el 18/02/2015.

Respetar y garantizar los derechos reconocidos en la CADH

El artículo 1.1 de la Convención establece el marco general de las obligaciones de los Estados Partes de la CADH: “respetar los derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce”.²³ La obligación de respetar exige que el Estado y sus agentes no violen los derechos humanos establecidos en la Convención. Es, por lo tanto, una obligación de abstención. La obligación de garantizar, por el contrario, exige al Estado emprender las acciones necesarias para asegurar que todas las personas sujetas a la jurisdicción del Estado estén en condiciones de ejercerlos y de gozarlos.

La CIDH analizó exhaustivamente el contenido de la obligación de garantizar en el caso “Velásquez Rodríguez”:

La segunda obligación de los Estados partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.²⁴

Además, la obligación de garantizar también incluye la de restablecer al lesionado “en el goce de su derecho conculcado” y reparar las consecuencias de la violación, como lo establece el artículo 63.1 de la CADH,²⁵ obligaciones que la Corte ha reconocido desde su primera sentencia en el caso “Velásquez Rodríguez”.²⁶

Respetar y garantizar los derechos sin discriminación alguna

Las obligaciones de respetar y garantizar los derechos, como señala el propio artículo 1.1, deben ser cumplidas sin incurrir en discriminación alguna de las personas que se encuentren en el territorio o bajo la jurisdicción del Estado Parte. Como Faúndez recuerda:

En lo que se refiere a los derechos que la Convención estipula, los Estados asumen una doble obligación. En primer lugar, de acuerdo con lo estipulado por el art. 1, párrafo 1, de la Con-

²³CIDH, caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, sentencia de 29 de julio de 1988, Fondo, Serie C, No. 4, párr. 165-166.

²⁴*Ibidem*, párr. 166.

²⁵El artículo 63.1 dispone: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

²⁶Caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, *op. cit.*, nota 51, párr. 166.

vención, los Estados se han comprometido a “respetar” los derechos consagrados en ella y, en segundo lugar, han asumido el compromiso de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de esos derechos 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.²⁷

En el contexto de los derechos de los trabajadores migrantes irregulares, la Corte IDH ha sostenido que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el Derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias.²⁸

Sin embargo, al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, la Corte consideró importante hacer referencia a lo señalado por ella en el sentido de que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”.²⁹ En el mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en “los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos”, ya había advertido que sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”.³⁰ Por consiguiente, la Corte IDH señaló que pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran.³¹ En este sentido, a juicio de la Corte IDH, generalmente los migrantes se ubican en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado y es mantenida por situaciones de *jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de *facto* (desigualdades

²⁷Héctor Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, 2a. ed., San José, Costa Rica: IIDH, 1999, p. 81.

²⁸CIDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, Serie A, No. 18, párr. 88.

²⁹*Ibidem*, párr. 89; CIDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, de 28 de agosto de 2002, Serie A, No. 17, párr. 46; *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84, de 19 de enero de 1984, Serie A No. 4, párr. 56.

³⁰CEDH, caso “Willis vs. Reino Unido”, demanda no. 36042/97, sentencia de 11 de junio de 2002, párr. 39; caso “Wessels-Bergervoet vs. Países Bajos”, demanda no. 34462/97, sentencia de 4 de junio de 2002, párr. 46; caso “Petrovic vs. Austria”, demanda no. 20458/92, sentencia de 27 de marzo de 1998, párr. 30; “Caso relativo a ciertos aspectos de las leyes referentes al uso de idiomas en la educación en Bélgica”, demandas no. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, sentencia de 23 de julio de 1968, párr. 10.

³¹OC 18/2003, *op.cit.*, nota 56, párr. 88-89.

estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado.³²

Según la Corte IDH, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas; esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias que se deben eliminar. En razón de los efectos derivados de esta obligación general, los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana.³³

Esta obligación estatal encuentra su razón de ser en la misma normativa tutelar de los trabajadores, normativa que precisamente se fundamenta en una relación desigual entre ambas partes y que, por lo tanto, protege al trabajador como la parte más vulnerable que es. De esta manera, los Estados deben velar por el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a los trabajadores, independientemente de su nacionalidad, origen social, étnico o racial y de su condición migratoria y, por lo tanto, tienen la obligación de tomar cuantas medidas de orden administrativo, legislativo o judicial sean necesarias, para enmendar situaciones discriminatorias *jure* y para erradicar las prácticas discriminatorias realizadas por determinado empleador o grupo de empleadores, a nivel local, regional, nacional o internacional, en perjuicio de trabajadores migrantes.³⁴

Adoptar medidas para hacer efectivos los derechos humanos

Estrechamente relacionada con las obligaciones de respetar los derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce sin discriminación alguna, se encuentra la obligación de adoptar medidas para hacer efectivos los derechos, establecida en el artículo 2º de la CADH:

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

Al respecto, la Corte IDH ha aclarado que la obligación impuesta por este artículo “implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación de las garantías

³²*Ibidem*, párr. 112.

³³*Ibidem*, párr. 104-105.

³⁴*Ibidem*, párr. 149.

previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”.³⁵

Una primera consecuencia del artículo 2º de la CADH es que el Estado está obligado a desarrollar en su legislación aquellos derechos que en su formulación internacional carecen de la precisión necesaria para que puedan ser aplicados por los órganos del Estado y, especialmente, para que puedan ser invocados ante los tribunales de justicia. Esto es, el Estado está obligado a hacer operativos aquellos derechos que están enunciados de manera tal que el aplicador nacional de la norma no tiene, en el texto del tratado, una opción clara para resolver un caso particular. Una segunda consecuencia es el deber del Estado de adoptar todas las medidas no legislativas que sean necesarias para permitir el pleno uso y goce de los derechos humanos.³⁶

Establecer recursos efectivos

Otra obligación en cercana conexión con las anteriores es la de establecer recursos jurídicos efectivos que aseguren la protección a *todas* las personas de los derechos reconocidos en la Convención. Esta obligación está consagrada en el artículo 25 de la CADH:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Al respecto, la Corte IDH ha señalado que el artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes,³⁷ de lo cual se desprende que el Estado tiene la responsabilidad de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, pero también la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales. Como señala el juez Trindade:

La persistencia de lagunas u obstáculos o insuficiencias del derecho interno implica violaciones de los artículos 25, 1º (1) y 2º de la Convención Americana, en virtud de los cuales los Estados Partes están obligados a establecer un sistema de recursos sencillos y

³⁵CIDH, caso “Castillo Petrucci y otros vs. Perú”, Sentencia de 30 de mayo de 1999, fondo, reparaciones y costas, serie C, no. 52, párr. 207.

³⁶CIDH, caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros vs. Chile), fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de febrero de 2001, serie C, no. 73, párr. 87.

³⁷CIDH, caso “Cesti Hurtado vs. Perú”, Fondo, sentencia de 29 de septiembre de 1999, serie C, no. 56, párr. 121.

rápidos, y a dar aplicación efectiva a los mismos. El derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes (artículo 25 de la Convención Americana) representa uno de los pilares básicos del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática (en el sentido de la Convención). Esta garantía judicial —de origen latinoamericano— no puede ser minimizada, por cuanto su correcta aplicación tiene el sentido de perfeccionar la administración de justicia a nivel nacional, con los cambios legislativos necesarios a la consecución de este propósito.³⁸

Adoptar providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales

El artículo 26 de la CADH establece las obligaciones de los Estados Partes en materia de derechos económicos, culturales y sociales:

Los Estados Partes se comprometen a 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, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Como se puede apreciar, esta disposición reconoce los derechos económicos, sociales y culturales que se derivan de las normas sobre ese particular en la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), e impone obligaciones concretas a los Estados Partes en la CADH. Cabe recordar que la Corte IDH ha señalado que si bien para los Estados Partes en la CADH la fuente concreta de sus obligaciones, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos, es en principio la propia Convención, no por ello se liberan de las obligaciones que se derivan de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) por ser miembros de la (OEA).³⁹ Esto en virtud de que la propia CADH hace referencia a la DADDH en el párrafo tercero de su preámbulo y en el artículo 29, inciso d), que señala que ninguna norma de la Convención puede ser interpretada en el sentido de excluir o limitar el efecto que pueda producir la DADDH.⁴⁰ Por lo anterior, la Corte ha concluido que, a manera de interpretación autorizada, los Estados miembros han entendido que la DADDH contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta de la OEA se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar esta última en materia de

³⁸Trindade, Antonio Augusto Cançado, “Reflexiones sobre el futuro del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos”, en Juan E. Méndez, Francisco Cox (eds.), *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, IIDH, 1998, p. 591.

³⁹Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 20, párr. 46.

⁴⁰*Ibidem*, párr. 36.

derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes en ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración.⁴¹ Al respecto, Pinto recuerda:

La disposición del artículo 26 de la Convención ha ligado su suerte a la de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos [...], lo que permite inferir que, en principio, hay obligaciones positivas de los Estados a este respecto que se suman a las que dimanaban de la Declaración Americana. Ello conforma un conjunto normativo de carácter general que luego se verá enriquecido por el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador.⁴²

La obligación de “adoptar providencias” para lograr progresivamente la efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA ha sido interpretada del mismo modo que la establecida en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Esto es, que el hecho de que la efectividad de los derechos se prevea de manera progresiva no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo, sino que, por el contrario, requiere que el Estado tome las medidas necesarias para cumplir con las normas del instrumento internacional. Esta obligación se traduce en cuatro obligaciones específicas para los Estados Partes: *a)* respetar el principio de no discriminación; *b)* derogar la legislación interna que no se encuentre conforme con los derechos sociales recogidos en la Carta de la OEA y sustituirla por una legislación acorde con dichos derechos; *c)* establecer los recursos jurídicos internos efectivos que aseguren la justiciabilidad de los derechos, y *d)* satisfacer un mínimo del contenido de los derechos sociales contenidos en la Carta de la OEA.⁴³

El artículo 26 prevé que la obligación de adoptar providencias será “en la medida de los recursos disponibles”, lo cual es una limitante importante respecto de los derechos que implican una erogación por parte del Estado, toda vez que se trata de obligaciones de cumplir. Tal es el caso de los derechos al trabajo, a oportunidades de empleo, a condiciones de trabajo aceptables, a un salario justo, a la seguridad social, a la educación, a la vivienda, al bienestar material y al goce de los bienes de la cultura. Eso sí, no se debe olvidar que los Estados Partes se encuentran obligados a garantizar los niveles mínimos de cada uno de ellos. En el caso de los demás derechos se trata más de obligaciones de respetar y garantizar que no se encuentran condicionadas o limitadas a los recursos disponibles, por lo que no existen impedimentos para su aplicación inmediata por parte de los Estados. Éste es el caso de los derechos a la prohibición de la discriminación en las relaciones

⁴¹*Ibidem*, párr. 43.

⁴²Mónica Pinto, Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, No. 40, 2004, “Edición especial sobre Derechos económicos, sociales y culturales”, p. 35.

⁴³Al respecto, véase la interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto al artículo 2.1 del PIDESC: *La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (párrafo 1 del artículo 2º del Pacto), Observación General No. 3, de 14 de diciembre de 1990, E/1991/23, párr. 9.

laborales, a la libertad sindical, a la negociación colectiva, a la huelga y al reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones.

En cuanto al *carácter progresivo* de la realización de los derechos se refiere, la Corte IDH ha acotado su significado en el caso “Cinco Pensionistas *vs.* Perú”. En este caso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y los representantes de las presuntas víctimas y sus familiares alegaron el incumplimiento del artículo 26 de la CADH en virtud de que el Estado redujo el monto de las pensiones de las presuntas víctimas, incumpliendo, en consecuencia, con su deber de procurar el desarrollo progresivo de sus derechos económicos, sociales y culturales, ya que no les garantizó el desarrollo progresivo de su derecho a la pensión. Sin embargo, la Corte sostuvo que toda vez que los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva, su desarrollo progresivo se debe medir en función de la creciente cobertura de esos derechos en general sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en la función de las circunstancias de un grupo limitado de personas, no necesariamente representativo de la situación general prevaleciente. Por ello, al ser evidente que esto es lo que ocurría en el presente caso, la Corte desestimó la solicitud de los peticionarios.⁴⁴

De esta forma, de acuerdo con lo señalado por la Corte IDH, la progresividad de la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales se materializa en su creciente cobertura sobre el conjunto de la población, bajo el marco de la equidad social, y no se mide en función de la situación particular de cierto grupo o de un individuo.

Control de convencionalidad y migración

Antecedentes

El control de convencionalidad, con dicha denominación, apareció por primera vez en la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH en el caso “Almonacid Arellano *vs.* Chile”. Con anterioridad, el juez Sergio García Ramírez, en sus votos los casos “Myrna Mack y Tibi”, había realizado una aproximación conceptual al control de convencionalidad que se realiza en la sede interamericana y en el ámbito interno de los Estados, pero en “Almonacid Arellano” la Corte precisa sus principales elementos:⁴⁵

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde

⁴⁴Corte IDH, caso “Cinco Pensionistas *vs.* Perú”, sentencia de 28 de febrero de 2003, serie C, no. 98, párr. 146, 147, 148.

⁴⁵Caso “Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

En el caso “Boyce y otros *vs.* Barbados”,⁴⁶ la Corte IDH señaló de manera concreta de qué forma debe ser implementado el control de convencionalidad en el ámbito interno. En este sentido, sostuvo que los tribunales nacionales no solo deben limitarse a realizar un examen de constitucionalidad de sus resoluciones, sino también de convencionalidad:

77. La Corte observa que el CJCP [Comité Judicial del Consejo Privado] llegó a la conclusión mencionada anteriormente a través de un análisis puramente constitucional, en el cual no se tuvo en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme a la Convención Americana y según la jurisprudencia de esta Corte. De acuerdo con la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, Barbados debe cumplir de buena fe con sus obligaciones bajo la Convención Americana y no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales. En el presente caso, el Estado está precisamente invocando disposiciones de su derecho interno a tales fines.

78. El análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDLP [Ley de Delitos del Estado contra la Persona] era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era “convencional”. Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención.

Desde el caso “Almona cid Arellano *vs.* Chile”, la Corte IDH ha ido precisando el contenido y alcance del concepto de control de convencionalidad en su jurisprudencia, para llegar a un concepto complejo que comprende los siguientes elementos:

a) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH (contenciosa o consultiva)⁴⁷ y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte,⁴⁸ si bien la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impone un determinado modelo de control de convencionalidad.⁴⁹

⁴⁶Caso “Boyce y otros *vs.* Barbados”. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 20 de noviembre de 2007.

⁴⁷Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14. Resolución de 19 de agosto de 2014, párr. 31.

⁴⁸El parámetro de convencionalidad se extiende a otros tratados de derechos humanos: caso “Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) *vs.* Guatemala”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 20 noviembre de 2012, párr. 330. En el mismo sentido: caso “Masacres de Río Negro *vs.* Guatemala”. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 4 de septiembre de 2012, párr. 262.

⁴⁹Caso “Liakat Ali Alibux *vs.* Suriname”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 124.

- b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias,⁵⁰ no sólo a los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, sujetos inequívocos de esta obligación.⁵¹
- c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte.
- d) Es un control que debe ser realizado *ex officio* por toda autoridad pública.⁵²
- e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.⁵³

Formas de aplicar el control de convencionalidad

a) *Adecuación de la legislación interna.* El control de convencionalidad puede implicar la expulsión de normas contrarias a la CADH. En este sentido, la Corte IDH señaló en el caso “Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile” que:

121. El Estado, desde que ratificó la Convención Americana el 21 de agosto de 1990, ha mantenido vigente el Decreto Ley No. 2.191 por 16 años, en inobservancia de las obligaciones consagradas en aquella. Que tal Decreto Ley no esté siendo aplicado por el Poder Judicial chileno en varios casos a partir de 1998, si bien es un adelanto significativo y la Corte lo valora, no es suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 de la Convención en el presente caso. En primer lugar porque, conforme a lo señalado en los párrafos anteriores, el artículo 2 impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de las cortes internas puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente.

⁵⁰Caso “Gelman *vs.* Uruguay”, fondo y reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 193, 239. En este sentido: caso de “Personas dominicanas y haitianas expulsadas *vs.* República Dominicana”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 497; Caso “Rochac Hernández y otros *vs.* El Salvador”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 14 de octubre de 2014, párr. 213, 244.

⁵¹Caso “Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México”. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 225, 233. En el mismo sentido: caso “Liakat Ali Alibux *vs.* Surinam”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 151; caso de “Personas dominicanas y haitianas expulsadas *vs.* República Dominicana”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 311.

⁵²Caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs.* Perú”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128. En el mismo sentido: caso “Heliodoro Portugal *vs.* Panamá”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 12 de agosto de 2008, párr.180; caso “Radi-lla Pacheco *vs.* México”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 339; caso “Fernández Ortega y otros. *vs.* México”. Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 236; caso “Rosendo Cantú y otra *vs.* México”. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 219; caso “Liakat Ali Alibux *vs.* Surinam”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 151.

⁵³ColIDH, *Control de convencionalidad*, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no. 7, San José, CorteIDH, 2015, p. 6.

b) *Eficacia interpretativa*. El control de convencionalidad también puede implicar la interpretación de normas internas conforme a la CADH. Así, en el caso “Radilla Pacheco *vs.* México”,⁵⁴ sostuvo que:

338. Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.

340. De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso.

Y añade en el caso “Átala Riffo y niñas *vs.* Chile”.⁵⁵

284. En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso. Ello es de particular relevancia en relación con lo señalado en el presente caso respecto a la proscripción de la discriminación por la orientación sexual de la persona de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1.1. de la Convención Americana.

Parámetros para realizar el control de convencionalidad

Tanto la Convención Americana como la jurisprudencia (contenciosa y consultiva) de la Corte IDH forman parte del parámetro para realizar el control de convencionalidad. Así, en la supervisión de cumplimiento del caso “Gelman *vs.* Uruguay”,⁵⁶ la Corte IDH precisó el valor de su jurisprudencia para el ejercicio del control de convencionalidad:

⁵⁴En el mismo sentido: caso “Fernández Ortega y otros. *vs.* México”. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 235; caso Rosendo Cantú y otra *vs.* México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 218; caso “Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) *vs.* Chile”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 436, 461, 464.

⁵⁵En el mismo sentido: caso “Furlan y Familiares *vs.* Argentina”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2012, párr. 30.

⁵⁶Caso “Gelman *vs.* Uruguay”. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013.

65. Por otro lado, se ha acuñado en la jurisprudencia interamericana el concepto del “control de convencionalidad”, concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal.

66. [...] Es decir, todas la autoridades estatales, están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Efectos del control de convencionalidad

Hay dos efectos posibles de la obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo de si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional.

a) *Si el Estado es parte.* Cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermadas por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia.⁵⁷

b) *Si el Estado no es parte.* En situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.⁵⁸

⁵⁷*Ibidem*, párr. 68.

⁵⁸*Ibidem*, párr. 69.

Control de convencionalidad y derechos humanos de los migrantes

El control de convencionalidad es una consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente. Es una herramienta que permite a los jueces contrastar las normas generales internas frente a las normas del sistema convencional internacional (tratados internacionales, pero también derecho derivado de los mismos). Es decir, los jueces nacionales deben desarrollar de oficio una serie de razonamientos que permitan la aplicación más amplia posible y el mayor respeto a las obligaciones establecidas por los tratados internacionales; esto es, inaplicar una norma interna cuando esté en contradicción con una norma internacional. Lo anterior implica que los jueces den pasos desde sus distintas jurisdicciones para lograr avances en la protección de derechos. El control de convencionalidad es obligatorio y los operadores jurídicos deben conocer a fondo y con detalle la jurisprudencia de la Corte IDH. Sin embargo, dicha obligatoriedad no se verá reflejada en la práctica si no conseguimos desarrollar una mentalidad más afín a los pronunciamientos de la jurisdicción interamericana.

Esto es especialmente relevante cuando hablamos de migración y grupos vulnerables de migrantes. Por ejemplo, en el caso de los niños migrantes irregulares, por un lado tenemos el sistema legal internacional de protección regido, primordialmente, por el principio del interés superior del niño y que garantiza el acceso a todos los niños, sin discriminación alguna, a los distintos derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y prohíbe su detención por razones migratorias.⁵⁹ Por otro lado, tenemos el sistema legal nacional de las políticas de control de la migración irregular que restringe el acceso a los derechos sociales básicos a estos niños y los detiene en razón del estatus migratorio, sin importar su condición de niños.⁶⁰ Las tensiones entre la necesidad de protección y las supuestas exigencias de seguridad y de control de la migración irregular hacen que los niños migrantes irregulares se encuentren entre dos sistemas legales radicalmente opuestos: uno incluyente de protección, referido a la protección internacional de los derechos del niño, y otro excluyente de control, referido a las políticas nacionales de control de la migración irregular.⁶¹

En este sentido, resulta útil el control de convencionalidad para proteger los derechos humanos de los niños migrantes irregulares en México, porque implica que las autoridades mexicanas se apeguen de forma irrestricta a los estándares interamericanos de protección, tanto generales como la CADH, como especializados como es el caso de la Opinión Consultiva 21/2014, la cual clarifica las obligaciones de los Estados con

⁵⁹Al respecto, véanse Artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño y Observaciones generales no. 10 y 5 del Comité de los Derechos del Niño.

⁶⁰En este sentido, véase Pablo Ceriani (coord.), *Niñez detenida: los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes en la frontera México-Guatemala*, México, Fontamara, 2012.

⁶¹A este respecto, véase Elisa Ortega Velázquez, “Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica americana y europea: entre el control y la protección”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 144, septiembre-diciembre 2015, pp. 1271-1288.

relación a las medidas que se deben adoptar respecto de niñas y niños migrantes irregulares, o a la de sus padres; y que los Estados deben considerar al diseñar, adoptar, implementar y aplicar sus políticas migratorias, incluyendo en ellas, según corresponda, tanto la adopción o aplicación de las correspondientes normas de derecho interno como la suscripción o aplicación de los pertinentes tratado y/u otros instrumentos internacionales.⁶²

Como se aprecia, el tema tiene una relevancia especial dentro la realidad regional de violación de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes, materializado principalmente en la privación de libertad a este grupo por motivos migratorios, la falta de incorporación de una perspectiva de niñez en las políticas migratorias y las deficiencias en el reconocimiento de garantías de defensa y debido proceso en los procedimientos administrativos y judiciales en materia migratoria.⁶³

Algunas de las causas que provocan el desplazamiento de niños y niñas son: las condiciones de extrema pobreza en los países de origen y la falta de oportunidades —ya sea económicas, laborales o educacionales—; la reunificación familiar; la violencia por parte de actores armados de crimen organizado, tales como cárteles y pandillas; la violencia en los hogares; la violencia de género y el reclutamiento forzado por parte de redes de tráfico de personas y redes de trabajo infantil que operan en las rutas y en lugares de destino; los desastres naturales; los cambios repentinos o progresivos del medio ambiente que afectan sus condiciones de vida o porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada o la violación masiva de sus derechos humanos.⁶⁴

El camino que emprenden estos niños es, en la mayoría de los casos, por rutas clandestinas en las cuales se ven expuestos a diversas situaciones de vulneración de sus derechos fundamentales. Si bien las niñas y los niños generalmente se trasladan junto con sus padres, miembros de la familia ampliada u otros adultos, en la actualidad un número creciente y significativo migra en forma independiente y sin compañía.

Bajo estas circunstancias, la combinación de la edad y la condición migratoria requieren necesidades particulares de protección, y allí se refleja la falta de articulación entre las leyes y prácticas migratorias con la normativa de protección de los derechos del niño. En este contexto, la aplicación cabal del control de convencionalidad da una pauta mucho más amplia para que las autoridades que tienen contacto con esta población se muevan dentro de un terreno de protección mucho más respetuoso de los derechos humanos de estos niños. Y de nueva cuenta, no olvidemos que a pesar de que los Estados tienen facultades soberanas de fijar sus políticas migratorias, dichas políticas deben ser siempre compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidos en la CADH. En efecto, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben res-

⁶²Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, serie A, no. 21.

⁶³Karen Musalo, Lisa Frydman y Pablo Ceriani (coords.), *Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos*, California, Buenos Aires, U. Lanus, U. California, 2015.

⁶⁴IPPDH, “A pedido del MERCOSUR la Corte Interamericana fija el umbral de protección de la niñez migrante”, *Nota de difusión Opinión Consultiva OC-21/14*, p. 4.

petar los derechos humanos de las personas migrantes y garantizar su ejercicio y goce, sin discriminación alguna.⁶⁵ Y teniendo en cuenta la realidad regional actual, se debe establecer un piso mínimo de obligaciones para que los Estados de origen, tránsito y destino garanticen la protección de los derechos de los niños y niñas migrantes.⁶⁶

La Corte IDH ha puesto de relieve la importancia de la realización del control de convencionalidad en el ámbito interno para evitar que los Estados incurran en responsabilidad internacional, considerando que ellos son los primeros llamados a cumplir con la labor de protección de los derechos humanos. En este sentido, la Corte IDH ha destacado la subsidiariedad del sistema internacional (en lo contencioso) y ha dado cuenta de la progresiva incorporación del control por parte de la jurisprudencia constitucional comparada.⁶⁷ De este modo, el control de convencionalidad es, sin duda, una herramienta que bien aplicada por los operadores jurídicos puede coadyuvar a la protección de los derechos humanos de este colectivo.

⁶⁵Corte IDH, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, OC 21/2014, párr. 39.

⁶⁶Disponible en <http://200.68.85.154/ninez-migrante/>.

⁶⁷Caso “Masacre de Santo Domingo *vs.* Colombia”, sentencia de Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones, sentencia de 30 de noviembre de 2012, párr. 142-144.

Dimensiones civil, política y social de la nueva Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas mayores

Introducción

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas mayores¹ es la primera herramienta, a nivel mundial, que recopila y estandariza los derechos humanos de las personas mayores. A pesar de que todavía no ha entrado en vigor, constituye un instrumento de referencia en los diferentes órdenes y niveles de impartición de justicia de los países de la región de América Latina y el Caribe.

Ha sido firmada por Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay en junio de 2015, y por Bolivia, en junio de 2016.

Es un instrumento que forma parte de la nueva perspectiva del envejecimiento como una cuestión de derechos humanos, que consiste por una parte, en que el Derecho internacional es aceptado como marco conceptual, y por otra parte, en que promueve el empoderamiento de las personas mayores como sujetos de derecho, que tienen responsabilidades además de derechos, y que reclaman un tratamiento particular para expandir, especificar y profundizar sus derechos humanos con el objeto de construir una sociedad incluyente.

El enfoque de derechos humanos está relacionado con o es impulsado por el movimiento jurídico transnacional, que en los últimos años apoya consistentemente —desde los organismos internacionales gubernamentales y no gubernamentales, así como desde sectores

Sumario

Introducción	187
La reforma constitucional mexicana de 2011 y la Convención.	189
Las dimensiones civil, política y social de la ciudadanía presentes en la Convención.	191
Mecanismos de seguimiento y medios de protección.	199
Epílogo	200

¹Organización de los Estados Americanos (OEA) (2015), *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas mayores*, (A-70), Asamblea General, Cuadragésimo quinto periodo ordinario de sesiones, Washington, D.C., 15 de junio de 2015.

académicos y asociaciones nacionales e internacionales de la sociedad civil— la justiciabilidad de los derechos humanos.

Éstos cobran sentido cuando adquieren un contenido político, es decir, cuando se positivizan. No son los derechos humanos en la naturaleza, son los derechos humanos en sociedad y, por consiguiente, deben ser garantizados en el campo político.²

Dentro de este fenómeno jurídico transnacional se apoya con especial ahínco la controversial inclusión de los derechos sociales en la agenda de la justiciabilidad. En este sentido, tal y como sostienen Miguel Carbonell y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, todos los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966 tienen, en algún aspecto, dimensiones de justiciabilidad que pueden ser llevadas ante los tribunales.³

Se percibe en el texto de la Convención que en su elaboración han participado tanto juristas como especialistas en gerontología y envejecimiento, en tanto se introducen conceptos y temas que pertenecen por completo al área gerontológica⁴ e incluso, excepcionalmente, al área geriátrica,⁵ logrando que se identifiquen los derechos y necesidades de las personas mayores con una gran base real acorde con la vida cotidiana de este grupo etario.

Es asimismo sorprendente el balance que evidencia la Convención entre la dimensión civil, social y política de los derechos humanos de las personas mayores, sin subrayar ni obviar ninguna de las mismas. Dicho de otro modo, este instrumento incluye los derechos civiles, políticos y los DESCA (derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, para utilizar un término más contemporáneo que “sociales”, logrando la tridimensionalidad imprescindible para la ciudadanía plena, tal y como estableciera Thomas Marshall en 1949.⁶ La división en derechos civiles, políticos y sociales permite comprender la distribución de competencias a los diferentes poderes y a los diferentes órganos y niveles de gobierno, no obstante la interdependencia y el círculo virtuoso del avance en cada una de las dimensiones en el avance de las demás.

²Lynn Hunt, *La invención de los derechos humanos*, Barcelona, Tusquets Editores S.A., 2009, citado en Sandra Huenchuan, “Igualdad y universalidad de los derechos humanos en contexto de envejecimiento”, en Sandra Huenchuan (ed.), *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencias y desafíos*, Ciudad de México, CEPAL/CELADE, 2012, pp. 40-41.

³Miguel Carbonell y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, México, Editorial Flores/Instituto de Investigaciones-UNAM, 2014.

⁴La gerontología es la ciencia que se ocupa del estudio del envejecimiento en cualquiera de sus formas: aspectos biológicos (cómo y por qué envejecemos), aspectos sociodemográficos, aspectos referidos a las ciencias del comportamiento, entre otros. Esto es, comprende la biología del envejecimiento, la sociodemografía del envejecimiento, la sociología del envejecimiento y la psicología del envejecimiento. Sin embargo, a medida que el fenómeno del envejecimiento cobra mayor importancia son variadas las ciencias que se introducen al estudio del envejecimiento desde sus enfoques, marcos teóricos y metodologías. Entre ellas pueden mencionarse la Arquitectura, el Derecho y la Ciencia Política.

⁵La geriátrica es la ciencia médica directamente relacionada con los problemas de salud de la persona mayor.

⁶Cfr. Thomas H. Marshall, “Citizenship and Social Class”, en Thomas H. Marshall, *Class, Citizenship, and Social Development*, Nueva York, Anchor Books, 1949, pp. 71-133.

La reforma constitucional mexicana de 2011 y la Convención

Para México, el momento en el que llega la Convención de 2015 no pudo ser más idóneo. La reforma constitucional del 10 de junio de 2011 ha sido la más importante en materia de derechos humanos, ya que amplía su reconocimiento y señala obligaciones al Estado. Algunos de los aspectos de la reforma que configuran un marco adecuado para la recepción de la Convención son los siguientes:

En primer lugar, en el artículo 1º, a la letra dice: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”.⁷ Esto es, se elevan a rango constitucional los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales.

En segundo lugar, se establece la obligación del Estado mexicano en la tutela efectiva de los derechos humanos, en su positivización, o también podría expresarse como su justiciabilidad. Se concluye esta relevante afirmación a partir de la eliminación del término garantía individual y su sustitución por el de derechos humanos, reservándose aquél para la tutela efectiva de éstos.

Podría decirse que las vías a través de las cuales se garantiza su respeto o las garantías, es lo mismo que decir las herramientas para la tutela efectiva de esos derechos, a la luz de la interpretación que de la reforma realizan Ramírez y Sánchez cuando comentan que las garantías se establecen “para lograr la efectividad de su protección”.⁸ Los autores mencionan como ejemplo de garantías individuales el “juicio de amparo”.

Por otra parte, en el artículo 1º reformado dice a la letra que: “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”.⁹

Plasman las obligaciones que asume el Estado mexicano frente a los derechos humanos que establece la reforma. Si se acerca la lupa a la acción de proteger, tal y como hacen los autores, se encuentra que este paraguas comprende: La incorporación del contenido del Derecho internacional de los derechos humanos a la legislación interna o a sus normas de interpretación; las medidas administrativas que puedan consistir en el establecimiento de políticas públicas, financieras, educativas, expedición de reglamentos, etcétera, y las medidas jurisdiccionales que, al conocer de litigios cuyo objeto sea un derecho humano, consigan su desarrollo.¹⁰

Un segundo elemento esencial para la justiciabilidad de los derechos humanos, y especialmente de los comprendidos en la dimensión social de los derechos (DESCA),

⁷Cfr., artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).

⁸Hugo S. Ramírez García y José A. Sánchez Barroso, “La praxis de los derechos humanos en México a partir de la reforma constitucional de junio de 2011”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 27, jul.-dic., 2012, p. 225.

⁹Cfr., artículo 1º de la CPEUM.

¹⁰Ramírez G. y Sánchez B., “La praxis...”, *op. cit.*, p. 230.

son los principios que deben guiar las acciones de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, que son los principios de *universalidad*, *interdependencia*, *indivisibilidad* y *progresividad*, así como del principio *pro personae* enumerados en el artículo 1º de la Constitución. El mismo texto del artículo en comento establece a partir del principio *pro personae* que se efectúa la interpretación más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, lo que impide, además, que se utilicen otros instrumentos internacionales para restringir aquéllos.¹¹

El principio de *universalidad* puede comprenderse en dos sentidos según Ramírez y Sánchez: como punto de partida (el único requisito necesario para la titularidad de los mismos es la condición de pertenecer al género humano) y llegada en la praxis de los derechos humanos (expansión de la cultura de los derechos humanos a toda la sociedad y transformación de la sociedad para eliminar toda forma de discriminación y marginación).

El principio de *progresividad* da sentido a las obligaciones del Estado mexicano para incrementar paulatinamente el desarrollo de políticas públicas que tiendan a una mayor protección, respeto y garantía de los derechos humanos. Vinculado a lo anterior se encuentra el principio de *no regresividad o irreversibilidad*, que consiste en la imposibilidad de suprimir la condición de un derecho humano una vez que el Estado lo ha reconocido mediante algún instrumento jurídico¹² y se deben mantener niveles mínimos en los periodos de crisis.¹³

Los principios de *interdependencia* e *indivisibilidad* tienen que ver con la sucesión establecida por Thomas H. Marshall en 1949: los derechos civiles consisten en los derechos necesarios para la libertad individual (libertad de la persona, libertad de expresión, de pensamiento y de religión, el derecho a la propiedad, a cerrar contratos válidos y el derecho a la justicia), los derechos políticos consisten en el derecho activo y pasivo al voto y la asociación, y los derechos sociales se refieren a los derechos al bienestar y seguridad económicos (derecho a un empleo y a un salario, a la educación, a la sanidad, a la seguridad social). El autor británico presenta una sucesión escalonada según la cual para la existencia de la dimensión social es precisa la pre-existencia de las dimensiones política y social, de la misma manera que para la existencia plena de la dimensión política se requiere de una consolidada dimensión civil.

En la actualidad existe consenso en torno a esta progresión, si bien se añade el cuestionamiento en torno a la necesidad del cumplimiento de la dimensión social para el efectivo ejercicio de las dimensiones civil y política. El ejemplo más evidente sería que para el ejercicio autónomo e independiente del derecho pasivo al voto se requiere una mínima dimensión social de la ciudadanía; esto es, una satisfacción de las necesidades básicas del ciudadano, sin la cual el voto que se ejercería podría ser susceptible de intercambios (compra del voto), y por tanto no ejercerse libremente, desembocando en una falta de dimensión política de la ciudadanía basada en un déficit de la dimensión social de la misma.

¹¹Cfr. Miguel Carbonell y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *op. cit.*

¹²*Ibidem*, p. 233.

¹³Miguel Carbonell y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *op. cit.*

La vigencia de esta clasificación, así como de la interdependencia e indivisibilidad de los tres órdenes de derechos necesarios para la ciudadanía plena, se ha reforzado actualmente, si bien su largo andar en el Derecho internacional se originó en la Conferencia de Derechos Humanos de Teherán (1968) cuando se precisó que “la plena realización de los derechos civiles y políticos es imposible sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales”.¹⁴ Por su parte, la Asamblea General de Naciones Unidas determinó que “todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles”.¹⁵ En este mismo tenor, la Organización de Estados Americanos estableció en 1988 en el preámbulo del Protocolo de San Salvador que:

Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana [...] exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros.¹⁶

Debido a la equilibrada inclusión en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas mayores de las tres dimensiones de la ciudadanía u órdenes de derechos, se presenta a continuación un análisis de sus preceptos siguiendo esta matriz con el objetivo de identificar elementos específicos que aluden a las particularidades de las personas mayores.

Las dimensiones civil, política y social de la ciudadanía presentes en la Convención

Derechos civiles de las personas mayores

El derecho a la igualdad y no discriminación por razón de edad (artículo 5º) es el primer artículo de la Convención relativo a los derechos de las personas mayores propiamente. El reconocimiento en este artículo de una ampliación de los criterios de discriminación¹⁷ es muy relevante, dado que en la discriminación por edad en la vejez¹⁸

¹⁴Humberto Nogueira, “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, en *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 2, 2009, p. 151.

¹⁵Resolución 32/130 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1977.

¹⁶Organización de los Estados Americanos (OEA), “Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, San Salvador, El Salvador, 17 de noviembre de 1988.

¹⁷Cualquier distinción, exclusión, restricción que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada (definición de la Convención).

¹⁸Cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada (definición de la Convención).

Derechos civiles, políticos y sociales presentes
en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos
de las Personas mayores

CIUDADANÍA CIVIL	CIUDADANÍA POLÍTICA	CIUDADANÍA SOCIAL
A la igualdad y no discriminación por razón de edad (art. 5º); a la vida y a la dignidad en la vejez (art. 6º); a la independencia y autonomía (art. 7º); a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia (art. 9º); a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 10); a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud (art. 11); a la libertad personal (art. 13); a la libertad de expresión y de opinión y al acceso a la información (art. 14); a la nacionalidad y a la libertad de circulación (art. 15); a la privacidad y a la intimidad (art. 16); a la propiedad (art. 23); igual reconocimiento como personas ante la ley (art. 30), y a la justicia (art. 31).	Derechos políticos (votar libremente y ser elegido) (art. 27), de reunión y asociación (art. 28).	A la participación e integración comunitaria (art. 8); derechos de la persona mayor que recibe cuidados de largo plazo (art. 12); a la seguridad social (art. 17); al trabajo (art. 18); a la salud (art. 19); a la educación (art. 20); a la cultura (art. 21); a la recreación, al esparcimiento y al deporte (art. 22); a la vivienda (art. 24); a un medio ambiente sano (art. 25), a la accesibilidad y a la movilidad personal (art. 26), y situaciones de riesgo y emergencias humanitarias (art. 29).

Fuente: Elaboración propia con base en la Convención (OEA, 2015) y en Marshall (1949).

se incluyen género, discapacidad, orientación sexual,¹⁹ identidad de género,²⁰ migración, pobreza, marginación, afrodescendencia, indigenismo, y también la ejercida hacia

¹⁹La distinción entre orientación sexual e identidad de género requiere primeramente de la diferenciación entre género y sexo. El Comité de Naciones Unidas que monitorea el cumplimiento de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) ha establecido que el término “sexo” se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, mientras que el término “género” se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas: “La orientación sexual es independiente del sexo biológico o de la identidad de género; se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, de su mismo género o de más de un género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con personas. Es un concepto complejo cuyas formas cambian con el tiempo y difieren entre las diferentes culturas”, Organización de las Naciones Unidas, *Orientación sexual e identidad de género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, América del Sur, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas de Derechos Humanos, 2012, p. 3.

²⁰La identidad de género es “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la experimenta profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de técnicas médicas, quirúrgicas o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”, *idem*. En este grupo se incluyen el transgenerismo, el transexualismo y la intersexualidad.

personas sin techo, en prisión, pertenecientes a pueblos tradicionales, grupos étnicos, raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos y rurales.

El derecho *a la vida y a la dignidad en la vejez* (artículo 6º) tiene como principal especificidad que se garantice el acceso a los cuidados integrales —incluidos los cuidados paliativos—,²¹ que se manejen apropiadamente los problemas relacionados con el miedo a la muerte de los enfermos terminales, y que se evite el sufrimiento innecesario y las intervenciones inútiles. Asimismo, se especifica el derecho de la persona mayor a expresar el consentimiento libre e informado, para lo cual existe en el mismo instrumento un artículo específico que enuncia el derecho *a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud* (artículo 11). Este artículo tiene cabida en la dimensión civil de la ciudadanía, pero también en la dimensión social por tratarse de un derecho civil referido a un ámbito social. Por tratarse de un derecho civil se presentará a continuación.

Según el *derecho a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud* la información que se brinde debe ser adecuada, clara y oportuna, presentada de manera comprensible de acuerdo con la identidad cultural, nivel educativo y necesidades de comunicación de la persona mayor. Por otra parte, las instituciones y los profesionales de la salud “no podrán administrar tratamiento, intervención o investigación alguna sin el consentimiento informado de la persona mayor” —salvo en los casos de emergencia médica que pongan en riesgo la vida y cuando no resulte posible obtener el consentimiento informado—. Este derecho de la persona mayor incluye aceptar, negarse a recibir o interrumpir voluntariamente tratamientos médicos o quirúrgicos —incluidos los de la medicina tradicional, alternativa y complementaria— y a recibir información clara y oportuna sobre las posibles consecuencias y los riesgos de dicha decisión. Asimismo, los Estados deben establecer un proceso a través del cual la persona mayor pueda manifestar su voluntad anticipada e instrucciones respecto de las intervenciones en materia de atención de la salud, incluidos los cuidados paliativos.

El derecho *a la independencia y a la autonomía* (artículo 7º) abunda en el derecho a tomar decisiones, a definir el plan de vida —conforme a la cultura y tradiciones de la persona mayor, si así lo desea— y a desarrollar una vida autónoma e independiente conforme a sus tradiciones y creencias. Merece especial atención la inclusión del componente cultural/tradicional en este derecho. Asimismo, está incluida la libertad de residencia, en este tenor “que la persona mayor tenga la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir [...] y no se vea obligada a vivir con arreglo a un sistema de vida específico”. Este inciso en concreto representa una de las tensiones más claras entre el individuo y la familia, inclinándose el texto por el individuo (la persona mayor).

²¹ La atención y cuidado activo, integral e interdisciplinario de pacientes cuya enfermedad no responde a un tratamiento curativo o sufren dolores evitables, con el objetivo de mejorar su calidad de vida hasta el fin de sus días. Implica una atención primordial al control del dolor, de otros síntomas y de los problemas sociales, psicológicos y espirituales de la persona mayor. Abarcan al paciente, su entorno y su familia. Afirman la vida y consideran la muerte como un proceso normal; no la aceleran ni retrasan (definición de la Convención).

El artículo 9º se dedica *a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia* y el artículo 10 *a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*. En su contenido, nuevamente refuerza la no discriminación derivada de las dimensiones como la raza, la etnia, la identidad indígena y la cultura, el género, el sexo y todas las descritas en el artículo, acotando la vida sin violencia a especificidades como el abuso financiero o patrimonial, la expulsión de su comunidad, el maltrato,²² el abandono²³ o negligencia²⁴ dentro y fuera del ámbito familiar.

En el artículo 13 dedicado *a la libertad personal* se exige que la edad en ningún caso justifique la privación o restricción arbitraria de su libertad, en un sentido semejante al contenido subyacente en el artículo 14 —que expresa la libertad *de expresión y de opinión y al acceso a la información*— y en el artículo 15 —derecho *a la nacionalidad y a la libertad de circulación*— y en el artículo 16 —derecho *a la privacidad y a la intimidad*—. Estos cuatro artículos se fundamentan en el principio “igualdad de condiciones y no discriminación”.

El artículo 13 reza que la edad en ningún caso justifique la privación o restricción arbitrarias de su libertad; para la persona mayor privada de la libertad el Estado garantizará el acceso a programas especiales, incluidos los mecanismos de rehabilitación para su reinserción en la sociedad (artículo 13).

El derecho a la *libertad de expresión y de opinión y al acceso a la información* (artículo 14) consiste en la igualdad de condiciones en el ejercicio de este derecho por parte de la persona mayor, pudiéndose relacionar el acceso a la información con el inciso d) del derecho (social) a la educación (artículo 20) que fomenta la formación de la persona mayor en el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC).

El artículo 15 protege el derecho *a la nacionalidad y a la libertad de circulación*, que incluye la libertad para elegir su residencia.

El derecho *a la privacidad y a la intimidad* (artículo 16) en su vida privada, familia, hogar o unidad doméstica, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, contiene una alusión especial a los actos de higiene. Por otra parte, subraya la tutela de este derecho especialmente en el caso de las personas mayores que reciben cuidados de largo plazo.

Se consagra en el derecho *a la propiedad* (artículo 23) la libre disposición por parte del adulto mayor de sus bienes con el fin de prevenir el abuso y la enajenación ilegal de su propiedad, protegiéndose especialmente a la mujer mayor para que pueda ejercer libremente este derecho. También es relevante la inclusión del siguiente punto: “la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”, que puede entenderse como

²² Acciones u omisiones, realizadas intencionada o negligentemente, que no tienen carácter de accidentalidad, y hacen referencia a daños físicos, psíquicos y/o económicos, independientemente de que ocurra en una relación de confianza (definición de la Convención).

²³ La falta de acción deliberada o no para atender de manera integral las necesidades de una persona mayor que ponga en peligro su vida o su integridad física, psíquica o moral (definición de la Convención).

²⁴ Error involuntario o falta no deliberada, incluido entre otros, el descuido, omisión, desamparo e indefensión que le causa un daño o sufrimiento a una persona mayor, tanto en el ámbito público como privado, cuando no se hayan tomado las precauciones normales necesarias de conformidad con las circunstancias (definición de la Convención).

la posibilidad de que el derecho de propiedad pueda estar sujeto a la dependencia de otro derecho o principio, en este caso, el interés social y/o de la comunidad.

Llama la atención que, a pesar de la permanente alusión al ejercicio de los derechos en igualdad de condiciones, existe un artículo específico, el 30, denominado “Igual reconocimiento como persona ante la ley” que enfatiza el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica en igualdad de condiciones, medidas relativas al ejercicio de su capacidad jurídica para que se respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona mayor, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, así como que se apliquen en el plazo más corto posible.

Por último, el artículo 31 está consagrado *al acceso a la justicia* en igualdad de condiciones, incluso mediante la adopción de ajustes de procedimiento, debida diligencia y tratamiento preferencial, así como capacitación del personal relacionado con la administración de justicia, derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica en igualdad para que se respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona mayor, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, así como que se apliquen en el plazo más corto posible.

Derechos políticos de las personas mayores

El artículo 27 está formado por los derechos políticos, que consisten en el derecho *a votar y ser elegido*, para lo cual se especifica no ser discriminado por motivos de edad, tener accesibilidad a las instalaciones y que los materiales sean fáciles de entender.

El derecho *de reunión y asociación* (artículo 28) se dirige al fortalecimiento de las agrupaciones de adultos mayores así como de los liderazgos, e incluye el apoyo y el reconocimiento legal por parte del Estado de dichas asociaciones.

Derechos sociales de las personas mayores

Este tipo de derechos se han ampliado más allá de lo social, e incluyen esta dimensión, entre otras. Se trata de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) y son los derechos humanos relacionados con el lugar de trabajo, la seguridad social, la vida en familia, la participación en la vida cultural y el acceso a la vivienda, la alimentación, el agua, la atención de la salud y la educación (ACNUDH),²⁵ y el medio ambiente saludable que se ha añadido con posterioridad. Pese a que la Convención no cataloga los derechos agrupándolos de esta manera, se presentarán siguiendo esta matriz y llenándola de contenido según los artículos de la Convención.

²⁵ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, núm. 33, Ginebra, ACNUDH, 2009.

Derechos económicos

Los derechos económicos presentes en este instrumento son el derecho a la vivienda y el derecho al trabajo.

En el derecho *a la vivienda* (artículo 24) se esboza que deben adaptarse soluciones habitacionales que permitan a la persona mayor residir en su propio domicilio conforme a su voluntad, así como cubrir las necesidades específicas de quienes viven solos; protección contra desalojos forzosos ilegales, así como derecho a la vivienda y a la tierra. Es de relevancia fundamental el derecho al crédito que se incluye en este artículo, dado que es muy frecuente que la edad avanzada sea un motivo de discriminación a la hora de la concesión de préstamos o créditos hipotecarios.

El derecho *al trabajo* (artículo 18) tiene que ver con derechos laborales derivados de la igualdad de oportunidades y la no discriminación en tres vertientes: por una parte, en el acceso al trabajo (se promueve el empleo formal de la persona mayor mediante medidas legislativas, administrativas o de otra índole; se alienta el diseño de programas de capacitación y certificación de conocimiento y saberes); por otra parte, en el desempeño del trabajo, esto es, derechos de la persona mayor contratada (mismas garantías, beneficios, derechos laborales y sindicales; así como la máxima “mismo trabajo, mismo salario”; y en el sentido opuesto: propiciar las condiciones, el ambiente de trabajo, los horarios y la organización de las tareas acorde con las necesidades y características de la persona mayor), y en tercer lugar, regular las distintas formas de autoempleo y empleo doméstico, con miras a prevenir abusos y garantizar una adecuada cobertura social y el reconocimiento del trabajo no remunerado. Se reconocen por lo tanto la existencia de la informalidad y la precarización del mercado laboral así como la necesidad de avanzar en su regulación y cobertura.

Derechos sociales

Son propiamente derechos de este tipo el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social.

El derecho *a la salud* (artículo 19) está muy desarrollado en la Convención y pueden destacarse varios aspectos:

En primer lugar, la atención que se presta a la medicina tradicional, alternativa y complementaria, que ocupa dos incisos diferentes dentro del artículo (a y k). En segundo lugar, la mención del envejecimiento activo,²⁶ paradigma que ha tenido diversas denominaciones a lo largo de la historia de la gerontología, pero que sigue siendo uno de los más vigentes paradigmas sobre envejecimiento. En tercer lugar, la alusión a la salud

²⁶Proceso por el cual se optimizan las oportunidades de bienestar físico, mental y social, de participar en actividades sociales, económicas, culturales, espirituales y cívicas, y de contar con protección, seguridad y atención, con el objetivo de ampliar la esperanza de vida saludable y la calidad de vida de todos los individuos en la vejez, y permitirles así seguir contribuyendo activamente a sus familias, amigos, comunidades y naciones. El concepto de envejecimiento activo y saludable se aplica tanto a individuos como a grupos de población (artículo 2º de la Convención).

sexual y reproductiva de la persona mayor y la inclusión de los servicios de salud asequibles y de calidad para el tratamiento de las enfermedades de transmisión sexual en esta población. En cuarto lugar, el objetivo de mejoramiento del estado nutricional de la persona mayor. En quinto lugar, la contemplación de servicios socio-sanitarios para el tratamiento de enfermedades que generan dependencia como las crónico-degenerativas, las demencias y la enfermedad de Alzheimer. En sexto lugar, el objetivo de hacer posible la accesibilidad a los servicios de cuidados paliativos. En séptimo lugar, se propone la disponibilidad y acceso a los medicamentos reconocidos como esenciales por la Organización Mundial de la Salud, “incluyendo los fiscalizados necesarios para los cuidados paliativos” (inciso m). En el inciso n) se garantiza el acceso a la información contenida en sus expedientes personales, abundando en el artículo 14, descrito en la dimensión civil.

Es oportuno presentar, junto al derecho *a la salud*, los derechos *de la persona mayor que recibe servicios de cuidado de largo plazo*²⁷ (artículo 12). Incluye varios aspectos como el sistema integral de cuidados, la cobertura de servicios sociales, la seguridad alimentaria y nutricional, agua, vestuario y vivienda. Por otra parte, introduce que la persona mayor pueda decidir permanecer en su hogar²⁸ y mantener su independencia y autonomía. Incluye también medidas de apoyo para los cuidadores; necesidades de todas las familias y otras formas de cuidados; respeto a la dignidad e integridad física y mental, así como garantizar el acceso de la persona mayor a la información, privacidad e intimidad en los actos de higiene. El citado artículo advierte de la gran vulnerabilidad de la mujer mayor.

Es apropiado presentar el artículo dedicado a las situaciones de riesgo y emergencias humanitarias (artículo 29), junto al derecho *a la salud*. Se refiere a las medidas específicas por parte del Estado para garantizar la integridad y los derechos de las personas mayores en situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres, de conformidad con el derecho internacional humanitario. Los Estados Parte propiciarán que la persona mayor interesada participe en los protocolos de protección civil.

El derecho *a la seguridad social* (artículo 17) contiene una limitación de la obligación del Estado, que se deriva de la condición “dentro de los recursos disponibles”, lo cual contrasta con la constante alusión al papel del Estado en los derechos comentados en los artículos anteriores. El mandato para los Estados es promover progresivamente que la persona mayor reciba un ingreso para una vida digna. No menciona las pensiones contributivas, aunque agrega a los mecanismos de seguridad social “otros mecanismos flexibles de protección social”. En esta flexibilidad no parece tener cabida el derecho a la pensión no contributiva, sino mecanismos de tipo asistencial.

²⁷ Aquella que reside temporal o permanentemente en un establecimiento regulado sea público, privado o mixto, en el que recibe servicios socio-sanitarios integrales de calidad, incluidas las residencias de larga estadía, que brindan estos servicios de atención por tiempo prolongado a la persona mayor, con dependencia moderada o severa que no pueda recibir cuidados en su domicilio (definición de la Convención).

²⁸ El grupo de personas que viven en una misma vivienda, comparten las comidas principales y atienden en común las necesidades básicas sin que sea necesario que existan lazos de parentesco entre ellos.

Por otra parte, es preciso reconocer el acierto que supone la especial alusión a las personas mayores migrantes, que debido a su condición quedan fuera del sistema de seguridad social tanto del país emisor, como del país receptor.

La “seguridad económica” en la vejez constituye junto a la “salud” y el “medio ambiente favorable” las tres áreas prioritarias de acción señaladas por Naciones Unidas en la segunda y más reciente Asamblea Mundial sobre Envejecimiento, celebrada en 2002 en Madrid, y por tanto, se esperaría una mayor profundización y proyección de este derecho en un instrumento como la Convención.

Derechos culturales

En cuanto al derecho *a la educación* (artículo 20), se mencionan las necesidades de alfabetización y postalfabetización —dirigidas especialmente a la mujer— que es una medida sin duda adaptada a las desigualdades de la región y a los altos índices relativos de analfabetas hombres y mujeres que se presentan en mayor número en la población de sesenta años y más; así como la inclusión de programas cuyos materiales y formatos educativos tomen en cuenta la identidad cultural de las personas mayores, así como su tipo de localidad, rural o urbana, aludiendo claramente a los pueblos indígenas que se concentran mayoritariamente en el área rural.²⁹

Por otra parte, destaca la importancia de la realización a través de la formación, la cual es adecuada para todas las edades, así como de compartir sus conocimientos y experiencias con todas las generaciones.

De la misma manera, se incluye la formación de las personas mayores en el uso de las TICs para minimizar la brecha digital, generacional y geográfica, razón por la cual se considera oportuno ubicar junto este artículo el número 26 dedicado al derecho *a la accesibilidad y a la movilidad personal*, que es, ciertamente, un derecho específico para asegurar el acceso en igualdad de condiciones de la persona mayor al transporte, comunicaciones, TICs y las comunicaciones, servicios en zonas rurales y urbanas; eliminación de barreras en edificios, vías públicas, transportes, instalaciones médicas, centros educativos y lugares de trabajo. Resulta muy interesante que se espera del Estado que dentro de las normas mínimas que debe aplicar se incluya formar a las personas respecto a los problemas de accesibilidad que enfrenta la persona mayor.

El derecho *a la cultura* (artículo 21) inicia con “la persona mayor tiene derecho a su identidad cultural” lo cual es una afirmación muy clara de la sensibilidad hacia los pueblos originarios, pueblos indígenas y minorías, y el reconocimiento y respeto de la identidad de aquellos. El derecho a la cultura consta de varios elementos, entre los que destacan, por una parte, los relacionados con la persona mayor como receptor (asegurar el acceso preferencial de la persona mayor a los bienes y servicios culturales en

²⁹Sin embargo, cada vez hay más población indígena en las zonas urbanas, véase Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*, Santiago de Chile, CEPAL, 2014.

formatos y condiciones asequibles), y por otra parte, los relacionados con la persona mayor como emisor y/o creador —que la persona mayor pueda desarrollar y utilizar su potencial creativo, artístico e intelectual como agente transmisor de valores, conocimientos y cultura; participación de las organizaciones de personas mayores en la realización de proyectos educativos y culturales; reconocimiento y estímulo de los aportes de las personas mayores en expresiones artísticas y culturales—. En este sentido, la propiedad intelectual de la persona mayor en condiciones de igualdad es uno de los derechos asentados con más claridad dentro del derecho *a la cultura*.

El derecho *a la recreación, al esparcimiento y al deporte* (artículo 22) —que también incluye el turismo— tiene en cuenta las necesidades de la persona mayor, pero también de la persona mayor que recibe cuidados de largo plazo con el objeto de mejorar su salud y calidad de vida, así como de promover su independencia, autorrealización e inclusión en la comunidad.

El derecho *a la participación e integración comunitaria* (artículo 8º) propone la implementación de mecanismos de participación e inclusión social de la persona mayor en un ambiente de igualdad, con énfasis en actividades intergeneracionales, con un doble principio: igualdad de condiciones, pero adaptada a sus necesidades.

Derechos ambientales

En el artículo 25 dedicado al derecho *a un medio ambiente sano*, se subraya que las personas mayores deben acceder en igualdad de condiciones a este derecho. El derecho a un medio ambiente sano es el que toda persona tiene a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos (artículo 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana “Protocolo de San Salvador”). La Convención abreva del citado Protocolo para especificar el contenido de dicho derecho para las personas mayores, a saber: acceder en igualdad de condiciones a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos de agua potable y saneamiento, entre otros.

Mecanismos de seguimiento y medios de protección

La Convención establece un mecanismo de seguimiento que consiste en la Conferencia de Estados Parte y el Comité de Expertos (artículo 33).

La Conferencia de Estados Parte tiene como funciones principales dar seguimiento al avance de los Estados Parte en el cumplimiento de los compromisos emanados de la Convención y recibir las recomendaciones del Comité de Expertos (artículo 34). Por su parte, este órgano colabora en el seguimiento al avance de los Estados Parte en la implementación de la Convención, siendo responsable del análisis técnico de los informes presentados por aquellos. A tal efecto, los Estados Parte se comprometen a presentar un informe al Comité en relación con el cumplimiento de las obligaciones contenidas

en la Convención dentro del año siguiente de haberse realizado la primera reunión, y de entonces en adelante, cada cuatro años (artículo 35).

El artículo 36 denominado *Sistema de peticiones individuales* establece que cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, puede presentar ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas por la violación por parte de un Estado Parte de alguno de los artículos de la presente Convención.

El mecanismo de seguimiento quedará constituido cuando se haya recibido el décimo instrumento de ratificación o adhesión (artículo 33).

Epílogo

La sinergia para el abordaje del envejecimiento con un enfoque de derechos que puede desprenderse de la reforma constitucional mexicana de 2011 y la eventual firma y ratificación de la Convención es evidente.

Los derechos humanos de las personas mayores contenidos en la Convención no se refieren únicamente a un ideal de conducta —como era el caso de los Principios de las Naciones Unidas a favor de las personas de edad, aprobados por la resolución 46/91 de la Asamblea General—, sino que se trata de un instrumento positivo. Es a partir de la justiciabilidad o positivización que puede considerarse que la reforma constitucional de 2011 marca una apertura hacia la aplicación efectiva de la Convención.

Más allá del ámbito jurídico, la sociedad mexicana se encuentra en un momento idóneo para esta sinergia. México está inmerso en un irreversible proceso de envejecimiento poblacional,³⁰ esto es, aumenta la proporción de personas mayores³¹ al tiempo que disminuye la proporción de niños (menores de 15 años) y de personas en edad de trabajar (de 15 a 59 años). En los 50 años que transcurrieron entre 1950 y 2000 se incrementó moderadamente la proporción de personas mayores sobre el total de la población, de 4 a 7.2 por ciento. Y en los 50 años que transcurrirán de 2000 a 2050

³⁰El envejecimiento es un proceso universal que está teniendo lugar prácticamente en todos los países del mundo y se debe principalmente a la reducción de la fecundidad y de la mortalidad, especialmente la mortalidad infantil, lo que incrementa la esperanza de vida promedio entre la población. Asimismo, disminuye la mortalidad en edades avanzadas lo que incrementa la longevidad.

³¹El consenso internacional generado por las organizaciones internacionales del sistema de Naciones Unidas, particularmente la Organización Panamericana de la Salud (OPS), ha establecido los 60 años de edad como límite etario inferior para el grupo de personas mayores. En general, en los países más desarrollados se establece a partir de 65 años y en los países menos desarrollados a partir de los 60 años, véase Juan Antonio Salmerón *et al.*, *Vejez, mujer y educación. Un enfoque cualitativo de trabajo socioeducativo*, Madrid, Dykinson, 2014. La mayor parte de los países de la región de América Latina y el Caribe comparten el criterio de los 60 años, salvo Costa Rica y Ecuador. Por su parte, se considera persona muy mayor a la de 75 años y más.

pasará de 7.2 a 22.8 por ciento; esto es, se triplicará la proporción de personas mayores sobre el total de la población.³²

La vejez por sí misma no representa una situación de vulnerabilidad. Sin embargo, la notoria inequidad social que caracteriza la sociedad mexicana y los altos índices de pobreza que se registran, configuran una situación de alta vulnerabilidad para millones de personas mayores. En México, envejecer es una experiencia muy diferente según la región y la entidad federativa, según el grupo étnico de pertenencia, el género, el nivel económico, o el tipo de localidad. Esto es, ser persona mayor rural, y/o mujer, y/o de escasos recursos, y/o indígena, presenta un panorama diametralmente opuesto al que presenta la persona mayor urbana y/o de ingresos económicos altos y/u hombre, y/o no indígena, independientemente de otras características que condicionan la vejez como la salud física y psicológica, así como las redes y el medio ambiente —físico o social— más o menos favorables, que por lo demás, también están relacionadas con las diferencias de clase, género, tipo de localidad y raza/etnia.³³

El ejercicio de los derechos de las personas mayores pertenecientes a la dimensión civil o dimensión civil de la ciudadanía está condicionado por el nivel de acceso a la justicia, que se compone de varios elementos o factores, entre los que el Observatorio de Acceso a la Justicia en América Latina y el Caribe³⁴ menciona: el acceso a asistencia legal gratuita y de calidad, la especialización del personal, la duración de los procesos judiciales, la difusión y acceso a medios alternativos de resolución de conflictos, el acceso a la información sobre procesos judiciales, las medidas para mejor comprensión de actuaciones judiciales, y la accesibilidad de dependencias judiciales por distancias geográficas y barreras arquitectónicas.

El ejercicio de los derechos políticos o la dimensión política de la ciudadanía de la persona mayor, en su modalidad activa, tiene que ver con el derecho de asociación, la igualdad de oportunidades y la promoción de liderazgos de personas mayores. En su modalidad pasiva requiere, además de las cuestiones relativas a la accesibilidad a las instalaciones electorales, aspectos más profundos que integran el Índice de Democracia Electoral (IDE):³⁵ el reconocimiento del derecho al voto, la transparencia de las elecciones, la libertad de elección y la correlación elecciones-acceso a cargos públicos, o dicho de otro modo, hasta qué punto son las elecciones el medio para acceder a cargos públicos.

El ejercicio de los derechos sociales o la dimensión social de la ciudadanía tiene que ver con el grado de desarrollo del Estado social. Sin un Estado que garantice el acceso a servicios públicos de calidad en el área de educación, sanidad y seguridad social, no hay ciudadanía social o derechos sociales. La proporción de la población que

³²Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *Observatorio Demográfico 2014. Proyecciones de población*, Santiago de Chile, CEPAL, 2015.

³³Cfr. Aída Díaz-Tendero, *La teoría de la economía política del envejecimiento. Un nuevo enfoque para la gerontología social en México*, Tijuana, El Colegio de la Frontera Norte, 2012.

³⁴Observatorio de Acceso a la Justicia América Latina y el Caribe, *Informe 2012*, La Asunción, Paraguay, Centro de Estudios Judiciales/Avina, 2013, p. 12.

³⁵Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Buenos Aires, Alfaguara, 2004, p. 79.

recibe cobertura de los servicios públicos y la calidad de dichos servicios da cuenta de la existencia y el grado de los derechos sociales de su población o de la dimensión social de la ciudadanía.

Lo anterior debido al alto grado de inequidad de la sociedad mexicana y dado que los derechos sociales, en palabras de Norberto Bobbio: “tienden a hacer menos grande la desigualdad entre quienes tienen y quienes no tienen, o a poner un número de individuos siempre mayor en condiciones de ser menos desiguales respecto a individuos más afortunados por nacimiento o condición social”.³⁶

Parecería que la dimensión social de la ciudadanía o derechos sociales son los primeros que el Estado debería garantizar. En este sentido, si bien el déficit en materia de derechos sociales de las personas mayores (salud, pensiones, medio ambiente favorable) requiere de acciones progresivas y contundentes por parte del Estado, el círculo virtuoso que tiene por principios la *indivisibilidad* y la *interdependencia* de los derechos civiles, políticos y sociales muestra la importancia de avanzar en las tres dimensiones simultáneamente, sin obviar ni subestimar ninguna de ellas.

Se espera que la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas mayores constituya el faro para el desarrollo progresivo y simultáneo de las tres dimensiones de la ciudadanía de las personas mayores, lo que a su vez redundará en un avance en la consolidación de la ciudadanía plena de todos los mexicanos.

³⁶Cfr. Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, p. 151.

Una mirada a los derechos de las personas con discapacidad
a partir del nuevo régimen constitucional aprobado en junio de 2011

Observaciones preliminares

La reforma constitucional de junio de 2011, conocida como la reforma en materia de derechos humanos, constituye un hito en el sistema de fuentes que hasta ahora era predominante en el Derecho mexicano. Ahora, existe una jerarquía jurídica muy decantada en lo tocante al texto constitucional, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Senado y el resto del entramado normativo que conforma el orden jurídico nacional. En la actualidad es posible, mediante control constitucional difuso y concentrado, atacar todas aquellas normas generales que se opongan no sólo al texto constitucional propiamente dicho, sino a los tratados de derechos humanos que hayan sido ratificados por el país. Lo anterior vuelve más rico y complejo el sistema de protección de los derechos fundamentales que está en proceso de implementación en nuestro país. En lo que sigue, exploraré los contenidos en materia de derechos que ahora son justiciables por la vía constitucional, que se han generado a partir de que México ha ratificado tres importantes instrumentos de derechos humanos: la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y, en el marco de Naciones Unidas, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo.

La Convención sobre los Derechos de las
Personas con Discapacidad

En lo que sigue haré una presentación general de los principales contenidos y temas previstos en la Conven-

Sumario

Observaciones preliminares	203
La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	203
El cambio de paradigma: del asistencialismo a los derechos de las personas con discapacidad	205
Principales contenidos de la CDPD . . .	206
Elementos destacables del preámbulo de la CDPD	207
Derechos específicos previstos en la CDPD	207
Consideración final	218

ción sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), así como el entorno general que dio origen a este revolucionario instrumento de derechos humanos. Al igual que otros tratados sobre derechos humanos, la CDPD cuenta con un órgano de monitoreo encargado de orientar a los Estados Partes respecto a la forma en que los distintos contenidos del tratado deben ser interpretados para cumplir con sus más altos fines. En este orden de ideas, en la mayoría de los contenidos abordados para explicar la CDPD también se recurrirá a la forma en que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, instituido por el artículo 34 del tratado, ha venido abordando e interpretando los alcances de las obligaciones de los Estados Parte, tanto en sus observaciones finales al examen de los informes de los estados, como en las denominadas observaciones generales que realizan interpretaciones sobre artículos específicos del tratado internacional.

La CDPD es el primer tratado internacional del siglo XXI y tiene una aproximación sin precedentes hacia los derechos humanos de las personas con discapacidad. Durante centurias, las personas con discapacidad han sido vistas como víctimas del infortunio, personas necesitadas de cuidados, asistencia, caridad y compasión, pero no como sujetos y portadores de derechos en iguales condiciones que los demás. Antes de que la CDPD fuera adoptada, las Naciones Unidas habían emitido resoluciones especiales sobre discapacidad, que establecían aproximaciones muy restrictivas a los derechos de este sector de la población y ninguna de ellas desde una perspectiva integral, más aún, algunas eran claramente cuestionables en cuanto a su enfoque. La Declaración de los Derechos del “Retrasado mental” (1971), la Declaración de los Derechos del Discapacitado (1975), los Principios para la Protección de la Integridad de las Personas con Enfermedad Mental (1991), y las Reglas para la Equiparación de Oportunidades de las Personas con Discapacidad (1993), instrumentos que procuraban alguna protección a las personas con discapacidad pero que constituían instrumentos de derecho emergente, no vinculantes para los Estados, y entrando tales no ejecutables a partir de mecanismos legales domésticos o internacionales.

Vale la pena hacer notar que es imposible hacer una referencia muy detallada de cada uno de los derechos existentes en la CDPD en un espacio como el de este trabajo, y explorar las distintos debates y discusiones que dieron lugar a los distintos artículos y contenidos del tratado; sin embargo, el enfoque que asumiré es proveer una explicación general de los principales contenidos para hacer referencia únicamente sobre aquellos temas nucleares que están en la esencia de la manera en que debe ser entendido el tratado.

La CDPD fue adoptada siguiendo una propuesta formulada por el Gobierno de México en Durban, Sudáfrica, en 2001. De esta propuesta en la sesión 56 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se decidió crear un Comité Ad Hoc con la encomienda y mandato de redactar una Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. El Comité Ad Hoc sesionó por ocho sesiones entre 2002 y 2006. La CDPD fue finalmente adoptada y abierta a firma el 30 de marzo de 2007. Nuestro país la ratificó en diciembre de ese mismo año y entró en vigor el 3 de mayo de 2008 cuando se depositó el vigésimo instrumento de ratificación. Hasta la fecha de publicación de este

trabajo, la CDPD cuenta con 164 ratificaciones, mientras que su protocolo facultativo tiene hasta ahora 88.

El proceso de creación de la CDPD estuvo caracterizado por un involucramiento muy activo de organizaciones de la sociedad civil, específicamente de organizaciones de personas con discapacidad. Este involucramiento se ve reflejado en los registros de organizaciones que estuvieron involucradas en la última sesión del Comité *ad hoc* que tuvo lugar el 30 de marzo de 2007. La participación activa de las organizaciones refleja muy bien el lema de la CDPD: “nada de nosotros, sin nosotros”.

En lo que sigue presentaré una descripción concisa de los contenidos esenciales de la CDPD.

El cambio de paradigma: del asistencialismo a los derechos de las personas con discapacidad

Agustina Palacios¹ identifica tres modelos que han sido prevalecientes para el tratamiento de la discapacidad. El modelo denominado de prescindencia, mediante el cual la discapacidad es vista en sentido puramente negativo, al ser considerada como un castigo o maldición divina, que supone centrar las respuestas de la sociedad en la eliminación de la discapacidad y de las personas con discapacidad o, en el mejor de los casos, en su ocultamiento o aislamiento de la sociedad. El segundo modelo es el conocido como rehabilitador o médico, mediante el cual la discapacidad no es vista intrínsecamente como negativa, sino como una situación de anormalidad médica, lo cual supone concentrar todos los esfuerzos sociales en el intento de normalización o rehabilitación de la persona para intentar su integración en la sociedad. Finalmente, existe también el modelo conocido como modelo social —también conocido como modelo de derechos humanos—, el cual supone enmarcar la discapacidad en el contexto de reconocimiento de la diversidad y en el entendimiento de que las personas con discapacidad tienen el mismo valor y dignidad que las demás, y en tal sentido, las respuestas y políticas sociales frente a la discapacidad y a las personas que tienen una discapacidad se deben orientar a garantizar la no-discriminación e igualdad de oportunidades, así como en la construcción de una sociedad incluyente, que permita el ejercicio tanto de los derechos civiles y políticos; como de los económicos y sociales, también para este sector de la población.

La CDPD cristaliza precisamente el modelo de derechos humanos —o modelo social— y, a la par que establece disposiciones para asegurar la igualdad de oportunidades y la no discriminación para personas con discapacidad, se constituye en un instrumento de derechos humanos y de desarrollo.

¹Palacios, Agustina, “El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas, Discapacidad”. Citada por Francisco Bariffi en *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. Ediciones cinco, Colección Convención ONU núm. 11, Madrid, diciembre de 2014, pp. 42 y ss.

Principales contenidos de la CDPD

De conformidad con la estructura de la CDPD sería posible hacer la siguiente descripción en forma esquemática.

1. Propósito	11. Situaciones de riesgo y emergencias humanitarias	21. Libertad de expresión y de opinión y acceso a la información	31. Recopilación de datos y estadísticas
2. Definiciones	12. Igual reconocimiento como persona ante la ley	22. Respeto a la privacidad	32. Cooperación internacional
3. Principios generales	13. Acceso a la justicia	23. Respeto del hogar y de la familia	33. Aplicación y seguimiento nacionales
4. Obligaciones generales	14. Libertad y Seguridad de la Persona	24. Educación	
5. Igualdad y no-discriminación	15. Protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes	25. Salud	
6. Mujeres con discapacidad	16. Protección contra la explotación, la violencia y el abuso	26. Rehabilitación y rehabilitación	
7. Niños y niñas con discapacidad	17. Protección de la integridad personal	27. Trabajo y empleo	
8. Toma de conciencia	18. Libertad de desplazamiento y nacionalidad	28. Nivel de vida adecuado y protección social	
9. Accesibilidad	19. Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad	29. Participación en la vida política y pública	
10. Derecho a la vida	20. Libertad de expresión y de opinión y acceso a la información	30. Participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte	

Dadas las limitaciones de espacio, en este trabajo sólo me ocuparé de hacer una exposición de los principales contenidos y alcances de los derechos que son transversales a todas las obligaciones previstas en la CDPD, específicamente los primeros diez artículos del tratado y los artículos 12 y 19 de la CDPD, que contienen las dos piedras angulares que conforman la esencia del modelo social sobre los derechos de las personas con discapacidad: el derecho a la capacidad jurídica y el derecho a vivir en la comunidad. Evidentemente eso no significa que los demás artículos y derechos previstos en la CDPD no sean sumamente trascendentes; sin embargo, ocuparme de ellos por lo menos para exponer sus contenidos fundamentales, rebasaría de forma desproporcionada el espacio que generosamente se me ha concedido en esta obra.

Elementos destacables del preámbulo de la CDPD

De acuerdo con el artículo 37 de la Convención de Viena sobre la Celebración de Tratados, los preámbulos de los instrumentos internacionales constituyen una fuente legítima de interpretación de sus contenidos y, en ese sentido, en la lectura de los distintos derechos previstos en el cuerpo mismo de la CDPD, debe considerarse el espíritu de los valores y principios generales recogidos en el preámbulo.

De un análisis del preámbulo de la CDPD se desprende que este instrumento es, a la vez, un tratado de derechos humanos y un instrumento de desarrollo. Específicamente el inciso c), el cual recuerda la “universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación entre todos los derechos y libertades fundamentales y la necesidad de que las personas con discapacidad les garantice el pleno goce de tales derechos sin discriminación”. El párrafo se refiere a la Declaración de Viena y al Programa de Acción Mundial de 1993 que, en su artículo 5, utiliza el lenguaje recién referido para construir un puente entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos y sociales.

Otro aspecto que vale la pena destacar del preámbulo es el relativo a la caracterización misma de la discapacidad como un concepto evolutivo. El inciso e) dice textualmente que “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. La cláusula es importante porque complementa la “no definición” de discapacidad que está prevista en el artículo 1º de la CDPD. Los países que negociaron este instrumento internacional no pudieron ponerse de acuerdo sobre sí, y de ser el caso cómo el impedimento, la deficiencia o la discapacidad, respectivamente, tendrían que haber sido definidas. La CDPD da una descripción abierta de la discapacidad, que precisamente refleja el modelo social o de derechos humanos. La descripción abierta permite tomar conciencia de que la falta de inclusión y de ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad se debe en gran medida a barreras de distinto tipo, actitudinales, sociales y ambientales, tales como los estereotipos, los prejuicios y otras formas de tratamiento paternalista.

Asimismo, es pertinente aludir al reconocimiento de la discapacidad no como una enfermedad o algo negativo, sino como una manifestación más de la diversidad.

Derechos específicos previstos en la CDPD

Antes de abordar, en términos generales, los derechos previstos en la CDPD, conviene precisar que los primeros diez artículos de este instrumento internacional son transversales a todos los derechos contenidos en los treinta y tres artículos sustantivos del tratado. Así, las obligaciones tendrán que cumplirse en atención, por ejemplo, a los principios generales y a las definiciones del tratado, así como a la especial referencia a mujeres, niñas y niños con discapacidad.

Definición de la discapacidad

El segundo párrafo del artículo 1º de la CDPD contiene una descripción abierta o no-definición de la discapacidad. Se refiere a las personas con discapacidad que deberán estar incluidas en el marco de protección englobando a “las personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. La razón por la que no existe una definición cerrada de personas con discapacidad es que, durante las negociaciones, fueron consideradas más de cincuenta posibles y no se logró un consenso definitivo. El riesgo de incluir una definición muy estrecha era excluir ciertos tipos de discapacidades y cerrar la puerta a la evolución que en el tema de la discapacidad siempre es posible; sin embargo, la CDPD sí alude a que la deficiencia tiene que ser de largo plazo.² La definición del artículo 1 debe leerse en conjunción con el inciso e) del preámbulo que reconoce precisamente el carácter relacional de la discapacidad, y de que se trata de un concepto evolutivo. Así pues, las personas con discapacidad incluyen a todos aquellos que tengan impedimentos de largo plazo de naturaleza física, mental,³ intelectual o sensorial que, en interacción con diversas barreras, pueden impedir su plena y efectiva participación en la sociedad en igualdad de condiciones que las demás.

Es conveniente que la legislación nacional intente realizar una definición con propósitos estadísticos que sea completa y transparente.

Definiciones

El artículo 2 de la CDPD prevé una serie de definiciones que es necesario clarificar.

La CDPD señaló la definición de comunicación en la que se utiliza la palabra “los lenguajes”. Esta mención, en plural, alude a la necesidad de reconocer que el lenguaje de señas utilizado por la comunidad sorda, al igual que el lenguaje hablado, admite muchas variantes de acuerdo al contexto local.

En lo atinente a la conceptualización de “discriminación por motivos de discapacidad”, el texto de la CDPD señala que “se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discrimi-

²Lo anterior contrasta con otros instrumentos internacionales de derechos humanos sobre discapacidad, en particular, con la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación en contra de Personas con Discapacidad, la cual sí admite discapacidades transitorias.

³A lo largo de las discusiones del Comité Ad Hoc también sugirió el término discapacidades psicosociales, las cuales no necesariamente están adecuadamente comprendidas por el concepto “discapacidad mental”. El Comité de la CDPD en su observación general número 1/2014 alude continuamente al concepto discapacidad psicosocial y, en ese sentido, las personas que tienen estas discapacidades están protegidas por la CDPD.

nación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”. La discriminación hacia las personas con discapacidad, *de jure* y *de facto*, ha asumido formas sutiles, tales como la segregación y el aislamiento, derivados de barreras físicas y sociales. Bajo el concepto “discriminación por motivos de discapacidad” se incluye cualquier “distinción, exclusión, restricción o preferencia”, así como la denegación de ajustes razonables que tenga el efecto de anular o impedir el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos económicos, sociales o culturales. A través de la ignorancia, el descuido, el prejuicio o las falsas creencias, así como mediante la exclusión o la separación de las personas con discapacidad, se les ha impedido el ejercicio de sus derechos. Los efectos de la discriminación por motivos de discapacidad han sido especialmente grave en los campos de la educación, el empleo, la vivienda, el transporte, la vida cultural y el acceso a espacios y servicios públicos.

Dentro de las formas de discriminación se encuentra la denegación de ajustes razonables, lo cual da pie para que se explique dicho concepto. El concepto de ajustes razonables se utilizó por primera vez en la legislación nacional de Estados Unidos de América,⁴ específicamente en la discusión sobre los derechos religiosos. Consistía sobre todo en la obligación de los empleadores para respetar el culto religioso de sus trabajadores y permitir que, en casos individuales, se ajustaran los horarios y los días de trabajo para que pudieran cumplir con las prácticas de su religión. El concepto después migró al ámbito de la discapacidad⁵ y fue reconocido como un derecho de las personas con discapacidad, en lo individual, a que se realizaran ajustes razonables cuando así lo requiriera la condición particular de la persona.

El concepto de ajustes razonables no debe ser confundido con la obligación general de crear entornos accesibles para el público en general, se trata de ajustes hechos a la medida del individuo que lo requiera, por decirlo así, que no impliquen una carga indebida o desproporcionada, en los campos de trabajo, la educación, la vivienda o cualquier otro en el que se ejerciten los derechos. La modificación específica no debe imponer una carga indebida o desproporcionada; por ejemplo, ser excesivamente costosa, extensa o disruptiva, o alterar la naturaleza esencial de la entidad obligada a realizar el ajuste.

Por su parte, las palabras “el propósito o el efecto” utilizadas en la definición de “discriminación por motivos de discapacidad”, aluden a la discriminación directa e indirecta en términos de acceso a los derechos.

Finalmente, la definición de “diseño universal” resulta también especialmente importante para cumplir con las obligaciones impuestas por la CDPD. El concepto de *diseño universal* también es nuevo en el marco de los tratados de derechos humanos. De acuerdo con la CDPD por *diseño universal* deberá entenderse “el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado”. La propia definición clarifica que *diseño universal* no excluye las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten.

⁴*United States Civil Rights Act.*

⁵*Americans with Disabilities Act* de 1990.

Definición de los principios

En lo atinente a los principios generales, previstos en el artículo 3º de la CDPD, éstos son los siguientes: respeto a la dignidad inherente, autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas con discapacidad; la no discriminación; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; el respeto a la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y de la condición humanas; la igualdad de oportunidades; la accesibilidad; la igualdad entre el hombre y la mujer y el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y el derecho a preservar su identidad.

A pesar de que es común aludir a los principios en los preámbulos de los tratados, una incorporación expresa de principios es enteramente nueva en el ámbito del Derecho Internacional de los derechos humanos. Los principios expresan los valores más generales del instrumento y constituyen los criterios de interpretación que tienen que ser aplicados al leer cualquiera de los derechos previstos en la Convención, así como para caracterizar las distintas situaciones de hecho a las que el instrumento se aplica. Cada uno de los principios constituye la piedra de toque de un mosaico que asegura que las personas con discapacidad sean participantes significativos en la sociedad. En lo que sigue se precisarán algunas notas de algunos de estos principios, reservando el tratamiento de otros cuando se aborde el tema en un derecho específico.

El término “autonomía” es sinónimo de “autodeterminación”. Por lo general, las personas con discapacidad han sufrido políticas paternalistas y otros procesos de sustitución en la toma de decisiones, con lo cual también se ha lesionado su independencia, tanto de la sociedad como de sus familias, o de las instancias que les proporcionan apoyo. El principio quiere evitar cualquier aspecto paternalista en la protección de los derechos (ejercicio de la capacidad jurídica, decisiones familiares y patrimoniales, derecho a la salud, derecho a decidir el propio estilo de vida, decisiones políticas, entre otros).

Obligaciones generales

Es importante aludir a las obligaciones expresas previstas en el artículo 4º de la CDPD. Este artículo está compuesto por cinco párrafos que prevén el compromiso de asegurar promover el pleno ejercicio de todos los derechos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad mediante la adopción de medidas legislativas, administrativas y de cualquier naturaleza, la revisión de leyes existentes y prácticas dentro del Estado Parte, que sean decisivas para el ejercicio de los derechos, así como la toma de conciencia de que es necesario incluir un enfoque de discapacidad en todas las políticas y programas de promoción de los derechos humanos. Estas obligaciones también tendrán que ser cumplidas por lo que hace a los particulares, es decir, el Estado es garante de que las empresas o los individuos en particular, no incurran en prácticas de exclusión o discriminación en contra de las personas con discapacidad.

Asimismo, dentro del marco de las obligaciones generales, para satisfacer los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados tienen la obligación de adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles, incluido el marco de la cooperación internacional, para lograr progresivamente el ejercicio de esos derechos, sin demérito de aquéllos que sean inmediatamente exigibles.

El artículo sobre obligaciones generales también incluye una importante previsión sobre la participación de las personas con discapacidad en los procesos de adopción de decisiones y políticas que les afecten. El Estado Parte tiene la obligación de consultar estrechamente con las organizaciones de personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, todas las políticas públicas y planes de acción.

Finalmente, la CDPD también tiene un proveído hermenéutico para los efectos de que los derechos previstos en la misma puedan ser superados en sus alcances por la legislación doméstica; igualmente, la obligación de tomar conciencia de que en la CDPD se debe aplicar en todo el territorio nacional.

Igualdad y no discriminación

Además de los contenidos ya explicados sobre lo que significa “discriminación por motivos de discapacidad”, el artículo 5º de la CDPD, en sus cuatro párrafos, alude a la obligación de reconocer la igualdad ante la ley de todas las personas con discapacidad y su derecho a igual protección legal, sin discriminación alguna. Establece la obligación de prohibir toda discriminación por motivos de discapacidad, establecer mecanismos para hacer efectivos los derechos de igual protección legal de las personas con discapacidad. También se prevén dispositivos específicos de obligaciones positivas, incluida la adopción de ajustes razonables, a efecto de promover la igualdad. Finalmente se acota que las medidas de acción positiva para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad, no serán consideradas discriminatorias. Mediante este último proveído del artículo 5º se garantiza la implementación de acciones afirmativas o de discriminación inversa para promover la igualdad.

Mujeres con discapacidad

Los dos párrafos del artículo 6º prevén las obligaciones para adoptar medidas que aseguren que las mujeres y niñas con discapacidad puedan disfrutar plenamente, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. Este especial énfasis de la CDPD en la situación de las mujeres y niñas con discapacidad se deriva del reconocimiento de que históricamente han sufrido discriminación múltiple, derivada a la vez, del género y de la discapacidad. El artículo debe ser leído conjuntamente con el principio general previsto en el artículo 3º, así como con las disposiciones del preámbulo que refuerzan el reconocimiento de la discriminación múltiple. Se trata de adoptar la visión de la doble vía, es decir, la necesidad de reco-

nocer la igualdad del hombre y de la mujer como principio, y de otorgar un reconocimiento específico, en un artículo individual, de la necesidad de atender a una población doblemente discriminada y excluida.

Las violaciones que se han cometido en contra de mujeres con discapacidad comprenden situaciones de violencia sexual, esterilización forzada, y su estigmatización como personas que no son susceptibles o capaces de tener una familia o de tomar decisiones informadas sobre el número de hijos que desean tener o decisiones fundamentales sobre su cuerpo y su salud, incluida la salud reproductiva.

Las situaciones de violencia surgen tanto del personal profesional que proporciona servicios en instituciones, como de la propia familia, asistentes personales u otros proveedores. La discriminación en contra de mujeres con discapacidad en el mercado laboral es prevalente. De acuerdo con estadísticas de las Naciones Unidas sólo 25 por ciento de las mujeres con discapacidad son parte del mercado de trabajo y tienen el doble de dificultades que los hombres con discapacidad para encontrar trabajo. El índice de analfabetismo entre mujeres con discapacidad también es muy superior al de los hombres que tienen la misma condición.⁶

Situación de los niños con discapacidad

Al igual que en el caso de las mujeres y niñas con discapacidad, también para el caso de los niños con discapacidad, se decidió adoptar una perspectiva de doble vía. Se enfatiza la necesidad de salvaguardar el principio de protección del interés superior del niño y de la niña, y de garantizar la posibilidad de que expresen sus opiniones sobre todas las cuestiones que potencialmente pueden afectarles, previendo mecanismos para que se les preste la debida atención y consideración de acuerdo a la edad y madurez de los niños. También se hace énfasis especial en la necesidad de que tienen que tener la capacidad de recibir asistencia apropiada, de acuerdo a sus requerimientos, para poder ejercer el derecho a la participación. El artículo 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño ya prevé un dispositivo individual separado sobre la situación de los niños con discapacidad; sin embargo, durante las discusiones del Comité Ad Hoc para la adopción de la CDPD, específicamente en su sexta sesión, se invitó al presidente del Comité de los derechos del niño, quien habló de la necesidad de incluir un artículo específico en la CDPD sobre los niños, además, en la sesión séptima se permitió que niños y niñas con discapacidad hablarán sobre las falencias que todavía hay en las regulaciones y para que expresaran cuáles son sus requerimientos actuales.

Toma de conciencia

A lo largo de los dos párrafos desglosados del artículo 8, la CDPD prevé la obligación a los Estados Parte para que adopten medidas en contra de los estereotipos y el estigma

⁶La observación general 18 de la CEDAW establece un precedente de reconocimiento de la situación de discriminación múltiple cometida en contra de mujeres con discapacidad.

que rodea a las personas con discapacidad. Al reconocer que las barreras actitudinales y los prejuicios, históricamente han sido los componentes esenciales para reproducir la exclusión, el artículo 8 pretende articular programas de lucha contra los estereotipos y los prejuicios, de forma tal que se tome conciencia de las aportaciones que las personas con discapacidad hacen a la sociedad. Los programas de toma de conciencia deberán estar dirigidos a todos los sectores de la población, incluidos los niños sin discapacidades, a efecto de que desde el inicio de la formación personal, se fomente una cultura de la inclusión.

El Comité de la CDPD ha cuestionado algunas campañas para la adquisición de fondos que explotan una imagen negativa de las personas con discapacidad, por ejemplo, a la institución Teletón que tiene lugar en varios países de América Latina como Perú, México y Chile.⁷ Es previsible que, en el futuro, el Comité continúe haciendo observaciones respecto de esa campaña como un elemento que no fomenta una imagen positiva y de derechos humanos de las personas con discapacidad.

Lo mismo ha sucedido con campañas estatales dirigidas a la prevención de accidentes, en las que se muestra a personas con discapacidad de una manera negativa.

Accesibilidad

En los dos párrafos del artículo 9 de la CDPD que se ocupan del importante derecho a la accesibilidad,⁸ se delinear las características específicas de las obligaciones del Estado en esta materia, tanto en los entornos urbanos como en las rurales. La accesibilidad también es un principio general de la CDPD, de acuerdo al artículo 3.f, pero además se le dedica una norma individual por la importancia y alcances que tiene para el ejercicio del resto de los derechos establecidos en el tratado internacional. De hecho, el Comité de la CDPD formó un grupo de trabajo que presentó ante el pleno un borrador de observación general sobre el artículo 9º, que fue adoptado en abril de 2014.⁹ En dicha observación se precisa que la accesibilidad debe comprender el entorno físico, el transporte, la información y la comunicación, y los servicios. La obligación incluye tanto al Estado como a los particulares. Aquél debe velar por que estos últimos no vulneren las obligaciones de accesibilidad cuando ofrezcan servicios al público. La falta de accesibilidad puede ser considerada desde el punto de vista también de la legislación antidiscriminación. Los entornos no accesibles fomentan la desigualdad. Asimismo, en la observación general 2/2014, se señala que las cuestiones de género también deben ser consideradas en el diseño de una sociedad accesible; por ejemplo, los consultorios ginecológicos para el examen de las mujeres con discapacidad deben contar con accesibilidad, así como con información sobre salud reproductiva.

⁷CRPD/C/PER/CO/1 párr. 18 y 19; CRPD/C/MEX/CO/1 párr. 17 y 18; CRPD/C/CHL/CO/1, párrs. 17 y 18.

⁸Tanto la CERD como la CEDAW ya preveían algún aspecto del derecho a la accesibilidad, sin embargo, no de una manera tan comprensiva como la CDPD.

⁹Véase observación general 2/2014.

El derecho a la accesibilidad, en tanto perteneciente a la esfera de la no discriminación, es un derecho inmediatamente exigible, no sujeto a pautas programáticas. Si bien es posible generar un calendario para la eliminación de barreras, sobre todo respecto de ciertos edificios históricos, la obligación abarca a todas las construcciones y a las tecnologías de la comunicación.

La obligación con respecto al accesibilidad es doble: supone la identificación de los obstáculos y barreras existentes en edificios, vías públicas, transporte y otras instalaciones como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo, así como los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia. Además se debe incorporar el componente accesibilidad en todas las nuevas construcciones y planes urbanos, así como en los desarrollos tecnológicos que se emprendan. En la accesibilidad debe proveerse en todos los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluir los servicios electrónicos y de emergencia.

Por su parte, los contenidos normativos del párrafo 2 del artículo 9º implican el establecimiento de las medidas que los Estados deben adoptar a fin de desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas nacionales mínimas sobre la accesibilidad de las instalaciones y de servicios al público o de uso público. Estas normas deben ser compatibles con las de otros estados, a fin de garantizar el derecho a la libertad de desplazamiento. Se debe asegurar que las entidades privadas tomen en cuenta todos los aspectos de accesibilidad para las personas con discapacidad.

Otro aspecto clave para garantizar el derecho a la accesibilidad es la formación de personal profesional de la construcción y de servicios de telecomunicaciones, para que estén informados sobre la situación de los problemas de accesibilidad que enfrentan las personas con discapacidad.

Entre las obligaciones que también plantea el párrafo 2 del artículo 9º de la CDPD está la de proveer asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales en lengua de señas, para facilitar el acceso a edificios y a otras instalaciones abiertas al público. También se requiere promover el acceso a las personas con discapacidad a los nuevos sistemas y tecnologías de la información, incluido el Internet.

Derecho a la vida

El derecho establecido en el artículo 10 de la CDPD es consistente con otros tratados de derechos humanos, salvo la frase inicial que alude a “reafirmar”. Lo que se buscó en la redacción del artículo 10 fue hacer notar que, con frecuencia, uno de los prejuicios que existen en la sociedad hacia las personas con discapacidad, es que se trata de individuos cuya vida es menos valiosa, es decir, puestos frente a la disyuntiva de si una persona debe sobrevivir o no en situaciones difíciles, el imaginario popular plantea que es mejor para estas personas no sobrevivir. El derecho a la vida incluye a todas las personas con discapacidad, inciso j) del preámbulo, incluidos niños, adultos mayores y transexuales.

Igual reconocimiento ante la ley y capacidad jurídica

El derecho al igual reconocimiento ante la ley y la capacidad jurídica fue uno de los temas más polémicos de la CDPD. En sus cinco párrafos el artículo 12 reafirma que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica y, aún más, a la capacidad jurídica. Es muy común que en los distintos países se haga una distinción entre capacidad para tener derechos (capacidad de goce) y capacidad para actuar o ejercitar esos derechos (capacidad de ejercicio). La CDPD no admite distinciones entre los dos tipos de capacidades, por lo que el párrafo 2, del artículo 12, refiere a los dos elementos de la capacidad jurídica. Es más, en la primera observación general adoptada por el Comité de la CDPD, expresamente se indica que la capacidad jurídica comprende ambos elementos.¹⁰ Esto quiere decir que están prohibidas todas las formas de sustitución de la voluntad, es decir, todas las formas de tutela o curatela que impliquen la imposibilidad para que una persona con discapacidad que haya alcanzado la mayoría de edad no pueda adoptar sus propias decisiones. La capacidad jurídica, en este sentido, es un derecho no derogable e inmediatamente exigible. No debe confundirse la capacidad jurídica, que es un concepto jurídico-normativo, con la capacidad mental, la cual varía de persona a persona. Los niveles de capacidad mental nunca pueden ser utilizados como razones para privar de la capacidad jurídica a una persona, en ese orden de ideas, el “desequilibrio mental” y otras denominaciones discriminatorias, nunca son razones legítimas para denegar la capacidad jurídica a alguna persona.¹¹ En diversos países que han ratificado la CDPD es común encontrar prácticas como los diagnósticos psicológicos o mentales para determinar, sobre la base de la funcionalidad o de los resultados de la conducta de una persona, si puede decidir por sí misma. Estas prácticas, de acuerdo con el Comité de la CDPD son discriminatorias y, en ese sentido, deben estar prohibidas por los Estado Parte.

Otro aspecto que debe tomarse en cuenta es que este derecho, al igual que cualquier otro derecho establecido en la CDPD, no admite distinciones entre personas con discapacidad. Todas las personas con discapacidad tienen derecho a la capacidad jurídica, incluso aquellas que tengan requerimientos de apoyo más intensos (inciso j) del preámbulo de la CDPD).

El párrafo 3 de la CDPD, complementariamente, establece la obligación de los Estados Parte de proveer apoyo para la toma de decisiones con las debidas salvaguardas para prevenir abusos. El apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, y nunca puede consistir en decidir por ellas. Los apoyos tampoco pueden ser impuestos si se hace una interpretación integral de la CDPD, y sobre todo del principio de autonomía o de autodeterminación. Aunque no se mencionan los tipos de apoyo que puedan proporcionarse, se puede aludir a algunos de ellos, por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinado tipo de decisiones, también pueden de-

¹⁰Observación general número 2/2014, CRPD/C/GC/1, párr. 12.

¹¹CRPD/C/GC/1, párr. 13.

cidir recurrir al apoyo de pares para el ejercicio de sus derechos. El apoyo puede consistir en el diseño universal para, por ejemplo, que los bancos proporcionen lenguaje y procedimientos accesibles para la apertura de cuentas bancarias, entre otros.

Para muchas personas con discapacidad la posibilidad de planificar anticipadamente es una forma importante de apoyo por la que puedan expresar su voluntad y sus preferencias, las cuales deben respetarse en caso de que después se encuentren en la imposibilidad de comunicar sus deseos a los demás.¹²

El párrafo 4 del artículo 12 se refiere a las salvaguardias para evitar que el sistema de apoyos se traduzca en sustitución de la voluntad. Su objetivo es garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. Cuando en un caso concreto no sea posible determinar cuál es la voluntad y las preferencias de la persona, nunca se deben adoptar decisiones basadas en el estándar del “interés superior” de la persona. Dicho estándar debe ser sustituido por el de “mejor interpretación posible de la voluntad y de las preferencias de la persona”.¹³

Las salvaguardias están pensadas para evitar la influencia indebida, es decir, para evitar interacciones que tengan señales de miedo, agresión, amenaza, engaños o manipulación. Si bien, las salvaguardias deben incluir la protección contra la influencia indebida, dicha protección debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y a cometer errores.

El párrafo 5 del artículo 12 obliga a los Estados Parte a adoptar medidas, de todas las que comprende el artículo 4, para garantizar los derechos de las personas con discapacidad en lo que respecta a las funciones financieras y económicas. Es muy común que en los distintos países se niegue a las personas con discapacidad el acceso a las finanzas y a la propiedad sobre la base del modelo médico de la discapacidad. De acuerdo a este proveído de la CDPD, no se debe discriminar en las esferas de las finanzas y de la propiedad.

Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad

El derecho a vivir en forma independiente y a ser incluido en la comunidad constituye también otro de los pilares del modelo de derechos humanos que se cristalizó en la CDPD. Con frecuencia, sobre todo las personas con discapacidad que viven en países en desarrollo, se ven forzadas a vivir de manera segregada, en instituciones, y sin contar con los elementos necesarios para vivir en la comunidad con iguales opciones que las demás. En ese orden de ideas, el artículo 19 de la CDPD establece la obligación para los Estados Parte de generar las condiciones para que las personas con discapacidad puedan elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico, por ejemplo, en instituciones.

Para los efectos de lograr satisfacer este derecho, las personas con discapacidad deben tener acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y

¹²CRPD/C/GC/1, párr. 17.

¹³CRPD/C/GC/1, párr. 21.

otros servicios de apoyo en la comunidad, incluida la asistencia personal para evitar la segregación de la comunidad. En este orden de ideas, también se requiere que las instalaciones y los servicios comunitarios para la población estén disponibles para las personas con discapacidad y que tomen en cuenta los requerimientos específicos que tengan.

El derecho a la vida independiente es a la vez un principio y un instrumento de las personas con discapacidad que trabajan para conseguir la autodeterminación, iguales oportunidades y el autorespeto. La vida independiente significa la posibilidad de tener control de la propia existencia en la vida cotidiana, tener la oportunidad de desarrollarse en el seno de la familia y en el barrio. Para algunas personas con discapacidad, lograr la vida independiente implica contar con asistencia personal para tener apoyo en las tareas y actividades. La naturaleza de esa asistencia personal debe adecuarse a los derechos y principios generales de autonomía, capacidad jurídica y libertad de tomar las propias decisiones. El asistente personal por ningún motivo debe sustituir a la persona con discapacidad. Enseguida, también resulta una condición para el ejercicio de este derecho la existencia de servicios basados en la comunidad, incluyendo la rehabilitación, la educación y la participación política.

El Comité de la CDPD ha hecho recomendaciones puntuales sobre la necesidad de eliminar la práctica de la institucionalización de personas con discapacidad, incluso si esas instituciones tienen condiciones de higiene y servicios adecuados de operación. El problema con la institucionalización es la existencia misma de esa práctica.

Aspectos orgánicos para la implementación y seguimiento de la CDPD

Bajo el rubro aspectos orgánicos incluyo las obligaciones de los Estados Parte en lo atinente a la recopilación de información, cooperación internacional e implementación y monitoreo nacional de la CDPD.

Por lo que hace a la recopilación de información, el componente discapacidad debe incluirse en los procedimientos censales para recopilar datos estadísticos y de investigación que permitan formular políticas públicas. La información debe estar suficientemente desglosada por tipo de discapacidad, género, edad, datos demográficos, entre otros. La recopilación de la información deberá realizarse respetando la protección de datos personales, la confidencialidad y el derecho a la privacidad de las personas con discapacidad. La recopilación de datos, evidentemente, deberá ser accesible y cumplir con las condiciones previstas en el artículo 9º ya comentado.

La CDPD también prevé un apartado específico en el artículo 32 sobre cooperación internacional, de forma tal que los Estados, las organizaciones internacionales y regionales, cooperen entre sí para la implementación de la CDPD.

En este orden de ideas, la cooperación internacional deberá ser inclusiva para personas con discapacidad. Se deberá también facilitar el apoyo y fomento a la capacidad, mediante el intercambio de información, mejores prácticas y programas de formación para promover los derechos previstos en la CDPD. La cooperación internacional comprende no solamente las relaciones Norte-Sur, sino también las relaciones

Norte-Norte y Sur-Sur. El contenido del artículo 32 refleja el concepto de desarrollo inclusivo. Las personas con discapacidad tienen que estar incluidas en todas las fases de los programas de desarrollo: planeación, diseño, implementación y evaluación, entre otros. Dichos programas deben tener una perspectiva de derechos y, en tal sentido, ser accesibles. Cabe señalar que la cooperación internacional no exime a los Estados Parte del cumplimiento de sus obligaciones adquiridas en virtud de haber ratificado la CDPD.

En otro orden de ideas, la cdpd prevé dos mecanismos, uno de implementación y otro de monitoreo, para garantizar que los derechos previstos por el tratado sean adecuadamente instrumentados en todo el territorio del Estado Parte.

Para los efectos señalados se deberá designar a uno o varios órganos de implementación que se encuentren en el más alto nivel del gobierno, para coordinar los esfuerzos de implementación de la CDPD. No resulta conveniente, dado el carácter de modelo de derechos humanos incorporado en la CDPD, que el órgano de implementación se coloque en el ministerio de salud o en el ministerio de desarrollo social. Es recomendable que el punto focal pertenezca, o bien a la oficina del Poder Ejecutivo o a una secretaría del gabinete que permita coordinar a todas las entidades gubernamentales que tengan responsabilidades de implementación. Todas las entidades gubernamentales deberían tener un punto focal en materia de discapacidad.

Por su parte, también es necesaria la creación de un mecanismo nacional de seguimiento, encargado de evaluar y hacer recomendaciones sobre el proceso de implementación de la CDPD. Es necesario que el mecanismo nacional cumpla con los estándares previstos en los Principios de París que precisamente caracterizan a las instituciones nacionales de Derechos Humanos.¹⁴

En todo caso, en ambos instrumentos deberán estar involucradas las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan.

Consideración final

La CDPD establece estándares muy altos para la protección de los derechos de las personas con discapacidad, pero que resultan imprescindibles para garantizar una efectiva igualdad para este sector de la población. El proceso de implementación debe mantener un paso decidido que desafortunadamente en nuestro país ha sido muy deficiente. Uno de los principales retos que hoy por hoy tienen los derechos de las personas con discapacidad es que sean adecuadamente difundidos y no se confundan con prácticas asistencialistas basadas en la compasión y la lástima, las cuales son componentes *desempoderantes* para las personas con discapacidad. La protección de los derechos debe ser entendida como una celebración de la diversidad humana.

¹⁴Para profundizar en el tema de la instrumentación de los mecanismos de aplicación y seguimiento de la CDPD véase *Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la estructura y la función de los mecanismos nacionales de aplicación y vigilancia del cumplimiento de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. A/HRC/13/29

El derecho a no ser desaparecido
como derecho humano constitucionalmente reconocido

A raíz de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, que entró en vigor el 11 de junio de 2011, se incorporaron a la Constitución, conformando un nuevo bloque de constitucionalidad, las normas que reconocen derechos humanos contenidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte.¹

México es parte de dos convenciones en materia de desapariciones forzadas. La primera en el tiempo es la Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas (“Convención Interamericana”) de 1994, que México ratificó el día 9 de abril del año 2002. La segunda es la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas Contra la Desaparición Forzada (“Convención de la ONU”), adoptada el día 20 de diciembre de 2006, y que México ratificó el 18 de marzo de 2008.

El artículo 1º de la Convención de la ONU consagra el derecho a no ser desaparecido de la siguiente manera:

Artículo 1º

1. Nadie será sometido a una desaparición forzada

Ambas convenciones tienen como característica el no ser completamente autoaplicativas. Es decir, no obstante nuestro sistema jurídico, de acuerdo con el artículo 133, los tratados internacionales se incorporan al orden jurídico mexicano sin que exista la necesidad, como en otros sistemas jurídicos, de emitir “legislación implementante”; algunas de las cláusulas de estas convenciones establecen la obligación de legislar a cargo

¹Contradicción de tesis 293/2011. “SCJN determina que las normas sobre derechos humanos contenidas en Tratados Internacionales tienen rango constitucional”.

del Estado con el fin de que determinadas cláusulas puedan ser aplicadas por los jueces nacionales.

Tal es el caso de la obligación impuesta al Estado de que la conducta de desaparición forzada sea considerada como delito en la legislación doméstica y que se establezcan penas que sean acordes con la extrema gravedad de la conducta.²

En este punto, es importante recordar que existe otro tratado internacional del que México es parte, que también hace referencia a la desaparición forzada, que es el Estatuto de Roma, mediante el cual se establece la Corte Penal Internacional.

De tal modo, es de vital importancia que el legislador, al tipificar el delito de desaparición forzada, tome en cuenta que existen tres tratados internacionales que definen la conducta y elija los mejores elementos de cada definición. Cuando decimos que el legislador debe elegir los mejores elementos de cada definición nos referimos al principio *pro persona*; es decir, que deben elegirse los elementos más favorables para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas.

A continuación, se transcriben las tres definiciones mencionadas:

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS ARTÍCULO II

Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

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

Artículo 2º

A los efectos de la presente Convención, se entenderá por “desaparición forzada” el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.

ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Artículo 7º

Crímenes de lesa humanidad

2. i) Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar in-

²Artículos 4 y 7.1 de la Convención de la ONU, y III de la Convención Interamericana.

formación sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado.

Como puede observarse, las definiciones contenidas en los dos tratados sobre derechos humanos, es decir, la Convención Interamericana y la Convención de la ONU, son substancialmente similares; la menos favorable para la protección de las personas sobre la desaparición forzada es la definición contenida en el Estatuto de Roma.

Las tres definiciones coinciden en que la desaparición forzada comienza con la privación de la libertad de la víctima, cualquiera que fuere su forma. Es decir, la desaparición forzada puede derivarse de una privación legal de la libertad, que a la postre se convierta en arbitraria. Así, por ejemplo, una persona puede ser detenida legalmente y el agente del Estado que la detuvo en lugar de proceder sin demora a la puesta a disposición de la persona detenida ante la autoridad competente, no lo hace y, por el contrario, la oculta y después niega información sobre su paradero.

Otro ejemplo sería el de una persona legalmente privada de su libertad, que posteriormente es conducida a algún otro centro de reclusión, sin proporcionar información sobre su paradero.³

El siguiente elemento de la conducta se refiere a la negativa, ya sea a reconocer la privación de la libertad o a proporcionar información sobre la suerte o el paradero de la persona. Este elemento hace que esta conducta violatoria de derechos humanos sea de carácter continuo o permanente. Es decir, comienza con la privación de la libertad y la negativa a reconocerla o a proporcionar información sobre la suerte o el paradero de la víctima y continúa o permanece todo el tiempo en el que dicha situación prevalezca. Es decir, cesa cuando se conoce con certeza, es decir, más allá de toda duda, dónde está la víctima o qué le pasó.⁴

Las definiciones de los tratados internacionales sobre derechos humanos (es decir, la Convención Interamericana y la Convención de la ONU) incluyen una última referencia, que no constituye un elemento conductual, sino una consecuencia de la conducta. Nos referimos a las expresiones de las Convenciones mencionadas, dicen:

Convención Interamericana: “[...] con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.”

Convención de la ONU: “[...] sustrayéndola a la protección de la ley.”

El Estatuto de Roma, por su parte, establece lo siguiente: Estatuto de Roma: “[...] con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado.”

Como puede observarse, el Estatuto de Roma convierte a este elemento de la definición en un elemento de la conducta al incluir las palabras “con la intención”. Es

³Caso “Yrusta vs. Argentina,” Comité contra las Desapariciones Forzadas. Párrafo. 10.3, disponible en http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CED/C/10/D/1/2013&Lang=en.

⁴Controversia constitucional 33/2002, de fecha 15 de abril de 2002, interpuesta por el jefe de Gobierno del Distrito Federal para demandar la invalidez de la reserva expresa formulada por el Estado mexicano al Decreto por el que se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de Personas, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de enero de 2002, y la invalidez de la fe de erratas a dicho decreto, en la parte que enuncia la declaración interpretativa sobre la Convención mencionada.

decir, el o la fiscal de la Corte Penal Internacional tendrán que demostrar al Tribunal que el perpetrador, al cometer la conducta, “estaba pensando” en colocar a la víctima fuera de la protección de la ley, como finalidad u objetivo de su proceder. Esto complica importantemente la carga probatoria para el fiscal, al incorporar el elemento *mens rea* como parte necesaria para la acreditación de los elementos del tipo penal, lo que desfavorece a la víctima. Otro elemento no incluido en los tratados sobre derechos humanos que el Estatuto de Roma incorpora en su definición es el de la temporalidad. En la definición del Estatuto de Roma se dice que la persona debe quedar fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado, elemento que no encontramos en las definiciones de los tratados sobre derechos humanos mencionados. Tanto el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas como el Comité contra las Desapariciones Forzadas ya se han pronunciado sobre este punto y han concluido que una desaparición forzada puede serlo, aunque fuere de corta duración.⁵

Por lo que se refiere al perpetrador, los tratados en materia de derechos humanos exigen que el sujeto activo sea un agente del Estado o un particular que actúe con la autorización, el apoyo o la aquiescencia de un agente del Estado. Es decir, para la Convención Interamericana y para la Convención de la ONU, la desaparición forzada es siempre un hecho “internacionalmente ilícito del Estado”, que al ser un crimen, podríamos llamar, “crimen de Estado”.⁶

Sin embargo, el Estatuto de Roma incluye a las “organizaciones políticas” como posibles perpetradores de desaparición forzada.

La Convención de la ONU acertadamente distingue la desaparición forzada propiamente dicha, de la desaparición perpetrada por particulares. Así, el artículo tercero de la Convención de la ONU estipula lo siguiente:

Artículo 3º

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

Dependiendo de si el perpetrador es un agente federal o un agente local o estatal, el delito de desaparición forzada será de competencia federal o local, por lo que el delito de desaparición forzada tendría que estar tipificado en ambos ámbitos.

En material federal, está tipificado en el Código Penal Federal, de la siguiente manera:

⁵Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias, “Comentario General sobre la definición de Desaparición Forzada”, párrafos 7, 8, 9 y 10, disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/Communication_form_S.doc.

⁶caso *Yrusta Argentina*, Comité contra las Desapariciones Forzadas. Párrafo 10.3, disponible en http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CED/C/10/D/1/2013&Lang=en.

⁶Reconocemos que este término es jurídicamente debatible, aunque a nuestro parecer es semánticamente exacto y contundente, disponible en <http://bordejuridico.com/2014/11/crimenes-de-estado-crimenes-internacionales-el-debate-terminologico/>.

Artículo 215-A.- Comete el delito de desaparición forzada de personas, el servidor público que, independientemente de que haya participado en la detención legal o ilegal de una o varias personas, propicie o mantenga dolosamente su ocultamiento bajo cualquier forma de detención.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso “Radilla Pacheco *vs.* México”, reprobó tal tipificación por las siguientes razones:

320. Al respecto, en primer lugar, el Tribunal observa que dicha disposición restringe la autoría del delito de desaparición forzada de personas a “servidores públicos”. En tal sentido, en cuanto al sujeto activo del delito, esta Corte ha establecido que, en términos del artículo II de la CIDFP, la disposición que describe el tipo penal debe asegurar la sanción de todos los “autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas”, sean agentes del Estado o “personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado”.

321. La Corte ha reiterado que es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados. Visto de esta manera, el tipo penal de desaparición forzada de personas del Código Penal Federal mexicano presenta un obstáculo para asegurar la sanción de “todos los autores, cómplices y encubridores” provenientes de “cualquiera de los poderes u órganos del Estado”. Para satisfacer los elementos mínimos de la correcta tipificación del delito, el carácter de “agente del Estado” debe ser establecido de la forma más amplia posible. Asimismo, el Tribunal advierte que el artículo 215-A del citado Código Penal Federal no se refiere a “personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado”. Al respecto, éste señaló que la sanción de la actuación de particulares en el delito se desprende del artículo 212, párrafo segundo, del citado Código Penal Federal, según el cual “se impondrán las mismas sanciones previstas para el delito de que se trate a cualquier persona que participe en la perpetración de alguno de los delitos previstos en este Título o el subsecuente”. No obstante lo anterior, no queda claro para este Tribunal si la intervención de “cualquier persona” como partícipe en el delito, en el sentido del citado código, es equivalente a la idea de que el perpetrador del mismo, es decir, el sujeto activo, es un particular que actúa “con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado”. Esta idea reconoce tanto la actuación de particulares como perpetradores en el delito, en ciertas circunstancias, como las distintas formas de participación de agentes del Estado en el mismo. En el presente caso, la Corte observa que el artículo 215-A del Código Penal Federal no incluye dicho elemento, por lo cual resulta incompleta la tipificación del delito.

No todos los estados de la República tienen tipificado el delito de desaparición forzada, y algunos de ellos siguieron la definición del Código Penal Federal.

En razón de estas deficiencias y lagunas, es que se hace necesario que exista una tipificación nacional única. Para tal efecto, el artículo 73, fracción XXI, inciso a) de la Constitución General de la República, fue reformado el 10 de julio de 2015 con el fin

de dotar de facultades al legislador federal para emitir una ley general en materia de delitos de desaparición forzada y tortura.

Con base en tal facultad, mientras se escriben estas líneas, está en proceso en el Senado de la República, la Ley General sobre Desaparición Forzada y de Desaparición cometida por Particulares, que acertadamente tipificaría, según el proyecto más reciente, dos delitos distintos, y no incurre en el error que comete el Estatuto de Roma. Es importante distinguir los “crímenes de Estado” de los perpetrados por particulares.⁷

En cuanto a la pena que debe establecerse en la legislación penal para estas conductas, la Convención Interamericana (artículo III) y la Convención de la ONU (artículo 7.1) establecen que debe de ser acorde con la extrema gravedad de la conducta.

Sobre esto podemos decir dos cosas: la primera es que la desaparición forzada es en sí misma una violación grave de derechos humanos; de hecho, una de las más graves violaciones de derechos humanos posible. Esto no es solamente una declaración retórica, sino que tiene implicaciones jurídicas relevantes. Entre ellas, podemos destacar las siguientes: La Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en su artículo 5º, primer párrafo, establece lo siguiente: “No podrá clasificarse como reservada aquella información que esté relacionada con violaciones graves a derechos humanos o delitos de lesa humanidad, de conformidad con el derecho nacional o los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte”. Es decir, cualquier caso que involucre desapariciones forzadas cae dentro de la hipótesis normativa señalada, y por lo tanto no puede ser considerada reservada.

En virtud de la gravedad de esta conducta, las Convenciones en la materia establecen como regla general que el crimen de desaparición forzada no debe ser susceptible de prescripción.

Así, la Convención Interamericana, en su artículo VII, establece lo siguiente:

La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción.

Sin embargo, cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado en el párrafo anterior, el periodo de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado Parte.

Por su parte, la Convención de la ONU, en su artículo 8º, punto 1, establece lo siguiente:

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5º,

1. Cada Estado Parte que aplique un régimen de prescripción a la desaparición forzada tomará las medidas necesarias para que el plazo de prescripción de la acción penal:

⁷Por ejemplo, en el caso de las penas y sufrimientos infligidos a una persona, si el acto es cometido por un agente del Estado o por un particular que actúa con la autorización, el apoyo o la aquiescencia de un agente del Estado, se le llama “tortura”, mientras que si es cometido por un particular sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia de un agente del Estado, se le denomina “lesiones”.

- a) Sea prolongado y proporcionado a la extrema gravedad de este delito;
- b) Se cuente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuo de este delito.

En realidad, aunque con distintas palabras, ambas convenciones establecen lo mismo. La Convención Interamericana, sin embargo, es más clara al respecto, pues de manera contundente señala: “La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción”, y agrega “Sin embargo, cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado en el párrafo anterior, el periodo de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado Parte”. La Convención de la ONU no es tan clara, pero en realidad prescribe lo mismo al decir: “Cada Estado parte que aplique un régimen de prescripción a la desaparición forzada...”. Implícitamente, la Convención envía un mensaje muy claro: es preferible que los Estados partes no apliquen un régimen de prescripción a la desaparición forzada.

Ambas convenciones establecen la alternativa en caso de que un Estado parte, por una disposición de carácter fundamental, esté obligado a aplicar un régimen de prescripción a este abominable delito, y prevén que debe de ser lo más prolongado posible, y proporcional a la extrema gravedad de este delito, y que se cuente a partir del momento en que cese la desaparición.

En México lo anterior resulta irrelevante, pues no hay una disposición de carácter fundamental, es decir, constitucional, que establezca la obligación de que todos los delitos deban de prescribir. Es así, que debe aplicarse la clarísima disposición de la Convención Interamericana. Por lo tanto, en México, la desaparición forzada, alcance o no el grado de crimen contra la humanidad, no debe estar sujeta a régimen de prescripción.

Desde luego, si alcanzare el nivel de crimen contra la humanidad, el delito es, por mandato del derecho internacional, siempre imprescriptible. México es parte de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra en Contra de la Humanidad. Esta Convención, aunque no incluye la desaparición forzada como uno de los delitos que ella comprende, debe entenderse que también abarca a la desaparición forzada, en razón de que el derecho internacional ha incluido a esta conducta como uno de los delitos o crímenes internacionales susceptibles de alcanzar tal categoría. En efecto, el artículo 7 del Estatuto de Roma incluye a la desaparición forzada como uno de los crímenes de lesa humanidad, cuando se ha cometido en las circunstancias de modo previstas en dicho dispositivo. Posteriormente, la Convención de la ONU reitera tal posibilidad en su artículo 5º, que se lee como sigue: “La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable.”

Cuando la Convención de la ONU hace referencia al crimen de lesa humanidad, aclara que debe entenderse por éste lo que el derecho internacional aplicable define,

y entraña las consecuencias previstas en dicho derecho internacional aplicable, entre ellas, desde luego, su imprescriptibilidad.

Para que la desaparición forzada alcance la categoría de un crimen contra la humanidad, es necesario que sea generalizada o sistemática, y además, que se den los demás elementos de la definición de crimen de lesa humanidad contenidos en el derecho internacional aplicable, debiéndose entender por éste a los preceptos del Estatuto de Roma.⁸

Para que un crimen contra la humanidad lo sea, es necesario que además de que se cometa de manera generalizada o sistemática, sea parte de un ataque contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Un ataque contra una población civil, de acuerdo con lo que establece el mismo artículo 7º del Estatuto de Roma, debe formar parte de una política de Estado, entendiéndose por ésta, “una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política”. Es decir, aunque la desaparición forzada pudiera ser generalizada, no por ello alcanza la categoría de crimen contra la humanidad, sino que es necesario que sea parte de un plan urdido por agentes del Estado, y puesto en práctica.

La desaparición forzada, al no ser prescriptible, tampoco debe ser “amnistiable” o “perdonable”, independientemente de que alcance la categoría de crimen contra la humanidad o no.

La Convención de la ONU no establece la prohibición de leyes de amnistía o de la figura de la “gracia” o “perdón”, pero la Convención Interamericana sí lo hace, aunque no de manera expresa, al establecer, en el último párrafo del artículo IX que: “No se admitirán privilegios, inmunidades, ni dispensas especiales en tales procesos, sin perjuicio de las disposiciones que figuran en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.”

La Declaración para la Protección de todas las Personas contra las Desapriciones Forzadas de 1992, sí es expresa al respecto, al prever lo siguiente:

Artículo 18

1. Los autores o presuntos autores de actos previstos en el párrafo 1 del artículo 4 supra no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal.
2. En el ejercicio del derecho de gracia deberá tenerse en cuenta la extrema gravedad de los actos de desaparición forzada.

Más aún, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus sentencias “Barrios Altos *vs.* Perú” del 14 de marzo de 2001 (fondo)⁹ y “Gelman *vs.* Uruguay” del 24 de

⁸Comentario General sobre las desapariciones forzadas como crimen de lesa humanidad, disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/Communication_form_S.doc

⁹Véanse párrafos 41 a 44.

febrero de 2011 (fondo y reparaciones),¹⁰ no dejan lugar a dudas en el sentido de que las amnistías para el delito de desaparición forzada son ilegales..

El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, en su observación general sobre este tema, indica lo siguiente:

2. Se considerará que una ley de amnistía es contraria a las disposiciones de la Declaración, aunque haya sido aprobada en referendo o procedimiento de consulta similar, si a consecuencia de su aplicación o implementación se produce directa o indirectamente, alguno o todos estos supuestos:

- a) Cesar la obligación del Estado de investigar, procesar y castigar a los responsables de las desapariciones, como prevén los artículos 4, 13, 14 y 16 de la Declaración;
- b) Prevenir, obstaculizar o restringir la concesión en medida suficiente de indemnización, rehabilitación, compensación y reparación por desapariciones forzadas, como establece el artículo 19 de la Declaración;
- c) Ocultar el nombre de quienes hayan perpetrado una desaparición, violando así el derecho a la verdad y la información que cabe inferir del párrafo 2 del artículo 4 y del artículo 9 de la Declaración;
- d) Exonerar a quienes hayan perpetrado desapariciones o tratarlos como si no hubieran cometido tales actos y, por consiguiente, no tuvieran la obligación de indemnizar a la víctima, en violación de los artículos 4 y 18 de la Declaración;
- e) Sobreseer procesos penales o cerrar investigaciones contra presuntos responsables de desapariciones o imponer sanciones insignificantes para que ampare a los responsables el derecho de no ser juzgados dos veces por el mismo delito, lo que de hecho conduciría a la impunidad en violación del párrafo 1 del artículo 4 de la Declaración.¹¹

En estrecho contacto con este tema, y con el fin de evitar la impunidad de este asqueroso crimen, las convenciones aplicables establecen que la desaparición forzada no puede ser considerada un delito político para efectos de extradición, y que por lo tanto, siempre debe ser considerada como uno de los delitos susceptibles de extradición respecto de su agente activo (artículo V de la Convención Interamericana y artículo 13 de la Convención de la ONU). Además, las convenciones establecen que este crimen debe siempre caer dentro del ámbito de la llamada jurisdicción universal (artículo VI y IX de la Convención Interamericana y 9, 10 y 11 de la Convención de la ONU).

Finalmente, respecto a este tema, ambas convenciones, es decir, la Convención Interamericana y la Convención de la ONU, establecen que la prohibición de la desaparición forzada nunca puede ser susceptible de suspensión o derogación (artículo VII de la Convención Interamericana y artículo 1.2 de la Convención de la ONU). En congruencia con lo anterior, el artículo 29 de la Constitución Mexicana, tal y como fue modificado por la reforma constitucional del 10 de junio del 2011, establece lo siguiente:

¹⁰Véanse párrafos 195 a 229.

¹¹Comentario General sobre el artículo 18 de la Declaración [para la protección de todas las personas sobre las desapariciones forzadas], disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/Communication_form_S.doc.

Artículo 29. [...] En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse [...] la prohibición de la desaparición forzada [...]

El artículo 19 de la Constitución General de la República establece una lista de los delitos que son considerados graves y que pueden ser susceptibles de prisión preventiva siempre, es decir, oficiosamente. Entre ellos se encuentran “los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos, como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud”. No obstante que la desaparición forzada no se encuentra en la lista de manera explícita, sin duda se trata de un delito más grave que el secuestro, que la violación o que el homicidio doloso, por lo que la ley debería determinar que el juez deberá ordenar la prisión preventiva, oficiosamente, en caso de desaparición forzada, por tratarse, indudablemente, de un crimen que atenta contra el libre desarrollo de la personalidad y de la salud, no solamente en contra de la persona desaparecida, sino de sus allegados.

La desaparición forzada es una conducta pluriofensiva y multiviolatoria de derechos humanos.

Se puede decir que es pluriofensiva, por un lado, porque no solamente “ofende” a la persona desaparecida, sino también a sus seres queridos. Es por eso que el artículo 24 de la Convención de la ONU incluye una definición de víctima de la siguiente manera:

Artículo 24

1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por “víctima” la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada.

Además, normalmente esta conducta no es cometida por un solo “ofensor”, sino por múltiples agentes activos: uno o varios agentes cometen la detención; otros pueden custodiar; otros, en algunos casos, privar de la vida a la víctima; otros torturar; otros, enterrar, incinerar u ocultar el cuerpo, y todos, negar la desaparición, o negar información sobre la suerte o el paradero de la persona. No es inconcebible ni imposible que una sola persona cometa la conducta compleja, pero la realidad demuestra que en la inmensa mayoría de los casos la desaparición forzada es cometida por múltiples agentes activos.

Dijimos que la desaparición forzada, además, es multiviolatoria de derechos humanos. Como lo indica el artículo 1.2 de la Declaración para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas:

Todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia. Constituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos

crueles, inhumanos o degradantes. Viola, además, el derecho a la vida, o lo pone gravemente en peligro.

Parecería que el texto transcrito no requiere de mayores explicaciones, pues es evidente que la desaparición forzada atenta contra esos derechos, por lo que concurre con otras conductas delictivas, como la detención arbitraria, la tortura física y psicológica, y a veces la ejecución arbitraria.

En cuanto a la tortura, es importante destacar que, como lo dice el dispositivo transcrito de la Declaración de 1992, la desaparición forzada produce graves sufrimientos, no solamente a la persona desaparecida, sino también a sus familiares y seres queridos. En este mismo sentido, la Corte Interamericana ha dicho lo siguiente:

La Corte ha considerado en numerosos casos que los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas. En particular, en casos que involucran la desaparición forzada de personas, es posible entender que la violación del derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de la víctima es una consecuencia directa, precisamente, de ese fenómeno, que les causa un severo sufrimiento por el hecho mismo, que se acrecienta, entre otros factores, por la constante negativa de las autoridades estatales de proporcionar información acerca del paradero de la víctima o de iniciar una investigación eficaz para lograr el esclarecimiento de lo sucedido (...).¹²

En cuanto a la afectación del derecho a la personalidad jurídica, es importante destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha cambiado su criterio, para bien, a partir de la sentencia del caso “Anzualdo *vs.* Perú”, cuando afirma lo siguiente:

87. En cuanto a la alegada violación del artículo 3 de la Convención (...), la Corte ha considerado que el contenido propio del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es que se reconozca a la persona en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales (...).

88. Este derecho representa un parámetro para determinar si una persona es titular o no de los derechos de que se trate, y si los puede ejercer, por lo que desconocer aquel reconocimiento hace al individuo vulnerable frente al Estado o particulares. De este modo, el contenido del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica refiere al correlativo deber general del Estado de procurar los medios y condiciones jurídicas para que ese derecho pueda ser ejercido libre y plenamente por sus titulares.

89. Sin embargo, en aplicación del principio de efecto útil y de las necesidades de protección en casos de personas y grupos en situación de vulnerabilidad, este Tribunal ha observado el contenido jurídico más amplio de este derecho, al estimar que el Estado se encuentra especialmente obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la; (...).

¹²Caso “Anzualdo *vs.* Perú”, párrafo 112. Ficha técnica: “Anzualdo Castro *vs.* Perú”, disponible en http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia/ficha.cfm?nId_Ficha=279&lang=es; <http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM4.pdf>.

90. Ciertamente el contenido jurídico de ese derecho ha sido desarrollado en la jurisprudencia en casos que involucran violaciones de derechos humanos de entidad diferente a la desaparición forzada de personas, puesto que en la mayoría de este tipo de casos el Tribunal ha estimado que no correspondía analizar la violación del artículo 3 de la Convención, por no haber hechos que así lo ameritaran. No obstante, dado el carácter múltiple y complejo de esta grave violación de derechos humanos, el Tribunal reconsidera su posición anterior y estima posible que, en casos de esta naturaleza, la desaparición forzada puede conllevar una violación específica del referido derecho: más allá de que la persona desaparecida no pueda continuar gozando y ejerciendo otros, y eventualmente todos, los derechos de los cuales también es titular, su desaparición busca no sólo una de las más graves formas de sustracción de una persona de todo ámbito del ordenamiento jurídico, sino también negar su existencia misma y dejarla en una suerte de limbo o situación de indeterminación jurídica ante la sociedad, el Estado e inclusive la comunidad internacional.

91. De este modo, la Corte tiene presente que una de las características de la desaparición forzada, a diferencia de la ejecución extrajudicial, es que conlleva la negativa del Estado de reconocer que la víctima está bajo su control y de proporcionar información al respecto, con el propósito de generar incertidumbre acerca de su paradero, vida o muerte, de provocar intimidación y supresión de derechos (...).

92. Varios instrumentos internacionales reconocen la posible violación de ese derecho en este tipo de casos al relacionarlo con la consecuente sustracción de la protección de la ley que sufre el individuo, a raíz de su secuestro o privación de la libertad y posterior negativa o falta de información por parte de autoridades estatales. En efecto, esta relación surge de la evolución del corpus iuris internacional específico relativo a la prohibición de las desapariciones forzadas.

93. Así, la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 1992 dispone que (...) Todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia (...).

95. De igual forma, el artículo 7.2.i) del Estatuto de Roma de 1998 dispone que por desaparición forzada de persona se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado;

96. En un sentido similar, la definición contenida en el artículo 2 de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006, establece que la consecuencia de la negativa a reconocer la privación de libertad o paradero de la persona es, en conjunto con los otros elementos de la desaparición, la sustracción de la protección de la ley;

101. En consideración de lo anterior, la Corte estima que en casos de desaparición forzada de personas se deja a la víctima en una situación de indeterminación jurídica que imposibilita, obstaculiza o anula la posibilidad de la persona de ser titular o ejercer en forma efectiva sus derechos en general, en una de las más graves formas de incumplimiento de las obligaciones estatales de respetar y garantizar los derechos humanos. Esto se tradujo en una violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica del señor Anzualdo Castro.

102. Ante estos hechos, el Estado se encontraba no sólo en la obligación de respetar los derechos violados, sino también de garantizarlos a través de la prevención e investigación diligente de la desaparición forzada. Una vez ocurrida su desaparición, las autoridades estatales debieron conducir investigaciones serias, completas y efectivas para determinar su suerte o paradero, la verdad de los hechos, identificar a los responsables y, en su caso, imponerles las sanciones correspondientes, para lo cual el Estado debía disponer de un marco normativo adecuado que permitiera asegurar la garantía de los derechos mediante la acción de los recursos disponibles. (...) Para efectos de la determinación de las violaciones alegadas, basta señalar que en este caso el Estado no ha garantizado efectivamente los derechos contenidos en las disposiciones analizadas a través de los procesos internos.

103. Por las razones anteriores, la Corte considera que el Estado es responsable por la desaparición forzada del señor Anzualdo Castro, perpetrada en el marco de una práctica sistemática de ese tipo de graves violaciones de derechos humanos, propiciada, practicada y tolerada por agentes estatales en la época de los hechos. En consecuencia, el Estado es responsable por la violación de los derechos a la libertad personal, integridad personal, vida y al reconocimiento de la personalidad jurídica, reconocidos en los artículos 7.1, 7.6, 5.1, 5.2, 4.1 y 3 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma y con el artículo I de la CIDFP, en perjuicio del señor Kenneth Ney Anzualdo Castro.

105. La Corte ha considerado en numerosos casos que los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas. En particular, en casos que involucran la desaparición forzada de personas, es posible entender que la violación del derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de la víctima es una consecuencia directa, precisamente, de ese fenómeno, que les causa un severo sufrimiento por el hecho mismo, que se acrecienta, entre otros factores, por la constante negativa de las autoridades estatales de proporcionar información acerca del paradero de la víctima o de iniciar una investigación eficaz para lograr el esclarecimiento de lo sucedido (...).

113. (...) [A]nte los hechos de la desaparición forzada, el Estado tenía la obligación de garantizar el derecho a la integridad personal de los familiares también por la vía de investigaciones efectivas. Más aún, la ausencia de recursos efectivos ha sido considerada por la Corte como fuente de sufrimiento y angustia adicionales para las víctimas y sus familiares. Han sido constatadas ante la Corte todas las gestiones realizadas por los familiares con ocasión de la desaparición del señor Anzualdo Castro (...), así como para impulsar las investigaciones (...). La demora de las investigaciones, por demás incompletas e inefectivas (...), ha exacerbado los sentimientos de impotencia en los familiares. La Corte recuerda que en otros casos ha llegado a considerar que la privación continua de la verdad acerca del destino de un desaparecido constituye una forma de trato cruel e inhumano para los familiares cercanos. Es clara para este Tribunal la vinculación del sufrimiento de los familiares con la violación del derecho a conocer la verdad (...), lo que ilustra la complejidad de la desaparición forzada y de los múltiples efectos que ha causado.

114. Los hechos del presente caso permiten concluir que la violación de la integridad personal de los familiares del señor Anzualdo Castro se ha configurado por las situaciones y circunstancias vividas por ellos, antes, durante y con posterioridad a dicha desaparición, así como por el contexto general en que ocurrieron los hechos. Los familiares presentan secuelas físicas y psicológicas y los hechos han impactado sus relaciones sociales y laborales, además de haber alterado la dinámica de su familia. Estas afectaciones, comprendidas integralmente en la complejidad de la desaparición forzada, se proyectan en el tiempo

mientras persistan los factores de impunidad verificados. En consecuencia, el Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal de Félix Vicente Anzualdo Vicuña, Iris Isabel Castro Cachay de Anzualdo, Marly Arleny Anzualdo Castro y Rommel Darwin Anzualdo Castro, reconocidos en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma.¹³

Lo anterior fue reiterado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco en los párrafos 156 a 159 de la sentencia respectiva del 23 de noviembre de 2009.¹⁴

En razón de lo anterior, es que se vuelve trascendental que exista legislación que enfrente este problema. El último párrafo del artículo 21 de la Ley General de Víctimas, establece lo siguiente:

Artículo 21.

(...)

Con independencia de los derechos previstos en esta Ley, el reconocimiento de la personalidad jurídica de las víctimas de desaparición de personas y el procedimiento para conocer y resolver de las acciones judiciales de declaración especial de ausencia por desaparición se sujetarán a lo que dispongan las leyes aplicables, a fin de que las víctimas indirectas ejerzan de manera expedita los derechos patrimoniales y familiares del ausente para salvaguardar los intereses esenciales del núcleo familiar.

En el artículo segundo transitorio del Decreto de fecha 3 de mayo de 2013, mediante el cual se reformó la Ley General de Víctimas, se estableció lo siguiente:

SEGUNDO.- Para efectos de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 21 de la Ley General de Víctimas, el Congreso de la Unión, las legislaturas locales y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, contarán con un plazo de un año contado a partir de la entrada en vigor del presente Decreto para realizar las adecuaciones a la legislación que corresponda.

Por desgracia, a la fecha en que se escriben estas líneas, solamente cuatro entidades de la República, incluyendo a la Ciudad de México (antes Distrito Federal), cumplieron con ese mandato. Hacemos votos por que la Ley General de Desapariciones Forzadas que se encuentra en proceso legislativo ante el Congreso de la Unión, aborde y resuelva favorablemente este problema para toda la República, no obstante la discusión que puede generarse sobre si el Congreso de la Unión tiene facultades o no para legislar en la materia.

En efecto, la fracción XXI del artículo 73 constitucional, faculta al Congreso de la Unión para legislar en materia de “delitos” de tortura y desaparición forzada, y no para abordar las cuestiones civiles que pudieran derivarse de la comisión del delito de

¹³Ficha técnica: “Anzualdo Castro vs. Perú”, disponible en http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia/ficha.cfm?nId_Ficha=279&lang=es.

¹⁴Disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM4.pdf>.

desaparición forzada. En nuestra opinión, la Ley General debería establecer el procedimiento aplicable en toda la República, y dejar a las legislaturas de los estados la posibilidad de legislar al respecto, pero si no lo hicieren, el procedimiento establecido en la ley tendría que ser aplicable en aquellas entidades que no legislaran al respecto. De este modo, los estados de la República que fueren negligentes no tendrían legitimidad para controvertir la posible invasión de facultades del Congreso de la Unión en una materia local, pues nadie podría alegar en su beneficio su propia torpeza.

En conclusión, se puede afirmar lo siguiente:

1. El derecho a no ser desaparecido forzadamente es un derecho humano fundamental, reconocido en los tratados internacionales de los que México es parte y, por lo tanto, en virtud del nuevo bloque de constitucionalidad, también es un derecho humano fundamental constitucionalmente reconocido.
2. Existen tres tratados internacionales de los que México es parte que definen la desaparición forzada de personas. El legislador, al cumplir con su obligación de tipificar esa conducta, debe atender al principio *pro persona*, y por lo tanto ignorar los elementos restrictivos contenidos en la definición del Estatuto de Roma, y tomar como base las definiciones contenidas en las Convenciones sobre Derechos Humanos en materia de desaparición forzada, es decir, la convención Interamericana y la Convención de la ONU.
3. La desaparición forzada es siempre un “crimen de Estado”, alcance o no el nivel de un crimen contra la humanidad.
4. Además, la desaparición forzada es siempre una violación múltiple y extremadamente grave de derechos humanos.
5. El marco jurídico mexicano vigente contiene deficiencias y lagunas en materia de tipificación del delito de desaparición forzada, por lo que se hace necesaria la expedición de una ley general en la materia, misma que al momento de escribirse este texto, se encuentra en proceso legislativo en el Senado de la República.
6. La desaparición forzada es un delito de carácter continuo o permanente.
7. La desaparición forzada no debe ser objeto de medidas que conduzcan a la impunidad, tales como la prescripción, la amnistía o el perdón; además de ser siempre susceptible de ser objeto de “jurisdicción universal”.
8. El reconocimiento de la personalidad jurídica de la persona desaparecida amerita un marco jurídico que regule la declaración de ausencia por desaparición en los términos de lo mandado por el último párrafo del artículo 21 de la Ley General de Víctimas.

Consulta previa a los pueblos y comunidades indígenas

Prior in tempore, potior in iure

Este principio del derecho, que generalmente se traduce como “el que es primero en tiempo, es primero en derecho”, fue formulado como parte de las 87 *regulae iuris* que el papa Bonifacio VIII (1235-1303) estableció para regir el derecho canónico y justificar la cruzada para la reconquista de Jerusalén. Sin embargo, se ha esgrimido desde entonces para dilucidar litigios de propiedad, entendiendo la preferencia del derecho por quien ocupó primero un lugar o un territorio en disputa.

En el caso mexicano, se reconoce constitucionalmente, a partir de la llamada reforma indígena de 2002, que:

la Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas (artículo 2°).

En este sentido, el Estado nacional mexicano se reconoce como históricamente posterior al desarrollo de los pueblos indígenas en el territorio de la República, por lo que se ve obligado a reconocer la preferencia jurídica que gozan los descendientes de estos pueblos, sobre todo en lo relacionado a contar con un territorio, lo que involucra el usufructo o la propiedad de la tierra y los recursos naturales.

Lo anterior nos lleva a preguntarnos, ¿qué poblaciones habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización? La respuesta podría limitarse a

Sumario

<i>Prior in tempore, potior in iure</i>	235
Antecedentes históricos internacionales	238
De la eliminación del indio a la educación bilingüe	241
Del bilingüismo de Estado a la reforma indígena en México	247
A manera de conclusión	
Germán Medardo Sandoval Trigo	250

enumerar a los grupos que en el siglo XVI (cuando inició el periodo virreinal) habitaban un país que aún no existía y cuyas fronteras se impusieron políticamente en el siglo XIX (el territorio actual), pero, además de lo anacrónico que podría resultar, este contestar no le haría justicia al propio desarrollo histórico del país, pues se cuenta con evidencia de presencia humana desde el Arqueolítico (30000-9500 a.C.) y la macroárea de Mesoamérica, que abarca de los Bajiales de Querétaro a las selvas Nicaragüenses, y es considerada como una de las cunas de la civilización por haber desarrollado el cultivo del maíz entre el 8000 y el 5000 a.C.¹ Por esta razón, para contestar, no es posible sólo dar una lista de poblaciones, sino que es necesario tratar de comprender la profundidad histórica que tienen nuestros pueblos y la forma en que se fueron situando en su contexto geográfico y regional, lo que nos permitirá entender mejor la distribución histórica de los grupos humanos en áreas culturales.

México se encuentra prácticamente a la mitad del continente americano, al menos 12 de sus 32 Estados podrían situarse geográficamente en Norteamérica, que se caracteriza por ser una región extratropical seca, caracterizada por alcanzar los 30° latitud norte, donde se encuentra la franja de los desiertos. Los 20 restantes forman, con Belice, Guatemala, Honduras, El Salvador y Nicaragua, un área media subhúmeda extratropical baja y tropical alta que, por contar con una precipitación pluvial adecuada, permitió el surgimiento de la agricultura de temporal.

La diferencia climática exigió a los grupos de pobladores una adaptación adecuada para cada región, por lo que en términos generales se empalman estas regiones naturales con las áreas culturales: en el norte se encuentra Aridoamérica, donde se desarrollaron grupos de cazadores recolectores, obligados por el clima a mantener un número bajo de población y campamentos estacionales; mientras que en el sur, los agricultores pueden permitirse alimentar un mayor número de individuos, y entre el 3000 y el 1700 a.C. forman las primeras aldeas en la Cuenca de México, y para 1500 a.C. las de Tierras Largas en Oaxaca y Paso de la Amada en Chiapas; posteriormente se desarrollaron las primeras ciudades y la sociedad se comenzó a complejizar. En este periodo, denominado Preclásico (2500 a.C.-200 d.C.), surgen estructuras sociales tan importantes como el Estado y tan tangibles como la cerámica. Los desarrollos urbanos, como amplios centros ceremoniales como La Venta (Tabasco), Cuicuilco (Cuidad de México), El Mirador (Guatemala) y Monte Albán (Oaxaca), se erigieron como centros regionales y comenzaron a tejer alianzas comerciales.

El gran esplendor de este proceso civilizatorio fue denominado Clásico (200-900 d.C.), se caracterizó por un auge demográfico que dio un importante empuje a ciudades como Teotihuacán (México), que estaba en condiciones de apoyar señores de reinos lejanos como Tikal (Guatemala). Cholula alcanzó gran reputación como centro ceremonial y era la única ciudad del Altiplano que competía con Teotihuacán, tanto en arquitectura como en materiales de intercambio, comercio y bienes suntuarios. En este momento también hay una expansión de los elementos centrales hacia el norte

¹Cfr. Carrillo Trueba, César. 2009. "El origen del maíz, naturaleza y cultura en Mesoamérica", *Ciencias* (UNAM), núm. 92-93, pp. 4-13.

de México, siguiendo la ruta comercial de turquesa y piedra verde, que cruza las faldas de la Sierra Madre Occidental, la provincia extratropical alta, donde hacia el 100 d.C. surgió el área cultural conocida como Oasisamérica, habitada especialmente por tres grandes culturas: la mogollón, cuyo principal representante es desarrollo de Casas Grandes (Chihuahua); la hohokam, que ocupa desde la Mesa Grande (Arizona) hasta la Reserva del Pinacate (Sonora); y la anasazi, la cual se extiende al menos por cuatro estados (Arizona, Nuevo México, Utah, Colorado) de los Estados Unidos. Este lazo comercial favoreció el surgimiento de ciudades norteamericanas como Chalchihuites y la Quemada (Zacatecas), pero también hubo un auge en la zona de la Huasteca, con ciudades como Ébano (San Luis Potosí) y El Tajín (Veracruz). La Sierra Gorda se pobló con asentamientos relacionados con las minas de cinabrio, tales como Ranas, Toluquilla (Querétaro) y Guadalupe (Guanajuato). En el sur se desarrollan portentosas ciudades estado como Palenque, Yaxchilán (Chiapas), Calakmul (Campeche) y el Caracol (Belize).

La fragmentación del poder tras la caída de Teotihuacán cerca del 900 d.C. provocó un auge bélico, que buscaba hacerse con el poder en el Altiplano Central, por lo que se desarrollan ciudades con localización y arquitectura defensivas como Cacaxtla (Tlaxcala), Xochicalco (Morelos) y Teotenango (México); hasta el Posclásico (900-1521 d.C.), época del surgimiento de Tula y la amalgamación de elementos del norte y del centro en la cultura tolteca, que se extenderá hasta la península de Yucatán, con la ciudad de Chichén Itzá. Para finales del periodo, un recalentamiento global obliga a los grupos nómadas del norte, conocidos como chichimecas, a migrar a Mesoamérica, lo que coincide con la caída de Tula y su *toltecayotl* cerca del 1200 d.C. Los chichimecas liderados por Xólotl dieron pie a los linajes tolteca-chichimeca, que gobernarían el Altiplano central hasta la llegada de los aztecas y la fundación de México-Tenochtitlán en 1325 d.C. Estos grupos refrendarían las formas de conquista y llevarían a sus últimas consecuencias su modo de producción, consistente en el repartimiento de la producción agrícola y la tasación de tributos a los pueblos sometidos mediante la guerra.

Tras la derrota de los tenochcas ante Hernán Cortés y su ejército de indígenas aliados en 1521, los indios fueron despojados simbólicamente de todos los derechos que pudieron haberseles concedido, llegándose a dudar incluso de su naturaleza humana. La conquista armada y espiritual fue paulatina y heterogénea, las rebeliones y levantamientos se mantuvieron vigentes a lo largo del periodo, regiones enteras no serían sometidas sino hasta el siglo XVIII. Los indios serían considerados súbditos de la Corona, sus tierras y bosques pasaron a ser bienes realengos, a los que se tenía acceso con el favor de su majestad. Ante el derecho indiano fueron considerados como un menor de edad, se prohibió el contacto reiterado y la permanencia de españoles en los pueblos de indios, creando juzgados y tribunales especiales para ellos, y separando las repúblicas de españoles de las repúblicas de indios. El gobierno central estaría representado con el Consejo de Indias, que desde 1524 fue la última instancia para resolver pleitos y evaluar a los representantes directos del rey, como los adelantados y virreyes; en 1535 se creó el virreinato de la Nueva España como forma de gobierno,

pero los asuntos jurídicos y judiciales quedaron a cargo de las Audiencias, que funcionaban por medio de oidores instruidos en la jurisprudencia y eran precedidas por el virrey.

Los indios tuvieron que pagar tributo a la Corona, además de servicios personales y repartimiento para el trabajo agrícola y en las minas, encomendando las poblaciones a un español (generalmente un conquistador) para que administrara este trabajo, así como los sacramentos de la fe católica; lo que cambiaría en 1542 con las Leyes Nuevas que promovían un mejor tratamiento para las repúblicas de indios y prohibían estas prácticas. No obstante, el siglo XVII vendría con muchos cambios para estas poblaciones, como las composiciones y congregaciones de pueblos de 1595 a 1605, que obligaban a distintas comunidades a reunirse en una sola localidad, por lo que tenían que dejar sus tierras de cultivo y árboles frutales, a lo que muchas respondieron haciendo la defensa de sus poblaciones por medio de los tribunales, produciendo y presentando documentación que hoy es invaluable para los historiadores.

Los movimientos poblacionales fueron aprovechados por hacendados y latifundistas, quienes resultaron poseedores de grandes extensiones de tierra, ya sea por merced real o por la compra de terrenos baldíos. En muchas regiones se despojó a las comunidades de las mejores tierras y a otras se les mantuvo en una suerte de semiesclavismo, totalmente dependientes de lo que pasaba en las fincas de los amos. Algunas otras se recluyeron en regiones de refugio y se cerraron en sí mismas, desarrollando su propia cosmovisión y forma de hacer las cosas, con sus propios sistemas normativos y su propia lengua. A pesar de la política segregacionista, desde el inicio del virreinato la mezcla de los grupos étnicos había ido conformando un estricto sistema de castas cuya población iba en aumento, pero que no siempre tenía lugar en el mundo indígena, menos aún en el español, en donde el criollo (hijo de españoles nacido en México) estaba en competencia directa con los peninsulares. Este contexto social, atizado por la presión tributaria y el fuerte control agropecuario y comercial de la administración borbónica, sería el catalizador que permitió la confluencia armada de 1810, con la que empieza la guerra de independencia y los primeros pasos para el nacimiento de México como Estado Nación.

Antecedentes históricos internacionales

El reconocimiento al derecho indígena surge en el derecho internacional en el contexto de la Primera Guerra Mundial, cuando la Sociedad de la Naciones (1919) busca establecer medidas internacionales sobre los derechos del trabajo y los trabajadores indígenas (1921), ya en 1926 se crea una Comisión de Expertos en Trabajo Nativo, y en 1929, tras el tratado de Versalles, nació la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En 1945, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) hace su primera declaración sobre derechos humanos, en donde reconocen a los pueblos (no indígenas) como sujetos de derecho internacional, dotándolos de igualdad de derecho y reconociendo su libre autodeterminación.

Sin embargo, como lo señala la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948), el derecho indígena había sido considerado en términos individuales y no como pueblos, por lo que empieza a ser evidente la necesidad de nuevas medidas de incorporación. Con ello surge la firma nuevos pactos en 1966, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, en los que comienza a delinearse el reconocimiento de los pueblos indígenas como pueblos en el sentido del derecho internacional (con igualdad de derecho y autodeterminación).

Para vigilar el cumplimiento de estos acuerdos, la Organización de Estados Americanos (OEA), en 1948, se pronuncia por un sistema de protección interamericano, desarrollando diferentes órganos de aplicación como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1959) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1979). Desde su creación, la OIT ha buscado la regulación internacional a través de convenios; en materia indígena mexicana destacan: el *Convenio 29* (1930), sobre el trabajo forzoso de poblaciones indígenas, ratificado por México el 12 de mayo de 1934 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) al año siguiente (10-08-1935), con ello aumenta la edad del trabajo en México de 14 a 18 años; el *Convenio 107* (1957), sobre la protección de las poblaciones tribales e indígenas en países independientes, que fue ratificado (01-06-1959) y publicado (07-07-1960); el *Convenio 110* (1958), sobre el origen de los trabajadores de las plantaciones, ratificado (20-06-1960) y publicado (20-06-1960); el *Convenio 111* (1958), relativo a la discriminación en el empleo y ocupación, ratificado (11-09-1961) y publicado (03-01-1962); el *Convenio 141* (1975), relativo a la organización de trabajadores rurales, ratificado (28-06-1978) y publicado (04-12-1978); y el *Convenio 169* (1989), sobre pueblos indígenas y tribales, ratificado (05-09-1990) y publicado (03-10-1990), pero la promulgación de este convenio se dio hasta el 24 de enero de 1991.²

Este último convenio traería varios cambios importantes en la percepción de Estado mexicano, frente a la propia estructura poblacional que lo compone, pues a pesar de no ser vinculantes en sí, contiene derechos que sí lo son (como el derecho al trabajo digno, a la salud, a la educación) al interior de los Estados. En su artículo 1.3 se contemplan derechos colectivos para los pueblos indígenas, por lo que dejan de considerarse como poblaciones o minorías con derechos individuales y se les supone integradas como un sujeto colectivo; en el artículo 7.1 se les reconoce el tener ciertas prioridades sociales y culturales sobre la tierra que han ocupado históricamente.

El sumarse a este convenio permite a México, en términos discursivos, cambiar de paradigma monocultural, en el que la igualdad supone una integración por asimilación forzada, a un nuevo paradigma multicultural, que busca la integración consensual de la diversidad, pues abre el marco para la defensa de las características propias (reconocimiento de la diversidad) en igualdad de derechos (artículos 24), el derecho colectivo a la propiedad, a la cultura, a la libre autodeterminación, a una vida digna, a la integridad, a la protección judicial, al sufragio, al acceso a la justicia y las funciones

²Véase González Galván, Jorge Alberto “Artículo 2º Comentario”, pp. 24-25.

públicas, así como el derecho a ser representados y a contar con una consulta previa libre e informada, cuando se pretendan tomar medidas administrativas o legislativas que afecten directamente a las comunidades o se realicen en su territorio.

Sobre este último punto, cabe mencionar que el *Convenio 169* menciona ciertas características que tiene que cumplir al momento de hacer una consulta: primeramente, tiene que ser previa, no presentarse como un requisito de operación, sino estar presente desde la planeación misma de los proyectos nacionales de desarrollo. Para su desarrollo requiere ser culturalmente adecuada, es decir, que se adapte a los procedimientos institucionales de las propias autoridades de las comunidades, con formatos que ellos decidan. La consulta pretende ser un diálogo intercultural cuyo fin es lograr un entendimiento, para tomar un acuerdo y llegar al consentimiento de las comunidades. Aunque se reconoce al Estado como el actor definitivo en este proceso (el que tiene la última palabra), se espera que tome la opinión de los pueblos en su actuar, así como el artículo 16.2 menciona que, en caso de que se requiera el traslado de poblaciones o su reubicación, el consentimiento expreso es obligatorio, lo que implica que la población debe conocer plenamente los riesgos de afectación y tomar una decisión libre y sin presiones administrativas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que hay una serie de garantías mínimas para la consulta: es necesario que la participación de las comunidades se haga siguiendo sus usos y tradiciones (culturalmente adecuada); el Estado tiene la obligación de brindar información y recibir la información que genere la comunidad; realizarse de buena fe y con el fin de llegar a un acuerdo; es imprescindible el aviso temprano para que se pueda dar la discusión al interior de las comunidades; y por último, se reconoce la necesidad de hacer varias consultas a lo largo de todo el proceso del proyecto.

Esta legislación también se apoya en la *Declaración de la Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas* (2007), que también exige la consulta y el consentimiento explícito (la más cercana al derecho de veto) al momento de trasladar poblaciones (artículo 10), cuando se eliminan materiales peligrosos en sus tierras (artículo 29.2) y antes de aceptar proyectos de gran envergadura en territorios indígenas (artículo 32.2). Esta declaración promueve el derecho a la libre determinación de los pueblos (artículo 3º), con relación a decidir sobre su desarrollo económico, social y cultural; el derecho a la autonomía y autogobierno a través de los medios otorgados por el Estado (artículo 4º); a conservar y reforzar sus propias instituciones y si lo desean participar en las del Estado (artículo 5º); y el derecho a determinar y evaluar las prioridades y estrategias de utilización de su territorio.

En resumen, el derecho a la consulta previa se basa en el reconocimiento de la libre determinación de los pueblos y la afirmación de un territorio propio. Hace valer la antigua máxima de que el que es primero en tiempo es primero en derecho, reconociendo a los pueblos indígenas una originalidad o preeminencia en la ocupación de territorios nacionales.

De la eliminación del indio a la educación bilingüe

El Estado nacional mexicano nace en un proyecto monocultural, manifiesto en las Constituciones de 1824³ y 1857,⁴ en donde se reconoce a la Nación como un Estado monolítico, con una sola clase de ciudadanos universales, en donde son excluidos los indígenas por su propia condición de ser indígenas. Heredado de las actitudes paternalistas de los misioneros y españoles, que consideran a los indios como retrasados y salvajes, incapaces de entender los beneficios que traerán las leyes que comienzan a crear los criollos a la manera en que se hacía en Europa.

Los indios desaparecen por decreto⁵ y las leyes se encargaron de desarticular a las antiguas Repúblicas de Indios, pues los pueblos que las conformaban tenían una normatividad espacial en el orden colonial, que los dotaba de un territorio y un sistema de gobierno diferente, pues eran autónomos para establecer su sistema de cargos de gobierno: alcalde mayor, regidor, alguacil y mayordomo eran electos al interior de la comunidad (autoridades indígenas), administrando justicia entre los naturales, recaudaban el tributo y manejan los bienes de la comunidad, el trabajo era colectivo y sus finanzas eran reguladas a través de las cajas de comunidad.⁶

Ya desde el siglo XVII las organizaciones corporativas eran vistas como un obstáculo para el desarrollo económico de la Nueva España, Abad y Queipo (1799) y fray Antonio de San Miguel (1804) proponían la división de las tierras comunales, haciéndolas propiedad privada de indios, castas y españoles, lo que impulsaría a los primeros al progreso y acabaría con la segregación secular.

³En el Título I, sección única, artículo 3º se dice que “la religión de la nación mexicana es y será perpetuamente católica, apostólica, romana. La nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquier otra”, en el Título II, sección única, artículo 4º acota que “la nación mexicana adopta para su gobierno la forma de república representativa popular federal”, y el artículo 6º “divide el supremo poder de la federación para su ejercicio, en legislativo, ejecutivo y judicial” Consultado el 30 de mayo de 2016 en http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1824.pdf.

⁴La Constitución de 1857 en su Título I, sección I, artículo 1º, afirma que “El pueblo mexicano reconoce, que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales”, el artículo 2º menciona que “en la República todos nacen libres”, el 4º reza “todo hombre es libre para abrazar la profesión, industria o trabajo que le acomode”, el 5º “Nadie puede ser obligado a prestar servicios personales, sin la justa retribución”. En el 13, hace explícita la desaparición de otras jurisdicciones y autoridades diferentes a las del Estado, pues menciona que “en la República mexicana nadie puede ser juzgado por leyes privativas, ni por tribunales especiales. Ninguna persona ni corporación puede tener fueros, ni gozar de emolumentos que no sean compensación del servicio público, y estén fijados por la Ley. Subsiste el fuero de guerra”. Consultado el 30 de mayo de 2016 en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1857.pdf>.

⁵La igualdad entre los hombres es proclamada por Hidalgo (19-X-1810), quien decreta la libertad de los esclavos y la inexistencia de distinciones raciales “todos se nombrarían americanos”, ordena que las rentas de la caja de comunidad por las tierras se tomasen como propias de los indios, se eliminaron los tributos. El mismo año la regencia hizo lo mismo y el 12 de noviembre de 1812 las cortes de Cádiz abolieron las mitas, los repartimientos y los servicios personales (incluso de los funcionarios y la Iglesia), y que las obras públicas se distribuirían entre todos los vecinos por igual, y que se diera tierras a los indios casados. Ninguna de estas disposiciones tuvo vigencia, con el conflicto, las autoridades locales actuaron con cautela, y en muchos pueblos la organización interna cambio poco o nada, muchos siguieron autónomos. La violencia irrumpió en los pueblos y los mecanismos de control quedaron suspendidos.

⁶Para un análisis detallado, véase Ortiz Peralta, Rina, “Inexistentes por decreto: disposiciones legislativas sobre los pueblos de indios en el siglo XIX. El caso de Hidalgo”, en Escobar, Antonio (coord.), *Indio, nación y comunidad*, México, CEMCA, CIESAS, 1993, pp. 156-162.

El modelo eurocentrista de los Estados Nacionales del siglo XIX, muchos de ellos fundados por descendientes de europeos, ve en Francia el modelo social a seguir, por lo que entre 1821 y 1856 se hizo una reorganización de la administración económica (la hacienda pública y sus fuentes de ingreso) y política del país (el poder judicial y sus nuevas bases, la convocatoria de un congreso constituyente).

En términos legislativos, la principal disposición general que afectó la organización de los pueblos indios fue la Ley de Municipalización (14-II-1822), pues implantó el municipio como modelo único de organización de los gobiernos locales, sin distinguir entre cabildo indio y ayuntamiento español. El gobierno indio había conservado su carácter de depositario natural de la autoridad política, primera instancia de la administración de justicia, por lo que la corporación indígena era un órgano de gobierno judicial, función de la que fue despojada y otorgada al poder central, aunque de facto los ayuntamientos (generalmente criollos o mestizos) absorbieron la jurisdicción municipal y se ocuparían del gobierno económico de su jurisdicción.

La Junta Provisional Gubernativa del Imperio suspendió las contribuciones privativas de los indios (21-II-1822), las cuales consistían en medio real para sus ministros y defensores en la audiencia; medio real para el apoyo de hospitales que y un real y medio para las cajas de comunidad (con el que además pagaban sus escuelas y servía como respaldo en epidemias y pérdida de cosechas), declarándolas carentes de objeto. Finalmente desapareció la categoría de indio (17-IX-1822), suprimiendo la legislación especial y sometiéndolos a leyes comunes a todos los ciudadanos.

La igualdad jurídica, lejos de acabar con la explotación, hacía más vulnerable al indio y, aunque cerca del 70 por ciento de la población del virreinato era indígena, no había una proposición que explicara la integración de las antiguas repúblicas de indios en la nueva organización política y económica. La constitución de 1824 solo planteó los principios generales y dejó en manos de los gobiernos estatales la solución de los problemas entre pueblos y municipios. Puso a los ayuntamientos como unidad administrativa básica del país, omitiendo la organización de los pueblos indios y pasando sus bienes al ayuntamiento, que por su integración y facultades eran ajenos a los indígenas, lo que inició una lógica de acumulación por despojo sobre los bienes de las comunidades.⁷

Como reacción, los pueblos de indios se cohesionaron internamente, manteniéndose al margen del grupo dominante y escapándose a zonas de refugio. La organización

⁷Se decretó la organización de los ayuntamientos (09-II-1825) y que los fondos municipales consistirían en los productos propios y arbitrios de los pueblos; los propios eran los bienes raíces que están en “pacífica” posesión, los edificios de la municipalidad y las tierras comunales de los pueblos. Se facultó al gobernador (03-X-1825) para poner y regular los impuestos necesarios, y las contribuciones se hacían de manera individual y no por pueblo. Para principios del siglo XIX (14-II-1827) se aplicaron estas disposiciones y los prefectos y subprefectos repartirían las tierras, invertirían los fondos públicos y administrarían los bienes de la comunidad. En mayo de 1827, se libró a los ayuntamientos del pago del 4 por ciento de sus propios y arbitrios y del 2 por ciento de sus bienes de comunidad; en cambio, tenían que dar el 3 por ciento del líquido sobrante de sus fondos. En mayo de 1833, se dio a los ayuntamientos la posesión de los terrenos baldíos o realengos de sus municipalidades, para que se arrendaran, pero porque los ayuntamientos amparados en la ley despojaban a los indios de sus tierras, posteriormente fue derogado este decreto (25-VI-1835) y se comenzó la batalla de muchos pueblos por la restitución de las tierras de repartimiento o cualquier otro título legítimo, que habían sido despojadas o arrendadas. *Ibidem*, p. 164.

indígena del periodo colonial fue resultado de las medidas administrativas que el gobierno español tomó para su control (sin tomar en cuenta las diferencias étnicas), sumadas a la adaptación cultural y sincrética amerindia, lo que dio origen a una innovación en los mecanismos epistémicos y de cohesión social creados por los indios reducidos a sus pueblos, y cuyos principales fundamentos eran: la posesión común de la tierra y la satisfacción de obligaciones comunes. Lo que implica un ejercicio político atento a valores y tradiciones válidos dentro de las comunidades, por lo que sería un aspecto que atacarían las legislaciones de la época independiente.⁸

Los centros mestizos se consolidaron como centros de poder regional, erigiéndose como capitales estatales y municipales, y ejerciendo una relación dominical con sus comunidades y rancherías. Una relación asimétrica que terminó pauperizando a las comunidades, que quedaron excluidas de cualquier toma de decisión en lo referente a las políticas públicas nacionales; aunque en lo particular hubo muchas comunidades que se empoderaron, tomando el municipio en sus manos y manteniéndolo según sus usos y costumbres, como sucedió en Oaxaca.

El paradigma monocultural de la naciente República pretendió la inexistencia de alguna otra lengua distinta al español; sin embargo, no pudo erradicarlas del todo y muy pronto la lengua se convertirá en el único rasgo identificable de indianidad. Si bien la copresencia de dos o más lenguas en un territorio era ya conflictiva desde la época prehispánica,⁹ tras la conversión y *macehualización* de la población indígena, las lenguas amerindias se asociaron a los grupos más pobres y su uso se fue restringiendo cada vez más a dominios lingüísticos domésticos, por lo que adquirieron un estatus menor al del castellano utilizado por los grupos que ostentaban el poder político y económico.

Esta diglosia ya era alentada por la Corona en 1686, cuando Carlos II dictó una real cédula que obligaba, tanto a los funcionarios eclesiásticos como a los estatales a que hicieran efectivas todas las leyes relativas a la implementación del español como lengua oficial, obligando a los grupos étnicos a pagar escuelas —una para niños y otra para niñas—, donde se les enseñara la lengua española, las cuales serían vigiladas por las autoridades civiles; y desde 1690 el dominio del español fue requisito para la obtención de un cargo, convirtiéndose en la lengua del Estado.¹⁰

Para finales del periodo novohispano disminuyó el número de mestizos y criollos bilingües, y las lenguas indígenas recibieron una mayor influencia del español debido a los embates de la “lengua nacional” y sus difusores decimonónicos que buscaban la “unidad” a través de la homogeneidad lingüística; este proceso provocó que las comu-

⁸*Ibidem*, pp. 162-165.

⁹Véase Manrique, Leonardo, 2000.

¹⁰En términos fácticos, esta disposición no se cumplió en la mayoría de los pueblos indios, pero sí se llevó a la práctica entre las poblaciones que se encontraban más cercanas a las capitales novohispanas y en los órganos centrales de justicia a los que apelaban las comunidades indígenas, que resultaron ser significativamente legalistas y acudían frecuentemente a las autoridades para resolver conflictos intra y extracomunitarios. Incluso se creó un tribunal especial para estas demandas, con defensores, intérpretes y traductores de diversas lenguas, y el Virrey daba audiencia un día a la semana a los naturales que pedían su atención para resolver alguna querrela. *Cfr.* Psichari, 1928; Ferguson, 1959; Zimmerman, 2010).

nidades indígenas perdieran muchos de sus derechos colectivos, relativos a su existencia y especificidad lingüística y cultural, la cual fue negada en términos oficiales. Durante el siglo XIX, los grupos de poder no se cuestionaban la necesidad de erradicar las lenguas indígenas y promover el uso del español por considerarlas un lastre que entorpecía el progreso nacional, el mismo Benito Juárez renunció a hablar zapoteco hasta el día de su muerte.¹¹

El único debate que provocó una lucha constante fue para decidir en manos de quién se quedaría la educación institucional. Los reformistas decretaron la libertad de la enseñanza (23-10-1833) y, debido a su orientación clerical, se suprimió y se abrió cuatro veces la Universidad.¹² No sería sino hasta la Constitución de 1857 (artículo 3º) que el Estado y sus leyes determinarían qué profesiones necesitan título para su ejercicio, y con qué requisitos se deben expedir. La discusión giró en torno a la obligatoriedad de la educación: por un lado, los partidarios del positivismo encabezados por Gabino Barreda pensaban la educación como condición necesaria para mantener la libertad; por otro, los liberales que consideraban que dicha obligación daría a los neófitos armas para ir en contra o poner en discusión los principios religiosos y políticos, por lo cual les preocupaba y se le oponían.

Esta educación era toda pensada en lengua española, lo cual únicamente fue cuestionado por Ignacio Ramírez “El Nigromante”, quien proponía que la educación indígena tenía que venir “por medio del instrumento natural del idioma en que piensan y viven”, por lo que proponía una nueva división en unidades políticas, culturales y lingüísticas, que administraran sus propios sistemas educativos bilingües, así como el derecho a elegir sus representantes ante el sistema político. Esta innovadora propuesta sólo se puso en práctica un año (entre 1876 y 1877), mismo en el que Ramírez fungió como secretario de Justicia e Instrucción Pública y logró implantar el principio de educación integral (física e intelectual), fomentó la instrucción popular y la educación indígena (con pensiones a los mejores estudiantes), incorporando a estos pueblos con respeto a sus derechos.

La minorización e invisibilización del indio apenas comenzaba. La lucha revolucionaria (Independencia, Reforma, centralismo, federalismo) cobró muchas vidas indígenas, por lo que en los registros oficiales dejaron de ser mayoría. En el Censo General de la República Mexicana de 1895 se consigna el número de “población según el idioma habitual”, y registra un total de 12’608,586 en la población; de hecho (dividida en presentes y de paso), de los cuales el 83.86 por ciento (10’573,874) hablaba

¹¹(Cifuentes y García, 1998, Villavicencio, 2010).

¹²Ya en 1824, José María Luis Mora afirmaba que el Estado debía controlar y organizar la educación, para imprimirle la filosofía propia del “Estado mexicano”. Con la Reforma de 1833 esto se reconocería constitucionalmente, se creó la Dirección General de Instrucción Pública y se promulgó la fundación de Escuelas Normales. En las Bases Orgánicas de 1843 se creó la Dirección General de Instrucción Primaria y la Junta Directiva de Instrucción Superior, asimismo se intentó nacionalizar los colegios particulares que eran subsidiados por el gobierno. Para 1869 se publicó una segunda ley que añadió la laicidad completa en la educación, la formación de escuelas para adultos y la creación de carreras de medicina, veterinaria, farmacéutica, ingenierías, arquitectura, jurisprudencia, entre otras; y se creó como institución máxima de educación superior a la Academia de Ciencias y Literatura; quedarían todas bajo la jurisdicción del Ministerio de Instrucción Pública.

castellano y el 16.13 por ciento (2'034,712) los considera hablantes de 53 idiomas indígenas.¹³

Durante el Porfiriato, la promoción del castellano tendería a la eliminación de las lenguas indígenas, su uso en las escuelas se veía únicamente como paso obligado para la enseñanza del español. La educación no debería ser diferenciada, sino homogénea, por lo que no cabía la diferencia lingüística. En 1905 Justo Sierra, secretario de Instrucción Pública y Bellas Artes, afirmaba que:

La poliglosia de nuestro país es un obstáculo a la propagación de la cultura y a la formación plena de la conciencia de la patria, y sólo la escuela obligatoria generalizada en la nación entera, pueda salvar de tamaño escollo [...] llamamos al castellano lengua nacional: no sólo porque es la lengua que habló desde su infancia la actual sociedad mexicana, y porque fue luego la herencia de la nación, sino porque siendo la sola lengua escolar, llegará a atrofiar y destruir los idiomas locales y así la unificación del habla nacional, vehículo inapreciable de la unificación social, será un hecho.¹⁴

En este contexto, voces como la de Francisco Belmar, fundador de la Sociedad Indianista Mexicana, pugnaban por el reconocimiento de la diversidad lingüística de México, pero fueron desatendidas, aunque pusieron en la mesa de discusión la necesidad de una educación especial para los indígenas (Lastra, 1992).

Después de la revolución mexicana, el Estado seguía viendo a la castellanización como sinónimo de educación, civilización y cultura. La “libertad laica” restringía la libertad de la enseñanza tanto en escuelas públicas como privadas, ninguna corporación religiosa o ministros de culto podían dirigir o establecer escuelas de instrucción primaria, y las escuelas particulares estarían bajo la vigilancia oficial. La Constitución 1917 reconoce el derecho de los trabajos, en su artículo 123 contempla la estabilidad en el empleo, el derecho de formar sindicatos y asociaciones y el derecho a huelga.

En 1920, José Vasconcelos fue nombrado rector de la Universidad Nacional Autónoma de México y, por iniciativa de él, se creó la Secretaría de Educación Pública y Bellas Artes; fundó las primeras Normales Rurales, que más tarde se transformarían en las Escuelas Regionales Campesinas. Dos años más tarde se incluyó un Departamento de Educación y Cultura Indígena con jurisdicción nacional y se formaron las llamadas misiones rurales por medio de voluntariado; todas estas instituciones impulsaban la enseñanza del español, por lo que la posición de Vasconcelos resultaba mucho más agresiva para las lenguas indígenas, ya que prohibió su uso dentro de las aulas.

El *Censo General de Habitantes* de 1921 suma 12'403,450 hablantes en México, de los cuales 85.31 por ciento (10'582,606) eran “nativos” del español; mientras que

¹³En el *Censo General de la República Mexicana* de 1900, no se introduce la variable lengua indígena, pero se registra un total de 98,697 habitantes “por entidad política a que pertenece el lugar de nacimiento”, por lo que no es una herramienta muy confiable. Consultado el 30-05-2015, disponible en <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/TabuladosBasicos/default.aspx?c=16770&s=est>.

¹⁴“Discurso pronunciado el día 13 de septiembre de 1902, con motivo de la inauguración del Consejo Superior de Educación Pública”, citado por Heath (1992:124) y Wright (1998: s/p).

14.68 por ciento (1'820,844) eran “nativos” de otros 53 idiomas. Para erradicarlos, las misiones culturales (fundadas en 1925) se dedicaron a entrenar maestros rurales para integrarlos a sus comunidades como agentes de cambio social, cursaban un programa de cuatro semestres de duración (aumentando a seis en 1927) que ponía énfasis en la adquisición del español; con ello se buscaba la asimilación de la cultura mestiza en los niños indígenas; se distribuían textos de historia nacional y civismo en la lengua nacional. Se creó la Casa del Estudiante Indígena en la capital (1926) y se intensificó el sistema educativo federal en las zonas rurales, el cual aún en 1933 buscaba, por medio de una visión racionalista y “socialista”, la alfabetización como base de la castellanización.

No sería sino hasta después del Proyecto Tarasco (1940) que se pugnara por la enseñanza en la lengua materna, se creó el Instituto de Alfabetización para los Indígenas Monolingües y los Centros Coordinadores del Instituto Nacional Indigenista (1948-1951). Durante la administración de Ávila Camacho (1940-1946), Octavio Véjar Vásquez, secretario de Educación, se opuso a la alfabetización de las lenguas indígenas y al llamado “pluralismo cultural”; la educación bilingüe se asociaba con el socialismo y se trató a toda costa de eliminar de la institución a los “elementos izquierdistas e indigenistas”.

Jaime Torres Bodet, como secretario de Educación, apoyó los programas de educación bilingüe, por lo que en 1944 se promulgó una Ley para Erradicar el Analfabetismo, por lo que se comenzó con la preparación de materiales didácticos en lenguas indígenas y se llevó a cabo una gran campaña de alfabetización en todo el país, con maestros informales. El *Séptimo Censo General de Población* de 1950 registraba que el 29.73 por ciento (4'663,596) de los menores de 25 años (15'686,010) no contaban con ningún tipo de estudio, el 29.24 por ciento (4'588,043) habían estudiado de uno a seis años, y solo el 1.75 por ciento (275,196) contaba con siete a nueve años, el equivalente a la formación primaria terminada y secundaria terminada o inconclusa. Esta masa de jóvenes representaba el 60.81 por ciento de una población total de 25'791,017; de la cual el 96.91 por ciento (24'995,948) era hablante de español y tan sólo el 3.08 por ciento (795,069) lo era de una de las 28 lenguas identificadas; además de un 6.40 por ciento (1'652,540) de bilingües español-lengua indígena. Esta misma fuente nos indica cómo comienza el aumento en la población urbana, que para ese momento ocupa un 42.58 por ciento (10'983,483), frente a la población rural con un 57.41 por ciento (14'807,534); las cabeceras municipales concentraban el 46.34 por ciento de la población (11'952,551) y las localidades el 53.65 por ciento (13'838,466).¹⁵

Miguel Alemán comenzó una tercera etapa de la campaña de alfabetización nacional iniciada en el sexenio anterior; los resultados arrojados sobre este tema en 1952 muestran que hubo un descenso en el número de centros: 6,035 habían desaparecido y su costo se había elevado. Durante la administración de Ruiz Cortines (1952), el INI desarrolló un programa de capacitación de maestros nativos de las propias comunidades y hablantes de lenguas indígenas. A pesar de los esfuerzos realizados, la cam-

¹⁵Disponible en <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/tabuladosbasicos/default.aspx?c=16765&s=est>.

paña de alfabetización no logró los resultados esperados. El *VIII Censo General de Población* de 1960 registró 1'104,955 hablantes de lenguas indígenas, 3.94 por ciento de una población total de 27'987,838, de la cual 62.22 por ciento (17'414,675) se registra como alfabetos y 37.77 por ciento (10'573,163) como analfabetos. Las personas que no saben leer ni escribir se encontraban, en su mayoría (con 67.59 por ciento; 7'146,430) en zonas rurales, en las que vivía 49.34 por ciento (13'811,760) de la población. En cambio, la población urbana, ya equivale en ese momento a 50.65 por ciento (14'176,078), concentra 61.72 por ciento (10'749,345) de las personas alfabetizadas y 32.40 por ciento (3'426,733) de los analfabetos; por lo que en el imaginario social, se arraiga la asociación mecánica entre la zona rural con el atraso educativo y cultural.

Del bilingüismo de Estado a la reforma indígena en México

A partir de 1964 se aprobó, en las regiones interculturales, el uso de métodos bilingües con maestros y promotores que dominaron la lengua indígena de la comunidad además del castellano; se incrementó el número de promotores y maestros bilingües. Para 1968 operaban en 25 regiones indígenas 2,150 promotores; para 1970 ascendió a 3,815 y se atendían 1,601 escuelas con 125,895 niños indígenas. Para ese mismo año funcionaban 26 internados indígenas que, junto con los de Primera Enseñanza, atendían una población escolar de 5,835 alumnos.

Durante estos años el INI en conjunto con el Instituto Lingüístico de Verano colaboran en la elaboración de materiales didácticos y en la codificación de las lenguas que no contaban con escritura alfabética, realizando valiosas gramáticas y diccionarios. La SEP publicó muchos de estos materiales e impulsó su uso en escuelas rurales, implementando materiales extras al libro de texto (el cual era en español), como el *Manual de fortalecimiento para la educación bilingüe-bicultural*, el *Libro de lecto-escritura para primer grado* y el *Manual para la enseñanza del español a hablantes de lenguas indígenas*. El *IX Censo General de Población* de 1970 registró un total de 3'111,415 habitantes mayores de cinco años que hablan alguna lengua indígena, de los cuales 72.36 por ciento (2'251,561) también habla español y 27.63 por ciento (859,854) es monolingüe en su lengua. Este conjunto representa 8.10 por ciento de la población total (38'370,438); los alfabetizados alcanzan 71.70 por ciento (27'513,751) y los analfabetas 28.29 por ciento (10'856,687).¹⁶

El mismo año del censo se creó la Subsecretaría de Cultura Popular y Educación Extraescolar (SSCPyEE), promotora del proceso de integración de las comunidades marginadas, con lo que se institucionalizó la educación bilingüe; a pesar de ello, se fomenta un bilingüismo de transición, cuyas metas se ven reflejadas en el Plan Nacional de Castellанизación (1973), que llevó a cabo esta institución, el INI y el Instituto de Investigación e Integración Social del Estado de Oaxaca, con el fin de difundir el uso de la

¹⁶Disponible en <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/tabuladosbasicos/tabdirecto.aspx?s=est&c=16763>.

lengua nacional entre los niños indígenas de edad escolar, teniendo como meta su aculturación y no su fortalecimiento cultural.

Si bien las propias comunidades pugnaban por una educación que fomentara el bilingüismo total y la alfabetización en ambas lenguas,¹⁷ el Estado promovió, en el mejor de los casos, un bilingüismo parcial o con la alfabetización únicamente en español. Muchos maestros indígenas consideraban (y muchos aún lo siguen haciendo) a la educación bilingüe del Estado como totalmente ajena a la educación que el niño recibe dentro de la familia y la comunidad, por lo que pugnan por un replanteamiento de lo que se ha llamado educación bilingüe; sin embargo, en general siguieron aplicando el método de castellanización con el que a ellos les enseñaron.¹⁸

En 1989, México fue el segundo país en adoptar el *Convenio 169* sobre Pueblos Indígenas y Tribales, de la Organización Internacional del Trabajo; en el que se pone de manifiesto el reconocimiento de los derechos lingüísticos, el derecho a la libre autodeterminación y otros derechos básicos de los pueblos indígenas, por lo que en 1992 se modificó el artículo 4º constitucional, reconociendo que México es una nación pluricultural, por lo que la Ley debe proteger el desarrollo de las lenguas y culturas indígenas.

Esta obligación fue reclamada violentamente en 1994 por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), pues los indígenas mayas de la de selva Lacandona y las montañas Chiapanecas seguían viviendo una situación de semiesclavitud, en una lógica de colonialismo interno de apropiación por despojo que ya se ha comentado. Dentro de los acuerdos firmados entre el Gobierno y el EZLN, en San Andrés Ch'en o Larráinza, se planteó el reconocimiento efectivo de estos derechos, y aunque la autoridad fue renuente en un comienzo, en 2001 se dio la llamada Reforma Indígena, consistente en elevar a rango constitucional el espíritu del *Convenio 169*, modificando con ello los artículos 2º y 4º de la Carta Magna (14-08-2016), y reconociendo con ello el derecho de los pueblos indígenas (y las comunidades que lo integran) “a la libre determinación [...] en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional”.

Se les otorga autonomía (artículo 2º, apartado A, párrafo V) para “conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras”, (párrafo VI) “acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra [...] al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponde a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley”.

¹⁷El Primer Congreso Nacional de Pueblos Indios, celebrado en 1975, proponía la creación de universidades indígenas y un Instituto de Lingüístico Mexicano, que formaran profesionistas para las propias comunidades. Un año después se creó la Asociación Nacional de Profesionales Indígenas Bilingües que en el Primer Seminario de Educación Bilingüe-Bicultural (1979), en Morelos; discutía ampliamente las semejanzas y diferencias entre este tipo de educación y de “las prácticas de asimilación, incorporación y supuesta integración”.

¹⁸“Todo lingüista que ha estudiado de cerca la educación en alguna comunidad indígena llega a la conclusión de que la educación bilingüe y bicultural es un mito, que sólo es bilingüe y bicultural en la medida en que los niños que hablan una lengua indígena aprenden español en la escuela y entran en contacto con otra cultura diferente a la suya” (Lastra 1992:100).

Estos derechos (a la libre determinación y autonomía de gestión en lo referente al uso y disfrute preferente de los recursos naturales) implican la búsqueda de un diálogo entre los pueblos y el Estado (el derecho a la consulta), por lo que se obliga a la Federación, los estados y los municipios a establecer “las instituciones y determinar las políticas necesarias para [...] el desarrollo integral de los pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos”. La consulta se establece en el artículo 2º constitucional, sección B, párrafo II para:

“definir y desarrollar programas educativos de contenido regional que reconozcan la herencia cultural de los pueblos, de acuerdo con las leyes de la materia y en consulta con las comunidades indígenas”, así como en el párrafo IX, en que se ordena “consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen”.

Otro de los puntos discutidos en San Andrés fue la reforma al sistema de educación indígena, de forma que el Gobierno Federal se comprometió a promover la educación integral indígena, bicultural e intercultural, asegurando su impartición gratuita. En 2001 se creó la Coordinación General de Educación Intercultural y Bilingüe (CGEIB), que asumió entre sus principales responsabilidades la de brindar estrategias pertinentes de atención educativa en todos los niveles para los pueblos indígenas, dentro de la estructura de la SEP. Se crearon nueve universidades interculturales con el objetivo de revalorar los conocimientos de los pueblos indígenas y generar un proceso de síntesis con los avances del conocimiento científico; fomentar la difusión de los valores propios de las comunidades, así como abrir espacios para promover la revitalización, desarrollo y consolidación de lenguas y culturas originarias. No obstante, el papel que juegan estas universidades en las comunidades es muy variado, algunas han surgido de un proceso de fraccionamiento de la red social y otras lo han provocado o acrecentado la diferenciación social y procesos dominicales existentes en las comunidades.

En 2003 se publicó la *Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas*; con ella se reconoce oficialmente a sus lenguas como “lenguas nacionales”. No obstante, son muy diversas las condiciones históricas de cada comunidad, éstas van de un bilingüismo con diglosia, donde el español es la lengua oficial-escrita que funciona como variedad alta y la lengua indígena como variedad baja, a una situación de desplazamiento acelerado con bilingüismo emblemático o identidades étnicas que intentan recuperar su lengua de un pequeño grupo de ancianos “recordantes” que ya no se pueden considerar hablantes consuetudinarios, sino con un bilingüismo simbólico.¹⁹

¹⁹Véase Fishman, 1974; Parodi, 2010 y Zimmermann, 2010.

A manera de conclusión

Por **Germán Medardo Sandoval Trigo**

Vale la pena tomar en cuenta que la colonialidad se plasma en el dominio del Saber/ Poder. Por ello, como hemos visto anteriormente, la condición de minoría de edad que fue empotrada a los indígenas se fundamentó en la fabricación del concepto de “indio” que, como Bonfil Batalla²⁰ refiere, se trata de un concepto colonial, y en este sentido implica la reducción de su ser a un no ser, de su saber a la ignorancia, de sus creencias a lo pagano, y sus culturas y civilizaciones al salvajismo o barbarismo.²¹

En este mismo orden de ideas, la proyección de la educación y de la replicación de las estructuras construidas por el colonizador a lo largo de la identidad “postcolonial” aseguró la dominación epistémica bajo el manto del lenguaje y su consecuente reproducción cultural. El lenguaje manifiesta los contenidos de las estructuras y fundamentos sociales, que a su vez contienen una fuente de saber que les habilita como fundamento de sus propias prácticas. Es importante destacar que al silenciar una lengua, también se prohíben sus prácticas y sus contenidos; por tanto, la imposición del lenguaje sobre una realidad diversa en saberes erradicó formas de expresión estética, política y jurídica, por nombrar algunas, asimismo, implementó nuevas que sin fundamento compartido por la sociedad receptora tuvo diversas consecuencias.

Por ello, el lenguaje del colonizador fue aprehendido por las instituciones (en el caso por el Derecho) y contextualmente reproducido por los actores sociales en un ambiente de hibridación y resistencia, lo que tuvo como consecuencia la aplicación de conceptos y categorías *ad hoc* dentro del derecho y otras instituciones sociales, que se desarrollaron en un proceso discrónico y separado de sus fuentes originales. Como explica Mauricio García Villegas, existe una correlación entre la eficacia simbólica, el autoritarismo del Estado y la configuración de pluralismo jurídico, es decir, a menor eficacia simbólica del discurso político o jurídico, existe inobservancia de la autoridad y de sus reglas, por lo que el Estado acude a mayor presión y violencia para hacer cumplir las instituciones (redactadas en el idioma continuado por un proceso de colonización interna),²² lo que naturalmente origina la expresión de resistencias en las prácticas desde un pluralismo legal que opone, desde otros saberes, ejercicios paralelos para la solución de conflictos y la estructura del orden social; por ejemplo las instituciones jurídicas de los pueblos originarios, también llamadas justicia indígena.

El lenguaje castellano dentro de la configuración de las instituciones es un claro ejemplo de la colonialidad en el Saber, pues desde el proyecto *independentista* se

²⁰Batalla, Bonfil, “El concepto del indio en América Latina: Una categoría de la situación colonial”, *Anales de antropología. Revista del Instituto de Investigaciones Antropológicas de la UNAM*, vol. 9, 1972. También consultable en: http://www.journals.unam.mx/index.php/antropologia/article/view/23077/pdf_647

²¹Santos, Boaventura de Sousa, *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, 2010, Trilce, Uruguay, pp. 37 y ss.

²²García Villegas, Mauricio, *Sociología y crítica del derecho*, Fontamara, 2010, México, pp. 255 a 318.

planteó y dejó de lado a todas las otras civilizaciones (sus visiones de mundo, sus ejercicios políticos y también sus derechos) que no concibieran la unidad nacional (siguiendo la moda del Estado Nación europeo), que se pretendió por el ejercicio soberano y universal de reproducción del discurso europeo. No es difícil dar cuenta de las relaciones entre Rousseau y los sentimientos de la Nación o del multicitado discurso sobre los derechos del hombre y del ciudadano en el movimiento insurgente de 1810.

Sin embargo, dicha insurgencia reprodujo la colonialidad al continuar las fuentes del Saber de aquellos de los que pretendían liberarse; este liberalismo colonial²³ replicó la intención de contener una visión de mundo situada en el grupo social que pretendía arrebatar los privilegios al colonizador y transformar el ejercicio de dominación en otro ejercicio de poder. En obviada de lo anterior, el proyecto mononacional implicó la invisibilización y desaparición simbólica de otras culturas, civilizaciones y naciones. En tanto, la afirmación del Estado independiente mexicano y su configuración jurídica no sólo mantuvo el encubrimiento y la subalternidad de otras formas de organización social, sino también de otros derechos y de saberes. Así, la continuación del colonialismo sobre las culturas indígenas dio paso a las diversas instituciones jurídicas del marco nacional, que han sido revisadas al tenor de este artículo. No es ninguna sorpresa que los ejercicios institucionales del gobierno hegemónico a lo largo del siglo pasado (e incluso en este) hayan reducido el espacio político al ejercicio ciudadano y la delimitación del marco normativo al proyecto nacional.

De tal suerte que la reproducción cultural de las instituciones del siglo pasado, fueron monopolizadas por la configuración del Estado moderno y que, a pesar de existir algunas intenciones de transformación desde dentro de las estructuras gubernamentales, los principales cambios provinieron desde la radicalización de los movimientos sociales. De ello, que el derecho a las autonomías e incluso del derecho a la consulta fueron reconocidos sólo muy recientemente por el Estado mexicano. Sin embargo, como se manifestó en la parte conducente, éste sigue teniendo la centralidad de la discusión en las consultas y la voz de las comunidades originarias en algunas ocasiones es encubierta por los intereses económicos y de grupos políticos.

De lo anterior, es importante dar cuenta que el ejercicio de los derechos indígenas sigue siendo invisibilizado por el Estado cuando se confronta ante las dimensiones de los programas de desarrollo municipal, local y federal, pues la concepción nacional teleológicamente determina que las políticas y planes de desarrollo están encaminados al progreso social, e inclusive se justifica de manera utilitaria que para alcanzar el “progreso” es necesario realizar *algunos sacrificios*. Por tanto, vale la pena apuntar algunos temas sobre los retos de estas instituciones en el marco del siglo XXI y la crisis institucional que afecta a toda la región:

²³Galván Guerrero *et al.* (coords.) “La constitución de 1917 y el liberalismo colonial”, en *100 años de la Constitución mexicana: de las garantías individuales a los derechos humanos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México. 2015, pp. 95-118.

1) Que el proceso de consulta no sea monocultural, es decir, que se parta de un diálogo intercultural²⁴ con base en el respeto y límites de cada racionalidad, pues de otra manera se regresaría a la ruta vertical entre saber e ignorancia definida previamente por el marco colonial. En este mismo sentido, que el diálogo sea pleno, a efecto de evitar el monodiscurso de las propuestas gubernamentales-empresariales que usan la retórica de desarrollo y progreso con finalidades de explotación y lucro, por tanto, la participación social y sus derechos deben ser fortalecidos a fin de que el diálogo sea entre iguales.

2) Que el estado de derecho nacional e internacional sea suficiente para evitar la desaparición forzada, la tortura, el secuestro, chantaje, hostigamiento y represión policial que hoy en día sufren comunidades enteras, grupos y líderes activistas que son víctimas de la vulneración de sus derechos humanos e indígenas.

3) Que la empresa y los grupos transnacionales sean vigilados y limitados en la forma de vinculación con las comunidades originarias, a efecto de evitar amenazas y manipulaciones de los procesos internos. Asimismo, que la relación entre megaproyectos, grupos políticos y empresariado sea vigilada por instancias nacionales e internacionales, a efecto de evitar la colusión de intereses económicos para el putativo desarrollo de políticas públicas, que únicamente benefician al sector privado.

3) Que existan acciones directas en contra de los actores empresariales y funcionarios de gobierno que se demuestre su participación y lucro a través de normatividades vinculantes del orden federal y local.

4) Que en los contratos de inversión o desarrollo de servicios entre el Estado y transnacionales (o empresas locales) existan cláusulas sobre la responsabilidad civil y penal de servidores públicos como de agentes privados que violen el derecho a la consulta, los derechos humanos, el medio ambiente y derechos indígenas.

Finalmente, cabe decir que el derecho de consulta no basta para el ejercicio de la reivindicación social, cultural y epistémica de los pueblos originarios, sino que es necesario establecer una red de acción académica, política y de militancia social que facilite la integración de otros saberes en la concepción pluricultural y quizás plurinacional de nuestro país. El proceso de descolonización debe partir de un ejercicio de prácticas descolonizadoras, mismas que atraviesan nuestro país en prácticas y saberes que, aunque no gozan del prestigio europeo, continúan siendo saberes que nos invitan a des-aprehender y a reconstruir nuestra realidad en otros horizontes desde el contexto del siglo XXI.

²⁴Santos, Boaventura De Sousa, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, Desclée de Brower, Colección Palimpsesto, Bilbao, España, 2000, pp. 389 y ss.

Bioética y derecho a la salud

Nota introductoria: interacciones
entre la Bioética y el derecho a la salud

La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. La génesis de esta contribución radica en la exploración del vínculo existente entre las diversas disciplinas, las cuales convergen en el abordaje de los dilemas de reflexión Bioética. Existe un acercamiento de estas reflexiones con el derecho a la salud,¹ este último concebido como un derecho humano fundamental a la protección y acceso a la atención de la salud.² Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la

¹Diversas corrientes avanzan la noción de que la salud, como tal, no puede ser garantizada, pero sí la efectiva protección y atención a la salud; por tanto, el contenido del derecho a la salud es la óptima prestación y acceso a los servicios de atención a la salud. A lo largo de este texto se desarrolla el derecho a la salud entendido de esa manera, como la óptima atención al acceso y prestación de servicios de atención a la salud. Una discusión relevante de la salud como derecho se encuentra en el análisis elaborado dentro de la Encuesta Nacional de Salud elaborada por la UNAM, en específico en su primer apartado, véase: López Cervantes, Malaquías (coord.), *Una reflexión crítica sobre la salud de los mexicanos. Encuesta Nacional de Salud. Colección Los mexicanos vistos por sí mismos. Los grandes temas nacionales*, México, UNAM, 2015, pp. 29-39.

²Esta idea no es propia y ha sido avanzada en nuestro contexto latinoamericano por diversos autores y autoras pioneras en el área, en este sentido, véase: Muñoz de Alba Medrano, Marcia y Cano Valle, Fernando, *Derechos de las personas con síndrome de inmunodeficiencia adquirida SIDA-VIII*, Colección Nuestros derechos, México, Cámara de Diputados, LVII Legislatura, UNAM, 2000. En el espectro anglosajón, el vínculo entre la Bioética y el derecho a la salud como un derecho humano fundamental ha sido ampliamente abordada en: Annas, George J, *American Bioethics: Crossing Human Rights and Health Law Boundaries*, Nueva York, Oxford University Press, 2005.

Sumario

Nota introductoria: interacciones entre la Bioética y el derecho a la salud	253
Juridificación de la Bioética, puente dialógico hacia el derecho a la salud	257
Justiciabilidad del derecho a la salud	261
Casos relevantes: México	263
Casos relevantes: Corte Interamericana de Derechos Humanos.	268
Reflexiones finales: ¿progresividad?	271
Bibliografía	273

aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos.³ Por su parte, la OMS dentro del preámbulo de su Constitución adoptada en 1948 establece el concepto de *salud* como: “El estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de infecciones o enfermedades”.⁴

Un aspecto fundamental para esta reflexión es la idea de que toda violación a un derecho humano tendrá afectación en la salud humana, y correlativamente todo atentado en contra de la salud será necesariamente un quebrantamiento de un derecho humano.⁵ Asimismo, se parte de la idea de que el derecho de protección a la salud, enmarca su contenido en los derechos sociales, explicado y definidos por Alfonso Noriega como: “aquellos derechos en virtud de los cuales el titular puede exigir un determinado comportamiento —o bien una prestación— por parte del Estado, que asume una actitud activa y debe intervenir a favor del titular, al servicio de los intereses sociales, del bien general”.⁶ Por tanto, los argumentos que aquí se vierten también son dirigidos a analizar la manera en cómo se ha avanzado en la garantía del derecho de atención a la salud como un derecho social vinculado a la protección de un derecho humano fundamental.⁷ Lo anterior sugiere que no basta la adecuada atención médica, sino que se deben establecer valores a observar en situaciones extremas en que una mera subsunción no resuelve el conflicto que se puede dar entre sistema de salud y paciente en la garantía de este derecho humano.⁸

Es el binomio transversal de la Bioética y el derecho a la salud el que constituye el abordaje de los diversos dilemas éticos y jurídicos que se han planteado en las cortes, mayormente litigados y representados por la carencia de acceso y atención de la salud; análisis con prospectiva convencional en materia de derechos humanos. En México, la reforma constitucional de 2011,⁹ no sólo confirma la garantía de protección de los derechos humanos ya establecidos en la Constitución, sino que expresamente

³Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, “El derecho al disfrute al más alto nivel posible de salud”, Observación General núm.14, párrafo primero.

⁴Organización Mundial de la Salud (OMS), “Preguntas más frecuentes”, disponible en <http://www.who.int/suggestions/faq/es/>.

⁵Aquí seguimos el razonamiento de Jonathan Mann en: “Health and Human Rights”, *BMJ: British Medical Journal*, 1996, vol. 312, no. 7036, pp. 924-25.

⁶Noriega, Alfonso, *Los derechos sociales; creación de la Revolución de 1910 y la Constitución de 1917*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1988, p. 76.

⁷Una reflexión sobre la exigibilidad judicial al Estado del derecho a la salud como un derecho social, puede ser revisada en: Pahuamba, Rosas, Baltazar, *El derecho a la protección de la salud*, México, Novum, 2014.

⁸Aunque el examen que se hace en este artículo es distinto al que se hizo desde una perspectiva de la teoría de los derechos económico-sociales en el comentario de sentencias relevantes en materia de Derecho a la Salud en nuestro país, en: Medina Arellano, María de Jesús, “Comentario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Derecho de acceso a la salud: Atención y tratamiento médico de pacientes portadores de VIH, amparo en revisión 378/2014 y Comisión Interinstitucional del Cuadro Básico y Catálogo de Insumos del Sector Salud y otras autoridades, amparo en revisión 350/2014”, en *Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Derecho a la Salud*, México, SCJN-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2016, pp. 119-147.

⁹Decreto por el que se modifica la denominación del capítulo I del Título I y reforma de diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Diario Oficial de la Federación*, 2011, disponible en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10%2F06%2F2011.

incorpora a todos aquellos consagrados y reconocidos en las declaraciones y tratados internacionales celebrados por nuestro Estado.¹⁰ Esta reforma ha implicado que la defensa, protección y promoción de los derechos humanos no sólo debe ser garantizada por instituciones jurisdiccionales, sino también por todas las autoridades en cualquier nivel y esfera.¹¹ La incorporación a nuestra Constitución de los derechos humanos reconocidos en la esfera internacional ha implicado cambios en los procesos educativos y curriculares, adoptando como eje transversal de la enseñanza-aprendizaje, el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos, los principios que los integran y se postulan.¹²

Otro punto de encuentro entre la Bioética y el Derecho a la Salud radica en los dilemas representados por el avance en la biomedicina, por un lado, tenemos el derecho constitucional a beneficiarnos del avance del conocimiento científico y por otro al acceso al nivel más óptimo de atención a la salud.¹³ En ciertos momentos, estos derechos pueden generar conflictos cuando se trata de avances científicos que representan problemas éticos para la pluralidad de la sociedad, por un lado, pero también constituyen una esperanza de mejores tratamientos y calidad de vida, por lo tanto, de salud, de aquellas personas que al sufrir enfermedades hasta hoy incurables.¹⁴ Es aquí donde las reflexiones en Bioética desempeñan un papel relevante en la identificación de dilemas generados por el avance de la biotecnología aplicada a la medicina.¹⁵ En los

¹⁰Referente esencial para entender estas reformas lo encontramos en: Pedro Salazar Ugarte, José Luis Caballero Ochoa y Luis Daniel Vázquez, *La reforma constitucional sobre Derechos Humanos: una guía conceptual*, México, Instituto Belisario Domínguez: Senado de la República, LXII Legislatura, 2014. En el contexto internacional se ha discutido la incorporación de los derechos humanos en los documentos básicos de los países desde 1789 en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, misma que fue elaborada sobre la base de varias declaraciones de estados norteamericanos que fueron formuladas entre 1776 y 1783; para 1793 en la Declaración Francesa se determinó que los derechos humanos tenían que poner límite a las facultades del Poder Legislativo. Posteriormente, los principios de dichas declaraciones pasaron a ser parte de los capítulos más importantes de las constituciones estatales con el nombre de garantías constitucionales. Décadas posteriores, la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas aprobó el 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos con los principios que deben ser reconocidos por la nueva comunidad internacional.

¹¹Un artículo que nos permite ubicar dentro de nuestro sistema jurídico nacional las reformas constitucionales en materia de Derechos Humanos: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el Juez Mexicano”, en Carbonell, Miguel, y Salazar, Pedro, *Derechos humanos: un nuevo modelo constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011, pp. 339-429.

¹²Es fundamental tener en cuenta en la formación jurídica de todo abogado la asignatura de Derechos Humanos, ya que nuestra máxima ley tuvo dos grandes reformas en ese sentido —una de las consecuencias fue el génesis de la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación— las modificaciones constitucionales publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2011, respecto al juicio de amparo, y la del 10 de junio de 2011, cambiando la denominación al Título Primero de la Constitución de 1917 de las Garantías Individuales por el de Derechos Humanos y sus Garantías, con las respectivas transformaciones que inciden en la forma de concebir, interpretar y aplicar tales derechos en México (sin olvidar los principios de interpretación jurídica previstos en los numerales 1° y 14 constitucionales).

¹³El uso de nuevas tecnologías y su aplicación biomédica pone de manifiesto tensiones éticas, morales y legales respecto del valor de la vida, inicio de la misma e investigación para el avance de la medicina regenerativa, véase: King-Tak, IP (ed.), *The bioethics of regenerative medicine*, Hong Kong, Springer Science & Business Media, 2008.

¹⁴Véase: Cano, Fernando, Ramírez, María de Lourdes y Del Castillo Z. Horacio A (coords.), *Bioética y derechos humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1992.

¹⁵Véase: Sánchez Gómez, Narciso, *Derechos humanos, Bioética y Biotecnología: un enfoque interdisciplinario*, México, Porrúa, 2009.

siguientes apartados se llevará a cabo la reflexión respecto de las discusiones y problemáticas abordadas en casos relevantes para la Bioética y el derecho a la atención de la salud en el marco convencional de protección a los derechos humanos, delimitando el análisis al sistema interamericano de salvaguarda a los mismos.¹⁶

La Bioética es una disciplina interdisciplinaria que va mucho más allá de la ética médica y toca a la propia filosofía de los derechos humanos.¹⁷ Los dilemas que aborda en el ámbito de la salud oscilan entre: autonomía sexual y reproductiva, aborto, violencia obstétrica, control de natalidad, investigación con células troncales embrionarias —pluripotenciales— para el desarrollo de terapias genéticas, donación de gametos y embriones, edición genética,¹⁸ muerte digna y asistida, trasplante de órganos, estatus moral de los animales, ética ambiental, equidad y justicia en el acceso a los avances biomédicos; estos tópicos, entre otros, han obligado a juridificar la Bioética.¹⁹ La juridificación de la Bioética se ve representada y enlazada en la lucha por los derechos de la salud en el espacio judicial, lo que en épocas recientes se ha conceptualizado como la judicialización del derecho a la salud.²⁰ Un ejemplo de lo anterior podría ser la investigación clínica, las patentes en ciencia básica respecto de nuevas terapias derivadas de material biológico²¹ y la aplicación terapéutica de las células troncales para reparar tejidos y regenerar células, como es el trasplante de células troncales hematopoyéticas para el tratamiento de cáncer en la sangre, como lo es la leucemia;²² por ello,

¹⁶Otras discusiones sobre la intersección entre el Derecho y la Bioética pueden ser revisadas en: Medina Arellano, María de Jesús, “Bioética y Bioderecho”, en *Ensayos sobre Ética de la Salud, Aspectos Sociales*, Álvarez Díaz, Jorge Alberto y López Moreno, Sergio (coord.), México, UAM-Xochimilco, 2015, pp. 167-188.

¹⁷Véase: Tealdi, Juan Carlos, *Bioética de los derechos humanos. Investigaciones biomédicas y dignidad humana*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2008.

¹⁸Ante el gran crecimiento de la sociedad mexicana sería sustentable plantear alternativas de desarrollo en el ámbito social, económico, educativo y científico respecto a la biotecnología. Recordar la secuenciación del ácido desoxirribonucleico (ADN) contenido en nuestros genes impone retos para los derechos humanos, aunque la UNESCO ha declarado al genoma humano como patrimonio biológico de la humanidad, por tanto, se prohíbe su uso comercial o con fines de apropiación; se argumenta que la aplicación responsable de la biotecnología a la producción de „ para facilitar la solución de problemas importantes en sectores como el de la salud, el agropecuario, el industrial y el del medio ambiente (se pueden analizar los programas gubernamentales del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología en México, CONACYT), véase: Bolívar Zapata, Francisco Gonzalo (coord.), *Por un uso responsable de los organismos genéticamente modificados*, México, Academia Mexicana de Ciencias, 2011.

¹⁹Véase: Vázquez, Rodolfo, *Bioética y derecho: fundamentos y problemas actuales*, Colección Derecho, Salud y Bioética, México, Fontamara, 2a. ed., 2012.

²⁰Véase: Charvel, Sofía y García Sarubbi, David, *Derecho y salud pública, un análisis de la legislación comparada*, México, Fontamara, 2013.

²¹Se han llevado varios casos a la corte estadounidense respecto de los problemas de acceso a la atención a la salud relacionada con la falta de acceso a nuevas terapias, tratamientos e inclusive vacunas derivadas de investigación realizada con material biológico propio de familiares, tenemos casos famosos como el caso “Moore vs. Regents of the University of California” (1991) y más recientemente el de las células HeLa (2013) en relación con el acceso a tratamientos de cáncer cervicouterino, una discusión detallada de éstos y otros casos la encontramos en: Koepsell, David, *Who owns you. The corporate gold-rush to patent your genes*, Malden, Ma, Estados Unidos de Norteamérica, Wiley-Blackwell, 2009; Callaway, Ewen, “Deal done over HeLa cell line”, *Nature*, vol. 500, núm. 7461, 2013, pp. 132-133.

²²Un debate que se ha dado y que excedería por mucho la delimitación de este trabajo, son las células troncales pluripotenciales, que se encuentran en etapas tempranas de la formación embrionaria —cigoto y blastocito—. Incluso, se pueden expresar otros elementos a favor de esta postura, como los siguientes: entre los nuevos desafíos que se le plantean al Derecho Civil en torno a la persona, paradójicamente, resurge la “teoría de la viabilidad”. Según esa postura doctrinal, el ser humano es per-

los Estados y los recursos que se dirijan para la cooperación internacional deben ser ocupados, entre otros aspectos, para la educación, en que los beneficios que genere sean para toda la sociedad,²³ con una visión laica, que implica en este caso la diversidad de visiones éticas en el espectro de investigación y atención en salud.²⁴ Los avances en biomedicina plantean diversos retos, puesto que debido a las tecnologías emergentes se produce mayor alimento a menor costo (por ejemplo, organismos genéticamente modificados [OGM]); sin embargo, quienes se oponen a estas tecnologías fundamentan sus posturas en el grave daño a la salud que podría representar el consumo de estos alimentos.²⁵

Juridificación de la Bioética, puente dialógico hacia el derecho a la salud

En México es nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos quien en su artículo 4º párrafo cuarto establece que: “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución”, derivado de la anterior disposición, actualmente existe un debate para definir si ¿tenemos un derecho a estar sanos? y ¿qué implicaría estar sanos? El objeto de esta sección no será dar respuesta a tales cuestionamientos, sino por el contrario determinar qué factores han influido para la promoción de acciones judiciales en materia de atención a la salud. Ante la acción de tales mecanismos jurídicos constitucionales es como ha surgido el concepto de “judicialización del derecho a la salud”,²⁶ una definición que hace alusión a las demandas de amparo que el ciudadano presenta ante la autoridad federal (o, en su caso, local) para reclamar el acceso a servicios de salud, argumentado en algunos casos la ineficiencia en el desempeño de los presentadores del sistema de salud mexicano, dicha ineficiencia ha dejado —en diver-

sona si durante el nacimiento tiene la capacidad de sobrevivir; misma posición que se puede ocupar en el aborto debido a malformaciones o defectos genéticos, así como a los desarrollos biotecnológicos de manipulación del embrión humano. Un caso que debe recordarse es el sentado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el fallo *Roe vs. Wade* de 1973, ésta y otras sentencias relevantes de la Corte estadounidense en materia de Bioética vinculadas al Derecho a Salud pueden examinarse en: Poland, Susan, “Landmark legal cases in bioethics”. *Kennedy Institute of Ethics Journal*, vol. 7, núm. 2, 1997, 191-209.

²³Las legislaciones que contemplan los lineamientos en las líneas de políticas públicas a nivel nacional en cuanto a la ciencia y tecnología son: Ley de Ciencia y Tecnología publicada en el *DOF* el 5 de junio de 2002, así como la Ley Orgánica del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, de la misma fecha.

²⁴Medina Arellano, María de Jesús, “Derecho al conocimiento científico y tecnológico”, en María Dolores Cossio Rivera y José Miguel Madero Estrada (coords.), *Diccionario de la Constitución Política de Nayarit*, Universidad Autónoma de Nayarit, 2013, p. 162.

²⁵Véase Malcom, Alan DB, “Health risks of genetically modified foods”, *The Lancet*, 1999, vol. 354, núm. 9172, pp. 69-70.

²⁶Para una visión profunda del fenómeno de la judicialización de la salud en México, véase: Daniels, Norman, *et al.*, “Role of the Courts in the Progressive Realization of the Right to Health: Between the Threat and the Promise of Judicialization in Mexico”, en *Health Systems & Reform*, 2015. También véase: Hauschild, Luciano, “Judicialización de las políticas públicas en el área de la salud”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 27, 2011.

sas ocasiones— desprotegido a un sector importante de la población, principalmente a personas de escasos recursos, convirtiendo a estas personas en sujetos vulnerables, que se encuentran en una situación de desventaja evidente al no tener grandes posibilidades de acceso a la medicina en el ámbito privado.²⁷

El derecho internacional de los derechos humanos ha evolucionado de sobremodera, y se han creado y perfeccionado otros compromisos internacionales, así como los sistemas regionales de derechos humanos, para que los Estados de la comunidad internacional queden plena y estrictamente ligados con toda la fuerza de un compromiso formal y concreto.²⁸ Así, los instrumentos legales en el ámbito de la Bioética y derecho a la salud han evolucionado desde la creación del Código de Núremberg (1947), a raíz de los juicios derivados de la experimentación biomédica durante el holocausto, a la adopción de la Declaración de Helsinki (OMS, 1964).²⁹ Ahora que se habla del bloque de constitucionalidad en el derecho nacional, con base en el precepto 1° de la constitución federal,³⁰ se ubicarán los instrumentos normativos internacionales a nivel multilateral como: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (1986); la Convención Europea sobre Derechos Humanos de 1950 y la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, entre otras. De éstas se desprenden el Sistema Europeo e Interamericano de los Derechos Humanos.³¹ Relevantes para nuestras reflexiones con prospectiva convencional son las declaraciones de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, Declaración sobre la Ciencia y el Uso del Saber Científico (1999), Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos (2003) Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (2005).³²

²⁷Una propuesta de revisión al sistema de salud mexicano puede encontrarse en: Charvel, Sofia, “Law and Health in Mexico: Proposals for an Effective Relationship”, *Gaceta médica de México*, vol. 145, núm. 5, 2008, pp. 447-451.

²⁸Es el compromiso asumido por nuestra Carta Magna en materia de Derechos Humanos, no manifiesta ni trata de expresar los diálogos interculturales para facilitar las relaciones de poder en los diferentes ámbitos nacionales; así como se expresa en nuestro sistema jurídico, no se trata únicamente de positivizarlos, sino de crear una efectiva garantía de los mismos. Una revisión crítica de la potivización de los Derechos Humanos en temas de Bioética y salud la encontramos en: Ruiz de la Cuesta, Antonio (coord.), *Bioética y derechos humanos: Implicaciones sociales y jurídicas*, España, Universidad de Sevilla, 2005.

²⁹Un análisis extenso de los instrumentos legales internacionales y casos relevantes en Bioética y Derecho a la Salud en el Sistema Europeo de los Derechos Humanos se encuentra en: Plomer, Aurora, *The Law and Ethics of Medical Research: International Bioethics and Human Rights*, Cavendish, Londres, 2005.

³⁰Por su parte, la estructura del Programa Nacional de Derechos Humanos 2008-2012 señaló: para fortalecer la perspectiva de derechos humanos en la elaboración de políticas públicas de la administración pública federal; fortalecer los mecanismos jurídicos y administrativos para la defensa de los derechos humanos; consolidar una cultura de respeto de los mismos. Aunque lo anterior resulta muy claro, no debe descuidarse en ningún momento su operatividad, seguimiento y evaluación.

³¹El Consejo de Europa ha adoptado instrumentos jurídicos que abordan directamente el área de la Bioética y Biomedicina, por ejemplo, el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina “Convención de Oviedo” (1997), en el sistema europeo de derechos humanos tenemos mayor abordaje de este binomio transversal, para revisión alrededor de la evolución del Derecho a la Salud en el Sistema Europeo véase: Hervey, Tamara, K., y McHale, Jane V., *Health Law and the European Union*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2004.

³²Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), “Instrumentos normativos”, disponible en www.portal.unesco.org

¿Acaso no se pueden mestizar las relaciones de Derechos Humanos entre varios Estados de este planeta? Desde luego que consideramos que sí y, entonces, es posible que los avances científicos y tecnológicos puedan beneficiar a varios sectores de la humanidad. Una propuesta es organizar por las instituciones y organizaciones de ciudadanos contra hegemónicos diálogos transculturales con el norte de nuestro mundo, sobre diferentes preocupaciones mundiales y comprender que ninguna cultura está completa.

Se puede salir de los falsos universalismos y organizar una constelación con significados locales y con relaciones mutuas a nivel nacional e internacional, que las normas jurídicas sean referencias de repartición de poder, no de mera imposición de modelos. Superar la concepción occidental de derechos y deberes desde un punto de vista mecanicista y sin aportar mayor razonamiento, en lugar de contribuir a soluciones de desarrollo translocales. Sin perder, desde luego, el respeto a los derechos de seguridad jurídica y de legalidad tan necesarios en un sistema democrático.

Por lo tanto, se debe hablar del derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones sin dejar de centrarse en que éstos deberán hacerse atendiendo a los principios en Bioética que promuevan el avance y acceso del progreso científico y sus aplicaciones, sin discriminación y con la participación y contribución a la actividad científica.³³ De igual forma, las comunidades podrían participar en la adopción de decisiones y el derecho conexo a la información, partiendo de comunicación deliberativa. Es indispensable un debate profuso para adoptar un enfoque de la innovación y la difusión para que el conocimiento se haga un bien público.³⁴

Antes de hilar la Bioética como disciplina y nivel de conocimiento filosófico y el derecho humano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha tenido que introducir una serie de aportaciones que tienden a redondear el —todavía— incipiente derecho fundamental a la salud en el Estado mexicano. El derecho en mención impone deberes jurídicos positivos a cargo del legislador, que debe generar un sistema que coordine a la federación y a los estados para que brinden servicios de salud, que suministre medicamentos básicos y el tratamiento de enfermedades en beneficio de toda persona que esté en el territorio nacional, sin ningún tipo de discriminación.³⁵

Una vez que se ha precisado lo anterior dentro del sistema jurídico mexicano, la Bioética y su inclusión en el campo de la salud no deben incluirse sin una adecuada base de pensamientos, partir de una concepción de la dignidad como una construcción social, sin caer en arbitrariedades, un ejemplo de dignidad social es el acceso a los servicios de salud, debatir la jurisdicción de principios para ver cuál principio es el mejor, no es solucionar en abstracto problemas específicos de la Bioética, no es encomendarse a conceptos abstractos sin especificación ni justificación. Un ejemplo de lo

³³Véase: Vázquez, Rodolfo, *Del aborto a la clonación. Principios de una Bioética Liberal*, México, colección Ciencia, Tecnología y Sociedad, Fontamara, 2004.

³⁴ Véase <http://www.ohchr.org/SP/Issues/CulturalRights/Pages/benefitfromscientificprogress.aspx>

³⁵Silva Meza, Juan N. y Fernando Silva García, *Derechos fundamentales*, México, Porrúa, 2013, pp. 498-500.

que no es abstracto, es el debate sobre las medicinas que pueden aumentar o disminuir el bienestar la salud humana (hacer una consideración razonable de los hechos).³⁶

El esquema que se desglosa a continuación es un excelente ejemplo de la dignidad ubicada en casos concretos:

La Ley General de Salud, reglamentaria del precepto 4° constitucional, precisa que los servicios de salud, según los prestadores de los mismos, quedarán clasificados de la siguiente forma:

- a) Servicios públicos a la población general, que se prestan en establecimientos públicos de salud a los residentes del país, con criterios de universalidad y de gratuidad, en que las cuotas de recuperación se fundarán en principios de solidaridad social y guardarán relación con los ingresos de los usuarios, debiéndose eximir del cobro cuando éstos carezcan de recursos para cubrirlas;
- b) Servicios a derechohabientes de instituciones públicas de seguridad social, que son los prestados a las personas que hayan cotizado conforme a sus leyes, así como los que con sus propios recursos o por encargo del Ejecutivo Federal se presten por tales instituciones a otros grupos de usuarios;
- c) Servicios sociales y privados, los primeros se prestan por los grupos y organizaciones sociales a sus miembros y beneficiarios de los mismos, directamente o mediante la contratación de seguros individuales, colectivos y privados, los que se prestan por personas físicas o morales en las condiciones que convengan con los usuarios, sujetos a las leyes civiles y mercantiles, los cuales pueden ser contratados directamente por los usuarios o a través de sistemas de seguros individuales o colectivos y,
- d) Otros que se presten de conformidad con la autoridad sanitaria, como lo son aquellos que conforman el Sistema de Protección Social en Salud, previsto para las personas que no sean derechohabientes de las instituciones de seguridad social o no cuenten con algún otro mecanismo de previsión social en salud, que será financiado de manera solidaria por la Federación, los estados, la Ciudad de México y los propios beneficiarios mediante cuotas familiares que se determinarán atendiendo a las condiciones socioeconómicas de cada familia, sin que el nivel de ingreso o la carencia de éste sea limitante para acceder a dicho sistema.

Asimismo, la protección de la salud se traduce en la obligación del Estado de establecer los mecanismos necesarios para que todas las personas tengan acceso a los servicios sanitarios y que en virtud de que éstos son una responsabilidad que comparten el Estado, la sociedad y los interesados, el financiamiento de los respectivos servicios no corre a cargo del Estado exclusivamente, pues incluso se prevé el establecimiento de cuotas de recuperación a cargo de los usuarios de los servicios públicos de

³⁶Hall, Robert, “Dignidad y transhumanismo”, en Ricardo Tapia y Rodolfo Vázquez (comps.), *Logros y retos de la Bioética*, México, colección Derecho, Salud y Bioética, Fontamara, 2014, núm. 8, pp. 199-206.

salud y del sistema de protección social en salud, que se determinan considerando el costo de los servicios y las condiciones socioeconómicas de los usuarios, eximiéndose de su cobro a aquellos que carezcan de recursos para cubrirlas, de ahí que la salud sea una responsabilidad que comparten indisolublemente el Estado, la sociedad y los interesados, con base en criterios de capacidad contributiva y redistribución del ingreso.³⁷

Del mismo modo, en México, la Ley General de Salud en el artículo 41 Bis y numeral 98 se establece la creación de la Comisión Nacional de Bioética. En estos preceptos se establece la obligatoriedad de contar con Comités de Ética de Investigación y Comités Hospitalarios de Bioética en todas las unidades de investigación y atención clínica en materia de salud.³⁸

En los Comités de Bioética se piensan los problemas a manera de debate interdisciplinario con los profesionales de salud que poseen el conocimiento técnico especializado, con juristas, con trabajadores sociales, con expertos en ética; sin que se soslaye que en la Bioética se ven los problemas de los afectados en sus contextos y que sus intereses serán el detonante para pensar la acción a realizar; se debe pensar a manera de diálogo de forma distinta. Los mismos son proactivos, en el que, manejarán un diálogo para atender con bases sólidas los posibles conflictos antes de que se presenten, se anticipan para pensar mejor los elementos de pensamiento para resolver conflictos. En vista de lo anterior erradican prácticas, elaboran guías, leyes, programas; recomiendan políticas generales en caso de que se den colisión de derechos; ponderan principios.³⁹

Justiciabilidad del derecho a la salud

Como se ha mencionado en líneas anteriores, es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en donde se encuentra garantizada la protección de la salud, señalado en su artículo 4º constitucional. Infortunadamente, las últimas acciones judiciales a través de amparos han evidenciado que este derecho fundamental ha sido carente para algunos sectores de la población, lo cual se ve reflejado en los casos que recientemente se han judicializado.

Un factor que ha estimulado el surgimiento de acciones judiciales es el tema de las negligencias médicas, motivo por el cual se convierte en vigente y seminal el análisis de las posibles consecuencias de la judicialización del derecho a la salud en México, sus efectos en el corto y largo plazo, así como las ventajas y desventajas que pueden surgir de tal fenómeno, pero primordialmente la incógnita sobre si estas decisiones judiciales están generando políticas públicas y si es una función que deba co-

³⁷Esos conceptos y precisiones se pueden desprender de: Tesis: P/J. 136/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXVIII, octubre de 2008, p. 61.

³⁸Véase: Guía Nacional para la integración y el funcionamiento de los Comités Hospitalarios de Bioética y la Guía Nacional para la integración y el funcionamiento de los Comités de Ética en Investigación.

³⁹Véase: Román Maestre, Begoña, “Los Comités Nacionales de Bioética: tomándoselos en serio”, en *La Bioética en el Jurisprudencia*, Buenos Aires, fascículo n. 11, 11 de diciembre de 2013, disponible en <http://www.aabioetica.org/reflexiones/revis1.pdf>, pp. 45-51.

responder a los jueces.⁴⁰ La finalidad de la judicialización es la salvaguarda de un derecho que ha sido vulnerado, las resoluciones emanadas de los actos judiciales contribuyen a tomar medidas necesarias para que el derecho protección a la salud se vea mermado⁴¹ Esto nos lleva a discutir acerca de si será más efectivo exigir el derecho a la salud a través de la vía judicial o a través de las políticas públicas, ¿Mediante la judicialización será más efectivo el acceso a los servicios médicos? ¿El Poder Judicial (federal o local) está preparado para evaluar el impacto de sus resoluciones sobre la estructura del Estado? Podemos comenzar por mencionar que la judicialización del derecho a la salud para tener acceso a la atención mediante servicios médicos implica dejar a razón de los jueces cuestiones de política pública o controversias en cuestión de atención a la salud, siempre buscando proteger al individuo.⁴²

Se puede entender que la judicialización viene de la república, no de la democracia, ya que las decisiones que se toman en el tribunal se pueden atribuir únicamente a los jueces. Debido que la república pertenece al pueblo, pero no a cualquier pueblo, sino a una sociedad organizada, que se funda del legítimo consenso y sobre la utilidad de la mayoría.⁴³ El aparato judicial, en algunas ocasiones, tiene como finalidad el de ser un órgano de control hacia el ejercicio tres poderes del Estado, dando una justicia constitucional, basándose de los derechos fundamentales establecidos en el pacto federal *Carta Magna*, que están ahí reconocidos. Dándose un mayor protagonismo a los tribunales en la producción de normas, con la mera intención de provocar cambios en las políticas públicas, la legislación, la jurisprudencia.⁴⁴ La expresión fue acuñada en los Estados Unidos de América, que se referían al activismo judicial —*judicial activism*—, en la cual los jueces y tribunales hacen uso de la interpretación expansiva y protectora, encauzada para la ampliación del ejercicio correcto de los derechos y garantías constitucionales, orientada a lograr cambios en las políticas públicas.

En México se ha dado un alto índice de demandas de amparos en los últimos cuatro años, por las cuales se reclama el efectivo cumplimiento de este derecho por la vía

⁴⁰Otro factor a considerar es la alta fragmentación en materia de salud no sólo en materia de legislación, sino en la prestación de estos servicios, puesto que en México se cuenta con un sistema de salud que está dividido en tres sectores, el que presta servicios a la “población abierta” que está comprendido por Secretaría de Salud (SSA), y los descentralizados Servicios Estatales de Salud (SESA), el de seguro social laboral público que están a cargo del Estado, el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), Petróleos Mexicanos (PEMEX), Secretaría de la Defensa (SEDENA), Secretaría de Marina (SEMAR), Y el otro sector privado, que lo comprenden las empresas aseguradoras, y quienes recurren a ellas son la población con capacidad de pagar un servicio privado. El análisis crítico de la fragmentación del sistema de salud en nuestro país va más allá de los propósitos de esta contribución, por tanto, estará pendiente para un seguimiento derivado de esta reflexión.

⁴¹Véase: Farrera Bravo, Gonzalo, “La judicialización de la política: El caso de México en perspectiva comparada”, 2012, en *Revista IUS*, vol. 6, núm. 30, pp. 172-203.

⁴²Para una revisión de diversos casos llevados al ámbito judicial en la búsqueda del acceso a la protección del derecho a la salud, véase: Yamin, Alicia y Gloppen, Siri (coords.), *La lucha por los derechos de la salud ¿puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, colección Derecho y Política, Argentina, Siglo XXI Editores, 2013.

⁴³Véase: Rodríguez Garavito, César, “La judicialización de la salud. Síntomas, diagnósticos y prescripciones”, en *La salud en Colombia. Logros, retos y recomendaciones*. Bogotá, Universidad de los Andes, 2011.

⁴⁴*Idem*.

judicial, para hacer exigible el derecho a la salud.⁴⁵ A continuación se revisan sentencias relevantes aplicables a la reflexión en el sistema jurídico mexicano.

Casos relevantes: México

Amparo en revisión 350/2014

Una sentencia que tuvo gran impacto en materia de salud fue el amparo en revisión 350/2014⁴⁶ el cual fue resuelto el 17 de septiembre de 2014 y que tiene como eje central las enfermedades huérfanas o raras, que son aquellas que afectan a un pequeño porcentaje de la población, ya sea que no cuentan con tratamientos adecuados o cuando la severidad de la enfermedad sea extrema;⁴⁷ por tanto, tienen una incidencia mínima. Su definición legal se encuentra en la Ley General de Salud, en su artículo 224 Bis, el cual establece que los medicamentos huérfanos son aquellos que estén destinados a la prevención, diagnóstico o tratamiento de enfermedades raras, las cuales tienen una prevalencia de no más de cinco personas por cada 10,000 habitantes. En México se estima que alrededor de seis millones de individuos padecen alguna enfermedad poco frecuente, o huérfana y que sólo 300 de las 7,000 enfermedades de este tipo tienen tratamiento, y la inversión en la búsqueda de curas es sumamente baja. Por tanto, las personas que sufren enfermedades raras se encuentran en total estado de indefensión.⁴⁸

En México existen diversos organismos no gubernamentales que coadyuvan en la difusión y generación de conciencia social y sensibilidad política respecto de las emergentes enfermedades huérfanas. Entre estas instituciones encontramos a la Federación Mexicana de Enfermedades (FEMEXER)⁴⁹ la Organización Mexicana de Enfermedades Raras (OMER),⁵⁰ en el ámbito internacional está la National Organization for Rare Disorders (NORD).⁵¹ De entre las enfermedades raras que podemos encontrar hoy en día en nuestra población, podemos identificar las siguientes: mieloma, fibrosis quística,

⁴⁵En este apartado para el estudio de los casos relevantes en materia de salud y su enlace con la reflexión bioética se ha seguido la metodología de Pedro Federico Hooft, misma que se encuentra en la obra: *Bioética, derecho y ciudadanía. Casos bioéticos en la Jurisprudencia*, Bogotá, Colombia, Temis, 2005.

⁴⁶Este amparo fue el primero de los 14 recursos que tenía que resolver la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los cuales se cuestiona que las autoridades del sector público del país, se nieguen a suministrar el medicamento *Soliris Eculizumab* para atender la enfermedad denominada Hemoglobina Paroxística Nocturna (HPN), con el argumento de que su costo es excesivo y rebasa la capacidad económica del sector salud. Véase “Acceso a medicamentos huérfanos en la SCJN, una decisión trascendental”, Edith Itzén Mercado y Luis Enrique Rosas, *Animal Político*, 2014, disponible en <http://www.animal-politico.com/blogueros-el-dispensario-dialogo-sobre-drogas/2014/10/15/acceso-medicamentos-huerfanos-en-la-scnj-una-decision-trascendental/>

⁴⁷Rodríguez, Luis Carbajal; Martínez, Juana Inés Navarrete, “Enfermedades raras”, en *Acta Pediátrica de México*, 2015, vol. 36, núm. 5, pp. 369-373.

⁴⁸Véase el numeral 3 de la exposición de motivos del documento que reforma el artículo 222 de la Ley General de Salud, a cargo del entonces diputado Miguel Antonio Osuna Millán, perteneciente al Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional.

⁴⁹Sitio web disponible en <http://www.femexer.org/>

⁵⁰Sitio web disponible en <http://omer.drupalgardens.com/es>

⁵¹Sitio web disponible en <http://rarediseases.org/>

depranocitosis, tuberculina o hemofilia, síndrome de Angelman, distrofia muscular de Duchenne, entre otras.

En el amparo 350/2014 la quejosa, quien es derechohabiente en el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), con fecha del 2 de mayo de 2012 solicitó a través del entonces Director del Hospital General de Zona número 1 en Oaxaca y el Jefe de Prestaciones Médicas de la Delegación en Oaxaca, atención médica integral oportuna, mediante el suministro del medicamento *Soliris Eculizumab*, para tratar su enfermedad de Hemoglobina Paroxística Nocturna (HPN) la cual le fue diagnosticada en el año de 1993; 43 días después vía memorándum se le notificó la negación de la atención médica central, motivo por el cual la quejosa interpuso amparo indirecto y sus actos reclamados fueron los siguientes: a) La no inclusión del fármaco en el cuadro básico de medicamentos, b) La negativa de otorgar atención médica en relación con la enfermedad que padece, c) La omisión de tomar las medidas adecuadas para adquirir el fármaco mediante el procedimiento respectivo y d) La emisión de los oficios CAS/OR/01/1071/2012 y CAS/OR/01/1072/2012.

En este caso, la decisión de la segunda sala de la SCJN fue: en relación con el inciso b se le negó el amparo, referente al punto c la corte falló a favor de la quejosa por la omisión por parte del IMSS al no tomar las medidas correspondientes para la inclusión de este fármaco dentro del cuadro básico y en consecuencia la segunda sala concedió este amparo para que el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), tomara las medidas legales adecuadas para adquirir el medicamento por conducto del Consejo de Salubridad General⁵² que de acuerdo con lo establecido en el artículo 17, fracción V, de la Ley General de Salud, es de su competencia elaborar el Cuadro Básico de Insumos del Sector Salud; en consecuencia, es una obligación del Estado proveer de los insumos y de los medicamentos necesarios esenciales (los que brinden los mayores beneficios) para la salud, no importa si los mismos son costosos, y con ello se analice la posibilidad de incluir el fármaco *Soliris Eculizumab* con fundamento en los artículos 26 y 27 del Reglamento Interno de la Comisión Interinstitucional del Cuadro Básico y Catálogo de Insumos del Sector Salud,⁵³ una vez seguido el procedimiento correspondiente establecido por la ley.

Uno de los principales debates que surgen en torno a las enfermedades huérfanas es ¿debe el Estado garantizar el otorgamiento de todo tipo de medicamento para todo tipo de enfermedad, aunque sean poco comunes?, la respuesta, absolutamente, debería ser afirmativa, ya que no tendría por qué existir entre la población una distinción para proporcionar fármacos porque representaría una forma de discriminación, pero en realidad en México esto no sucede así, existe una lista de medicamentos que son considerados como “prioritarios” por tener un alto número de incidencia en la población —cosa contraria a lo que ocurre con las enfermedades raras—; y que por tanto se considera que debe de estar dentro del cuadro básico, existe un elemento que se debe

⁵²Es un organismo multidisciplinario, de origen constitucional, que dentro de sus atribuciones le corresponde elaborar, actualizar, publicar y difundir el Cuadro Básico de Insumos para el primer nivel de atención médica y el Catálogo de Insumos para el segundo y tercer nivel.

⁵³Consúltase el Cuadro Básico y Catálogo de Medicamentos, del Consejo General de Salubridad, Edición 2014.

destacar en relación con esta petición por parte de la quejosa y es que el fármaco que solicita es considerado uno de los medicamentos más caros en el mundo, el costo promedio del tratamiento de *Eculizumab* (cuyo nombre comercial es “Soliris”), a siete millones de pesos por paciente.

De acuerdo con la SCJN existen 77 personas con dicha enfermedad en México, por lo que el determinar que los pacientes tienen el derecho de acceder a dicho medicamento implicaría generar un gasto de 539 millones de pesos al Estado mexicano⁵⁴ y es aquí cuando se presenta un dilema ético en materia de salud pública; al confrontar el interés particular (derechos individuales) frente al interés de la sociedad (derechos colectivos), para poder encontrar una solución se necesita de un análisis profundo y requiere una reflexión desde las políticas públicas, la medicina social y la ética de la salud, con el objeto de esgrimir los criterios formales a considerar para elegir entre justicia distributiva y conmutativa; no obstante, con esta resolución una vez más se deja al arbitrio del juez las decisiones en materia de salud, en específico problemas en relación con la asignación de recursos económicos para proporcionar medicamentos a la población, ahora se tendrá que observar si el medicamento conforme al procedimiento administrativo correspondiente se incluye o no dentro del cuadro básico, que de acuerdo con el artículo 224 Bis 1 le corresponde a la Secretaría de Salud implementar las medidas y acciones necesarias a efecto de impulsar y fomentar la disponibilidad de los medicamentos huérfanos, haciéndolos asequibles para la población. Un gran debate es, sin duda alguna, la evaluación económica; es decir, el costo-beneficio que implicaría la inclusión de dicho fármaco que aún se encuentra dentro de esquema de ensayo clínico. Otro tema pendiente en nuestro contexto, además del análisis costo-beneficio, es evaluar la manera en la que se da el seguimiento de los ensayos clínicos sobre nuevos fármacos en nuestros contextos clínicos para asegurar su eficacia, seguridad y calidad.⁵⁵

Amparo en revisión 510/2004

El VIH es el Virus de la Inmunodeficiencia Humana. Es un virus que ataca al sistema inmunológico, debilitándolo y, por lo tanto, disminuyendo la capacidad del organismo para defenderse frente a enfermedades o infecciones llamadas “oportunistas”. En cambio, el SIDA, que es el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, que es la etapa de la infección por el virus de VIH, se caracteriza por la aparición de síntomas de enfermedades llamadas “marcadoras”; es decir, aquellas que típicamente están relacionadas con el avance de la infección ante el deterioro del sistema inmunológico.⁵⁶ De acuerdo con cálculos realizados

⁵⁴Véase el engrose de la Facultad de Atracción 381/2013, Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 45.

⁵⁵Una discusión sobre la falta de vigilancia no sólo administrativa y legal de los ensayos clínicos en nuestro país, sino también la falta de revisión ética —misma que preocupa— puede ser revisada en: Rodríguez, Fernando Santiago, “Governing Ethical Clinical Research in Developing Countries: Exploring the Case of Mexico”, en *Science and Public Policy*, vol. 37, núm. 8, 2010, pp. 583-596.

⁵⁶Consúltese Fundación Descida, quienes se definen como “es una entidad de bien público sin fines de lucro que, desde hace más de 20 años, dedica sus esfuerzos al abordaje de la problemática VIH/Sida, tanto en Prevención como en

por la OMS y el ONUSIDA, a finales de 2014 había en el mundo unos 36.9 millones de personas infectadas por el VIH. Ese mismo año contrajeron la infección unos dos millones de personas, y unos 1.2 millones murieron por causas relacionadas con el SIDA.⁵⁷

En relación con este padecimiento existe una resolución que relaciona esta enfermedad con el ejército nacional del Estado mexicano, el amparo en revisión 510/2004. El recurso fue promovido por el militar suscrito al 99° Batallón de Infantería, perteneciente a la 5a. Brigada de Infantería Ligera, con sede en Ixcotel, Oaxaca. Ahí obtuvo el derecho a participar en la promoción General “2001”, para obtener el grado de Capitán Segundo de Infantería. Con el objeto de realizar los exámenes de selección, el 29 de septiembre de 2001 fue trasladado al Hospital Central Militar para practicarle el examen médico correspondiente y lo que sucedió es que, sin consentimiento previo, se hicieron exámenes en donde se detectó que el quejoso estaba infectado con el virus de VIH. ¿Cuál fue la reacción por parte del Ejército mexicano? El Hospital Central Militar le expidió al suscrito un certificado médico donde se le declaraba inútil al quejoso en primera categoría por padecer deficiencia de la inmunidad celular asociada al VIH.

En este caso, los derechos que fueron reclamados en esta resolución estaban asociados con: a) la igualdad, que se traduce en que todos los individuos que se encuentran en territorio nacional, gozarán de los derechos que consagra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin distinción alguna, b) la no discriminación que de acuerdo con nuestra Carta Magna en su artículo 1° establece que “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”, y muy precisamente con la c) la protección de la salud⁵⁸ donde se tiene como objetivo, entre otras cuestiones, la prolongación y el mejoramiento de la calidad de vida humana y el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población, según deriva del artículo 2° de su ley reglamentaria (Ley General de Salud) y garantiza la atención médica y la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud.⁵⁹

El fallo por parte de la SCJN fue a favor del quejoso en relación con la baja que causó dentro de las Fuerzas Armadas Mexicanas por una “determinada” condición de salud, e indudablemente ésta constituyó una forma de discriminación, sin dejar de lado la falta del consentimiento informado para realizar las pruebas médicas correspondien-

Asistencia, desde cinco áreas (Asistencia Médico-Psicológica, de Docencia y Capacitación Profesional, de Extensión Comunitaria, de la Mujer y Jurídica), a través del esfuerzo y compromiso de un equipo profesional especializado que interviene inter, multi y transdisciplinariamente en virtud de la complejidad de esta problemática, brindando respuestas concretas a demandas urgentes surgidas de los sectores más vulnerados de nuestra comunidad, Sitio web oficial en: <http://www.descida.org.ar/aprendiendo.htm>

⁵⁷Véase “Preguntas y Respuestas sobre el VIH/SIDA”, Organización Mundial de la Salud, disponible en <http://www.who.int/features/qa/71/es/>

⁵⁸La parte quejosa estimó violados en su perjuicio los derechos fundamentales consagrados en los artículos 1°, 4, párrafo tercero, 14, párrafo segundo, y 16, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁵⁹Véase el Amparo en Revisión 510/2004, p. 44.

tes, el Centro Nacional para la Prevención y Control del VIH/SIDA (CENSIDA) considera que en México los militares son uno de los grupos de la población más expuestos a la infección y diseminación del VIH/SIDA y otras infecciones de transmisión sexual, una vez más se entra al debate, en cuestión si estos precedentes judiciales constituyen una nueva forma de regular en materia de salud.

Amparo en revisión 378/2014

Otro amparo en el que destaca la facultad de atracción que ejerció la SCJN, llegando a la Segunda Sala y representando un hito en la historia de la justicia mexicana en materia de salud y su protección del derecho al más alto nivel. A modo de un recuento de los hechos, el Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias (INER) “Ismael Cosío Villegas”,⁶⁰ atiende al mayor número de pacientes que viven con VIH/SIDA, padecimiento que es la primer causa de muerte por enfermedades infecciosas en personas que oscilan entre los 18 y 45 años de edad; hoy en día el INER no cuenta con un servicio clínico para atender a personas que padecen el VIH/SIDA, sólo dispone de una unidad de atención, comúnmente conocida como “pabellón 4”, dentro del cual han sido atendidos. Sin embargo, desde la visión de los actores, los servicios habían sido precarios y se encuentran muy por debajo de lo ordenado por los estándares médicos y científicos indispensables para brindar la mejor atención y cuidado a estos pacientes.

En el año 2007, dentro del INER se propuso un proyecto para la construcción de una unidad especializada, “Construcción y Equipamiento del Servicio Clínico para Pacientes con VIH/Sida y Co-infección por Enfermedades de Transmisión Aérea”, a través del Comité Técnico del Fideicomiso del Sistema de Protección Social en Salud, ya que en un principio se había solicitado la remodelación del pabellón 4, pero después de un análisis y discusión, se llegó a la conclusión de que era una mejor opción la construcción, ya que con la remodelación se tendrían que dejar de atender a los pacientes. Para 2010 se hizo entrega del proyecto para que pudiese ejecutarse y para el cual se estableció un presupuesto de aproximadamente 7 millones de pesos, posteriormente; pero en 2012 sin justificación alguna se suspendió la construcción de esta clínica, motivo por el cual, tres pacientes promovieron el amparo 378/2014.

El dilema que aquí se presenta es ¿La suspensión de construcción del nuevo pabellón —luego conocido como pabellón 13— constituye una violación al derecho al nivel más alto posible de salud de los quejosos?, de acuerdo con el fallo emitido por la SCJN, la respuesta es sí, no sólo en relación con este derecho sino que afecta el principio progresividad y máximo uso de recursos disponibles, el derecho a la vida y el derecho a la igualdad y no discriminación de personas que viven con VIH y cuya situación

⁶⁰Es un organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, agrupado en el Sector Salud, que tiene por objeto principal en el campo de padecimientos del aparato respiratorio, la investigación científica, la formación y capacitación de recursos humanos calificados y la prestación de servicios de atención médica de alta especialidad, cuyo ámbito de competencia es todo el territorio nacional. Véase el sitio web oficial en <http://www.iner.salud.gob.mx/>

las coloca en una mayor vulnerabilidad. Dentro de los efectos del amparo se ordenó tomar todas las medidas necesarias para salvaguardar, hasta el máximo de los recursos, el derecho humano al nivel más alto posible a la salud de los quejosos, dentro de un plazo razonablemente breve, en el entendido de que dichas medidas deberán ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones contempladas en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁶¹

El fallo de la corte determinó que las autoridades responsables no habían demostrado el agotamiento de todos los esfuerzos posibles para utilizar los recursos que estaban a su disposición, con el objetivo de lograr la plena efectividad del derecho humano al nivel más alto posible de salud de los promoventes, siendo insuficiente el argumento sobre la falta de recursos. Este es otro ejemplo del acercamiento al activismo judicial para lograr el efectivo acceso a la atención de la salud; sin embargo, la corte nos debe en este análisis evaluación de otros argumentos relevantes para la reflexión bioética. Por ejemplo, la cuestión de justicia distributiva, que se debe a la falta de evaluación costo-beneficio en la elaboración de políticas públicas justas e integrales; la ponderación respecto de la posible discriminación a otros pacientes que sufren iguales enfermedades graves en esa institución de salud. Es decir, el acceso a al más alto de nivel de atención se supone cumplimentado sólo para aquellas personas que tienen acceso a la activación del aparato judicial. ¿Qué sucede con todos aquellos pacientes sufriendo, por ejemplo, cáncer de pulmón? Tendrán primero que resolver cómo harán exigible ante los tribunales un derecho fundamental que está siendo vulnerado, ante la falta de tratamientos y terapias adecuadas para garantizar su óptima atención a los padecimientos que hoy en día sufren y ponen en peligro sus vidas. Una reflexión pendiente en nuestra corte tratándose de una reflexión bioética y el acceso a la atención de la salud.

Casos relevantes: Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶²

“Artavia Murillo *vs.* Costa Rica”

En el caso “Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) *vs.* Costa Rica” (2013), estamos ante la presencia de nuevas tecnologías de reproducción asistida; pero también implica el ejemplo de la negación al acceso del progreso científico en materia de atención a la

⁶¹Consulte el amparo en revisión 378/2014, V. Efectos del Amparo, p. 62.

⁶²Entre los casos contenciosos relevantes presentados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CoIDH), enlistamos los siguientes: Caso *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay* (en relación con el derecho a la atención de la salud de los menores de edad privados de la libertad, conocido como Caso *Peralta vs. Paraguay*, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf); Caso *González Lluy vs. Ecuador* (relevante en cuestión de la atención de la salud en materia de VIH/SIDA, respecto de las obligaciones del sector salud), disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf; en cuanto a medidas provisionales emitidas por la CoIDH destaca en el ámbito de la atención a la salud el Asunto *B vs. El Salvador*, enfocadas a la salvaguarda del derecho a la vida de la madre gestante, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/B_se_02.pdf; por razones de espacio en esta ocasión no se comentará cada una de estas sentencias; sin embargo, es importante hacer referencia a las mismas para su futura examinación.

salud reproductiva.⁶³ Por tanto, éste es el ejemplo de la negación del Estado al acceso de los beneficios del avance del conocimiento en casos en que la fecundación *in vitro* no es acompañada de adecuadas políticas públicas y las sinergias indispensables.⁶⁴

En el caso que se analiza, el Estado costarricense concentró un impacto generado por una interferencia desproporcionada en decisiones sobre la vida privada, familiar y los demás derechos involucrados, y que tuvo como consecuencia la integridad psicológica. En consecuencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estimó que era necesario precisar la conducta estatal por la cual no se había observado la obligación de proveer servicios de atención a la salud pública; en este caso, el acceso a la salud reproductiva, mediante las tecnologías de reproducción asistida disponibles en los servicios públicos y privados. De manera que las parejas sufrieron una interferencia severa en relación con la toma de decisiones respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija genéticamente vinculados. Pero también existieron impactos diferenciados en relación con la situación de discapacidad, el género y la situación económica, aspectos relacionados con lo alegado por las partes respecto a la posible discriminación indirecta en el caso de estudio.

La Corte estimó que era necesaria una medida de reparación que brindara una atención psicológica (por cuatro años) adecuada para las víctimas por no permitirles hacer uso de los servicios de sanidad pública, por medio del cual se aplicaría el avance científico en la atención de la salud reproductiva. Por lo tanto, al haberse constatado las violaciones y los daños sufridos, el Estado debe atender psicológicamente a quienes interpusieron la demanda ante el sistema interamericano de derechos humanos en instituciones estatales especializadas en atención a víctimas, sin dejar de considerar las circunstancias y necesidades particulares de cada víctima, con la inclusión de medicamentos, transporte y otros gastos que sean estrictamente necesarios. Sin soslayar que los Estados deben adoptar las medidas positivas para garantizar los derechos previstos en ella como el de acceso a los servicios de sanidad pública; en otros términos, deben dejar sin efecto la prohibición de practicar la fecundación *in vitro* y permitir el pleno goce de cada individuo de tener el número de hijos que se desee. El caso alcanzó la protección del más alto tribunal en Latinoamérica para la revisión de vulneración a los derechos humanos, dicha sentencia da cuenta de cómo los dilemas bioéticos se convierten en casos

⁶³Véase: *Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica* (CoIDH), sentencia del 28 de noviembre de 2012, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf. Con fecha 29 de julio de 2011 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión) sometió a la jurisdicción de la CoIDH el caso 12.361 contra el Estado de Costa Rica. La CoIDH aprobó el Informe de Admisibilidad No. 25/04 y, posteriormente, el Informe de Fondo 85/10. En dicho informe la Comisión expresó una serie de recomendaciones al Estado costarricense, con el objeto de realizar las modificaciones legislativas correspondientes. No obstante, y luego de conceder tres prórrogas para el cumplimiento de dichas recomendaciones, la Comisión decidió someter el caso ante la CoIDH, indicando que el caso se relacionaba con violaciones de derechos humanos cuando Costa Rica prohibió el acceso a la *Fecundación In Vitro* tras una decisión emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de dicho país. Reflexiones en cuanto a las repercusiones para la ciencia de las células troncales y otras áreas de la salud pueden ser revisadas en: Brena Sesma, Ingrid, “La fecundación asistida. ¿Historia de un debate interminable? El informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. XII, 2012, pp. 25-45.

⁶⁴El Derecho al Desarrollo que está consagrado por el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

difíciles para dejar en el terreno de las y los juzgadores la creación de precedente judicial en el ámbito internacional para ser guía en futuras situaciones. En este caso, la Corte de manera progresiva alcanza la protección del derecho a la atención de la salud reproductiva como parte de los Derechos Humanos establecidos en nuestros pactos internacionales, además de la ponderación de otros derechos, como lo es el controvertido derecho a la vida. Un caso relevante de la Bioética en la jurisprudencia internacional vinculado al acceso de los beneficios que representa el progreso científico y tecnológico en el ámbito de la atención a la salud reproductiva.

*Comunidad indígena “Yakey Axa vs. Paraguay”*⁶⁵

En cuanto al respecto a los pueblos indígenas, se han elaborado proyectos de declaraciones y estudios, tanto en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas como en el de la Organización de los Estados Americanos sobre el reconocimiento del *jus standi* de los pueblos indígenas (sea ante los órganos convencionales de Derechos Humanos de la ONU, sean ante los tribunales internacionales —Cortes Interamericana y Europea— de derechos humanos).

Este caso es ilustrativo y relevante en cuestión de salud y protección del medio ambiente, relativo a la falta de garantías del derecho de propiedad y por tanto explotación de la misma por parte de la comunidad sobre sus territorios ancestrales. En este asunto se resolvió la obligación por parte del Estado de la adopción de medidas positivas orientadas a la satisfacción de una vida digna, sobre todo en cuanto a personas que están en una situación de vulnerabilidad, en especial del derecho a la atención de la salud, a la alimentación y el acceso al agua limpia.⁶⁶ Entre las medidas que ordenó el tribunal se encuentran, un programa y un fondo de desarrollo comunitario destinado a la puesta en marcha de un sistema de suministro de agua potable y saneamiento mientras la comunidad se encuentre sin tierras.⁶⁷

*“J. vs. Perú”*⁶⁸

En cuestión de salud mental, la decisión emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en este caso es relevante. Se ha establecido de manera reiterada que las sentencias constituyen *per se* una forma de reparación para las partes accionantes

⁶⁵La versión completa de cada uno de los casos que se enuncian en esta sección se encuentran disponibles en la página virtual de la CoIDH, en la nota 62 de esta contribución se hace referencia a dicho sitio.

⁶⁶Un caso relevante ligado al que se comenta es: Caso de la “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay” (relativo al derecho al acceso a la atención a la salud de los pueblos indígenas), disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf.

⁶⁷Puede consultarse una obra muy robusta sobre el Derecho Humano de Acceso al Agua: García, Aniza, *El Derecho Humano al agua*, Madrid, Trotta, 2008.

⁶⁸Caso “J. vs. Perú” (derecho a la atención de la salud vinculado a los derechos sexuales de las mujeres en contextos de violencia y violaciones), disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf.

del reclamo. Al estar la víctima en el Reino Unido, la señora J. tenía tuberculosis, la cual probablemente contrajo cuando estuvo en prisión; no soportaba estar en espacios pequeños y frecuentemente lloraba cuando se enfrentaba a recuerdos de sus experiencias pasadas. Inclusive, según un informe psicológico preparado por la organización *Traumatic Stress Clinic*, la señora J. sufría de estrés postraumático al revivir los eventos por medio de las imágenes y pesadillas; excitaciones psicológicas intensas como taquicardia, sudoración, mareos, náusea y en ocasiones vómito; con etapas de depresión. En este caso, se consideraron las circunstancias de la víctima al tomarse en cuenta los artículos 5º, 7º, 8º y 11 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, por lo tanto, la corte determinó la rehabilitación, relevante para el goce de la salud psíquica de la víctima. La salud mental como parte del acceso a la salud en nuestro país y en América Latina sigue siendo otro renglón pendiente en el marco de políticas públicas integrales de atención a las diversas esferas de la definición de salud adoptada por la OMS; es decir, en su espectro amplio, la salud física, psíquica y social.

Reflexiones finales: ¿progresividad?

El campo del derecho a la salud y su relación con la Bioética, se fusiona para establecer la biojurídica, tópico en que las contribuciones en nuestro contexto latinoamericano han estado creciendo, pero aún se tiene que abundar más.⁶⁹ El sistema de salud mexicano sufre indudablemente de carencias respecto a recursos físicos y humanos, no existiendo una distribución equitativa, lo que imposibilita el acceso a la atención efectiva, en especial los estados y zonas de bajos recursos, generando desigualdades sociales cada vez más marcadas, entre aquellos que sí pueden recibir óptimos servicios de atención a la salud y las otras vulnerables que no pueden hacerlo así por diversos factores, entre las que destacan la falta de empleo y sueldo estables.⁷⁰

Sin demeritar que nuestro país ha incorporado a su sistema jurídico una serie de compromisos internacionales, con los que actualmente se construye el bloque de constitucionalidad, sin los cuales no se podría sostener una reflexión Bioética vinculada al Derecho a la Salud. Se han enlistado en apartados previos los documentos internacionales básicos que sirven de interacción entre la Bioética y el Derecho a la Salud. De lo anterior se advierte que, a través del juicio de amparo se pueden tener a la mano los elementos más dinámicos de la Constitución, al permitir que todo gobernado pueda accionar los derechos relativos a la protección de la salud cuando considere que una autoridad no los ha observado (por acción u omisión), incluso contra los particulares encargados de la prestación del servicio público de salud (si realiza dentro de sus acciones actos de gobierno).

⁶⁹Por ejemplo, se puede revisar: Acedo Penco, Ángel et al., *Estudios jurídicos de aproximación del derecho latinoamericano y europeo*, Madrid, Dykinson, 2014.

⁷⁰Véase: López Cervantes, Malaquías (coord.), *Una reflexión crítica sobre la salud de los mexicanos... op. cit., supra* nota 2.

En este espacio se han abordado de manera breve aquellos casos bioéticos y en la jurisprudencia de la corte internacional; ahora el reto será la incorporación de las reflexiones y recomendaciones en el ámbito jurisdiccional nacional. Habrá casos en que los tribunales constitucionales tendrán que elaborar el examen de convencionalidad tomando en consideración las circunstancias que más favorezcan a la persona en el alcance de la protección a los derechos humanos —principio persona—. Es así como se ha superado una antigua concepción (octava época del Semanario Judicial de la Federación), en la que se aseveraba que el orden constitucional se encontraba encima del orden estatal. Ahora contamos con un sistema competencial (control difuso), en el que los jueces locales cooperarán con el Poder Judicial de la federación en la defensa constitucional, y tienen el gran reto de observar la interpretación que la corte internacional ha elaborado respecto de nuestras convenciones, pactos y tratados. Puesto que es importante no dejar de lado la perspectiva convencional, adoptada por el Estado mexicano al reconocer dentro del sistema jurídico el sistema interamericano de protección a los Derechos Humanos. Por lo que la cúspide constitucional se ha ensanchado, al integrar como normas supremas a las constitucionales, tratados internacionales en materia de Derechos Humanos. Así tenemos, que los jueces internacionales vigilan que los actos constitucionales por parte de los Estados se adecuen al sistema interamericano de Derechos Humanos y los demás actos de gobierno que practiquen (control de convencionalidad).⁷¹

Este razonamiento lleva a proponer que resulta pertinente hacer efectivo el acceso a los servicios de salud, por la vía de la judicialización, puesto que a través de esta instancia se visiona que se podrá accionar un sistema de salud más óptimo y dinámico en el que se establezcan políticas efectivas para una pronta y debida atención a la salud, por el lado contrario, habría que analizar a profundidad la capacidad de los jueces para resolver caso por caso, y si la ejecución de dichas resoluciones no son una limitante para el Estado mexicano por una cuestión de distribución de los recursos, donde hay sectores prioritarios que no podemos descuidar, y que sin lugar a dudas representa para quienes aplican el Derecho un ejercicio de reflexión complejo, un ejercicio de ponderación ante la colisión entre derechos individuales y colectivos.

Por otro lado, si colocamos el aspecto de la judicialización del derecho a la salud en una óptica de consecuencias negativas y no propiamente progresivas en la búsqueda de la consolidación de un derecho a la atención a la salud, el efecto negativo será que este proceso en un determinado momento llegará a ser un obstáculo para el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, integral y de calidad, debido a que las personas tendrán siempre que recurrir ante un tribunal para hacer efectivos sus derechos, logrando dejar al arbitrio de los estrados judiciales y en las órdenes de los jueces lo que debería otorgarse a través del accionar eficiente del Estado, en cuestión de políticas públicas. Finalmente, si realmente se quiere llegar a un Estado en el que la

⁷¹Estos breves puntos se obtuvieron en la revisión del libro: Del Rosario Rodríguez, Marcos, *Universalidad y primacía de los Derechos Humanos. Ensayos en torno a la consideración de los Derechos Humanos como factores supremos en el sistema constitucional mexicano*, México, Ubijus, 2012.

ciudadanía pueda llevar una vida digna tal y como lo establece nuestra Carta Magna, la judicialización debe de contribuir a la reestructuración y transformación de las políticas públicas, claro está que siempre practicando un autocontrol, interoperabilidad y cooperación entre los poderes.

Bibliografía

- ACEDO PENCO, Ángel, Peralta Carrasco, Manuel, Silva Sánchez, Antonio y Velásquez Ramírez, Ricardo (coords.), *Estudios jurídicos de aproximación del derecho latinoamericano y europeo*, Madrid, Dykinson, 2014.
- BOLÍVAR ZAPATA, Francisco Gonzalo (coord.), *Por un uso responsable de los organismos genéticamente modificados*, México, Academia Mexicana de Ciencias, 2011.
- BRENA SESMA, Ingrid, “La fecundación asistida. ¿Historia de un debate interminable? El informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. XII, 2012, pp. 25-45.
- CALLAWAY, Ewen, “Deal done over HeLa cell line”, en *Nature*, vol. 500, núm. 7461, 2013, pp. 132-133.
- CANO, Fernando, Ramírez, María de Lourdes y del Castillo Z. Horacio A (coords.), *Bioética y Derechos Humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1992.
- CHARVEL, Sofía y García Sarubbi, David, *Derecho y salud pública, un análisis de la legislación comparada*, México, Fontamara, 2013.
- CHARVEL, Sofía, “Law and health in Mexico: proposals for an effective relationship”, en *Gaceta médica de Mexico*, vol. 145, núm. 5, 2008, pp. 447-451.
- DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos, *Universalidad y primacía de los Derechos Humanos. Ensayos en torno a la consideración de los Derechos Humanos como factores supremos en el sistema constitucional mexicano*, México, Ubijus, 2012.
- DANIELS, Norman, Charvel, S., Gelpi, A., Porteny, T. y Urrutia, J. “Role of the Courts in the Progressive Realization of the Right to Health: Between the Threat and the Promise of Judicialization in Mexico”, en *Health Systems & Reform*, 2015.
- FARRERA BRAVO, Gonzalo, “La judicialización de la política: El caso de México en perspectiva comparada”, 2012, *Revista IUS*, vol. 6, núm. 30, pp. 172-203.
- FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el Juez Mexicano”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *Derechos humanos: un nuevo modelo constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2011, pp. 339-429.
- GARCÍA, Aniza, *El Derecho Humano al agua*, Madrid, Trotta, 2008.
- Guía Nacional para la integración y el funcionamiento de los Comités Hospitalarios de Bioética y la Guía Nacional para la integración y el funcionamiento de los Comités de Ética en Investigación.
- HALL, Robert, “Dignidad y transhumanismo”, en Ricardo Tapia y Rodolfo Vázquez (comps.), *Logros y retos de la Bioética, colección Derecho, Salud y Bioética*, México, Fontamara, núm. 8, 2014, pp. 199-206.
- HAUSCHILD, Luciano, “Judicialización de las políticas públicas en el área de la salud”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 27, 2011.

- HERVEY, Tamara, K. y Mchale, Jane V., *Health law and the European Union*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2004.
- KING-TAK, Ip (ed.), *The bioethics of regenerative medicine*, Hong Kong, Springer Science & Business Media, 2008.
- KOEPSSELL, David, *Who owns you. The corporate gold-rush to patent your genes*, Malden, Ma, Estados Unidos de Norteamérica, Wiley-Blackwell, 2009.
- LOPÉZ CERVANTES, Malaquías (coord.), *Una reflexión crítica sobre la salud de los mexicanos. Encuesta Nacional de Salud, Colección Los mexicanos vistos por sí mismos. Los grandes temas nacionales*, México, UNAM, 2015.
- MALCOM, Alan D.B., “Health risks of genetically modified foods”, *The Lancet*, 1999, vol. 354, núm. 9172, pp. 69-70.
- MANN, Jonathan M., “Health and Human Rights”, en *BMJ: British Medical Journal*, 1996, vol. 312, núm. 7036, pp. 924-25.
- MEDINA ARELLANO, María de Jesús, “Derecho al conocimiento científico y tecnológico”, en María Dolores Cossio Rivera y José Miguel Madero Estrada (coords.), *Diccionario de la Constitución Política de Nayarit*, Universidad Autónoma de Nayarit, 2013.
- , “Bioética y Bioderecho”, en *Ensayos sobre Ética de la Salud, Aspectos Sociales*, Álvarez Díaz, Jorge Alberto y López Moreno, Sergio (coords.), México, UAM-Xochimilco, 2015, pp. 167-188.
- , “Comentario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Derecho de acceso a la salud: Atención y tratamiento médico de pacientes portadores de VIH, amparo en revisión 378/2014 y Comisión Interinstitucional del Cuadro Básico y Catálogo de Insumos del Sector Salud y otras autoridades, amparo en revisión 350/2014”, en *Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Derecho a la Salud*, México, SCJN-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2016, pp. 119-147.
- MERCADO, Edith Itzén y Rosas, Luis Enrique, “Acceso a medicamentos huérfanos en la SCJN, una decisión trascendental”, 2014, disponible en <http://www.animalpolitico.com/blogueros-el-dispensario-dialogo-sobre-drogas/2014/10/15/acceso-medicamentos-huerfanos-en-la-scnj-una-decision-trascendental/>.
- MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia y Cano Valle, Fernando, *Derechos de las personas con síndrome de inmunodeficiencia adquirida SIDA-VIH/*, Colección Nuestros Derechos, México, Cámara de Diputados, LVII Legislatura, UNAM, 2000.
- NORIEGA, Alfonso, *Los derechos sociales; creación de la Revolución de 1910 y la Constitución de 1917*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1988.
- Organización Mundial de la Salud (OMS), “Preguntas más frecuentes”, disponible en <http://www.who.int/suggestions/faq/es/>, última fecha de consulta: 20 de mayo de 2016.
- Organización para las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), “Instrumentos normativos”, disponible en www.portal.unesco.org.
- PAHUAMBA Rosas, Baltazar, *El derecho a la protección de la salud*, México, Novum, 2014.
- POLAND, Susan, “Landmark legal cases in bioethics”, en *Kennedy Institute of Ethics Journal*, vol. 7, núm. 2, 1997, pp. 191-209.
- PLOMER, Aurora, *The Law and Ethics of Medical Research: International Bioethics and Human Rights*, Cavendish, Londres, 2005.
- RODRÍGUEZ, Fernando Santiago, “Governing ethical clinical research in developing countries: exploring the case of Mexico”, en *Science and Public Policy*, vol. 37, núm.8, 2010, pp. 583-596.

- RODRÍGUEZ GARAVITO, César, “La judicialización de la salud. Síntomas, diagnósticos y prescripciones”, en *La salud en Colombia. Logros, retos y recomendaciones*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011.
- ROMÁN MAESTRE, Begoña, “Los Comités Nacionales de Bioética: tomándoselos en serio”, en *La Bioética en la Jurisprudencia*, Buenos Aires, fascículo núm. 11, 11 de diciembre de 2013, disponible en <http://www.aabioetica.org/reflexiones/revis1.pdf>, pp. 45-51.
- RUIZ DE LA CUESTA, Antonio (coord.), *Bioética y Derechos Humanos: Implicaciones sociales y jurídicas*, España, Universidad de Sevilla, 2005.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, Caballero Ochoa, José Luis, y Vázquez, Luis Daniel, *La reforma constitucional sobre derechos humanos: una guía conceptual*, México, Instituto Belisario Domínguez: Senado de la República, LXII Legislatura, 2014.
- SILVA MEZA, Juan N. y SILVA GARCÍA, Fernando, *Derechos Fundamentales*, México, Porrúa, 2013.
- TEALDI, Juan Carlos, *Bioética de los Derechos Humanos. Investigaciones biomédicas y dignidad humana*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2008.
- Tesis: P/J. 136/2008, Semanario Judicial de la Federación y su *Gaceta*, Novena Época, tomo XXVIII, octubre de 2008, p. 61.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Bioética y derecho: fundamentos y problemas actuales*, Colección Derecho, Salud y Bioética, México, Fontamara, 2a. ed., 2012.
- , *Del aborto a la clonación. Principios de una Bioética Liberal*, México, colección Ciencia, Tecnología y Sociedad, Fontamara, 2004.
- YAMIN, Alicia y Gloppen, Siri (coords.), *La lucha por los derechos de la salud ¿puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, colección Derecho y Política, Argentina, Siglo XXI Editores, 2013.

Violación de los derechos humanos ante el caso de discriminación
influenza A (H1N1) 2009 en México

*Magna exigencia, ajena a toda modestia. Pero Jorge Carpizo,
los universitarios lo sabemos nunca ni de nadie ha exigido
más de lo que se exige siempre de sí mismo.*

RUBÉN BONIFAZ NUÑO

Nota introductoria

De la patología respiratoria que potencialmente puede presentarse con carácter endémico e incluso escalar a epidemias y pandemias hemos seleccionado la llegada del virus de la influenza A (H1N1) sin dejar de considerar:

- a) Influenza causada por los tipos A y B de virus de la familia *Orthomyxoviridae*, causante de pandemias, especialmente en temporada invernal.
- b) Virus sincicial respiratorio es un virus de la familia *Paramyxoviridae*. Es una causa mayor de infección del tracto respiratorio inferior, causando bronquitis y neumonía. Sus brotes aparecen durante el otoño e invierno.
- c) Parainfluenza se define como el virus de la familia de *Paramyxoviridae*, con distribución mundial que se presenta en otoño y primavera.
- d) Adenovirus se define como un virus de género *Mastadenovirs*; los tipos causantes de infección pulmonar son: 1-5, 7, 14 y 21. Tiene distribución mundial con predominio en primavera y otoño. Se encuentra en reclusorios, escuelas, asilos y hospitales.
- e) Herpes Simplex la definen como un virus con dos subtipos: HSV-1, HSV-2 (I,S). EL HSV-1 es el causante del 30 por ciento de las neumonías en pacientes con VIH/SIDA.

Sumario

Nota introductoria	277
Derechos humanos y discriminación	279
Ámbito del derecho a la protección a la salud	280
Enfoque de la salud en relación a la discriminación	280
Caso: patología respiratoria por influenza A (H1N1)	283
Cronología de la pandemia en relación con la discriminación en 2009	284
Principio precautorio	288
Marco jurídico internacional y nacional	289
Acciones en materia de política pública en salud	293
Conclusiones	293
Fuentes consultadas	294

- f) Varicela Zoster pertenece a la familia de los virus herpes, es altamente contagioso y se presenta como infección primaria causando varicela y como reactivación, el zoster.
- g) *Citomegalovirus* (CMV) pertenece al grupo de virus herpéticos B y causa una infección usualmente asintomática, sobre todo en personas sanas. La infección aguda puede desencadenar un cuadro similar a la mononucleosis asociada con la neumonía en 6 por ciento de los casos.
- h) Hantavirus se define como el síndrome pulmonar por Hantavirus, es el proceso viral de descripción y comprensión hace apenas algunos años, potencialmente mortal y que afecta todo el continente americano.
- i) Sarampión virus que pertenece a la familia *Paramyxoviridae*, causa una enfermedad con exantema en niños, y puede causar neumonía leve en adultos sanos. Aparece en invierno y primavera.
- j) Neumonías bacterianas: estreptococos, neumonía, epidemiología es la causa principal de NAC (30 A /0 por ciento) en México y el mundo.
- k) *Haemophilus influenzae* epidemiología: es la causa de 3 a 12 por ciento de las neumonías principalmente en niños. Es más frecuente en adultos alcohólicos, diabéticos fumadores, en personas de la tercera edad y pacientes con deficiencia de inmunoglobulinas.
- l) *Moraxella catarrhalis* epidemiología: es la causa de 1 a 3 por ciento de las neumonías adquiridas en la comunidad. Se presenta con mayor frecuencia durante el invierno y en pacientes con comorbilidades como EPOC, fumadores, en presencia de bronquiectasias, cardiopatías, neoplasias pulmonares y en personas con desnutrición.
- m) *Klebsiella pneumoniae* epidemiología: es más frecuente en pacientes alcohólicos con mecanismos de defensa pulmonar disminuidos, carcinomas EPOC, personas que recibieron antibióticos de amplio espectro.
- n) *Legionella pneumophila* epidemiología: es la causa de 2 a 10 por ciento de las neumonías adquiridas en la comunidad. Síndrome conocido como enfermedad de los Legionarios.
- o) *Mycoplasma* neumonía epidemiología: produce de 2 a 14 por ciento de las neumonías adquiridas en la comunidad. Incubación de dos a tres semanas con inicio gradual, más común en jóvenes y puede estar asociada con manifestaciones fuera de los pulmones (como anemia y erupciones) y síndromes neurológicos (como meningitis, mielitis y encefalitis). Las formas severas de este tipo de neumonía han sido descritas para todos los grupos de edades.
- p) *Chlamydia pneumoniae* se define la neumonía por *Chlamydia pneumoniae*, es parte de las llamadas neumonías atípicas, que ocurre todo el año, normalmente es leve y presenta una tasa de mortalidad baja.

- q) Neumonías por hongos *neumonías por Histoplasma capsulatum* se define histoplasmosis, es una enfermedad infecciosa causada por inhalar las esporas del hongo denominado *Histoplasma capsulatum*. Afecta principalmente a los pulmones, aunque puede diseminarse a otros órganos. La histoplasmosis no es contagiosa de persona a persona.¹

A continuación veremos por qué se consideró este virus de alta relevancia para ser tratado como un ícono de la violación de los derechos humanos por discriminación en la comunidad internacional y en el ámbito nacional. Asimismo, planteamos cómo el principio precautorio y las políticas públicas pueden subsanar errores cometidos en el pasado y propuestas que aún nos dejan con un sinnúmero de interrogantes para concluir este trabajo.

Derechos humanos y discriminación

La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos se ha enfocado especialmente en la discriminación señalando que:

Todos los seres humanos han nacido libres e iguales en dignidad y derechos. En breves y famosas palabras señaladas hace 60 años en la declaración Universal de los Derechos Humanos establecieron las premisas básicas de la regulación internacional de los Derechos Humanos. Aún hoy en día la lucha contra la no discriminación sigue siendo una lucha diaria para millones de personas alrededor del mundo.

Las Naciones Unidas se han propuesto desde sus inicios alcanzar la meta de reafirmar la fe en los Derechos Humanos, fundamentalmente, en la dignidad y el valor de los seres humanos sin distinción de raza, sexo, lenguaje o religión.

Para millones de personas en el mundo, luchar para salir de las situaciones de discriminación en cada momento de su vida es una ambición imposible. Trágicamente, como se ha podido observar en los pasados veinte años, políticas de etnia para acabar con el genocidio, políticas basadas en ideologías discriminatorias han conducido a la destrucción, exilio y muerte.

A pesar de las metas trazadas se ha continuado con el rechazo de la no discriminación. Pero se ha demostrado suficientemente que esta lamentable situación puede ser erradicada.

La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos es un líder mundial para combatir la discriminación como el guardián de la regulación internacional de los derechos humanos. La oficina de las Naciones Unidas en Derechos Humanos abogan por la promoción de las reformas de los derechos humanos en diversos países alrededor del mundo y en la comunidad de las Naciones Unidas.²

Para este caso observamos que las violaciones discriminatorias más frecuentes a los derechos humanos que enfrenta este sector de la población por parte de las instituciones de salud se refieren a:

¹Apuntes del doctor Fernando Cano Valle.

²<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Discrimination/Pages/discrimination.aspx> consultado por última vez el 28 de mayo de 2016. Traducción elaborada del idioma inglés al español por Mónica Pantoja Nieves.

1. Negación de la internación aún en casos graves
2. Negación de la atención médica integral.
3. Negación de la asistencia de limpieza, alimentación y suministro de tratamientos.
4. Negación de diagnóstico e información a pacientes y familiares.
5. Violación de confidencialidad de la información.
6. Ofensas graves a la dignidad e intimidad.
7. Negación de los servicios médicos de especialidad o intervenciones quirúrgicas.³

Ámbito del derecho a la protección a la salud

La salud como un derecho social

El derecho a la salud se va desarrollando de acuerdo con las demandas sociales y se institucionaliza paulatinamente. Por ejemplo, desde 1946 la Organización Mundial de la Salud (OMS) lo definió como el estado de absoluto bienestar físico, mental y social.

El derecho a la salud no sólo está abocado a la idea de curar las enfermedades, sino también de prevenirlas, por lo que el entorno físico y social adquiere un nivel fundamental. Esta nueva concepción de la salud implica una mayor protección del ser humano, así como un mayor compromiso administrativo y económico por parte del Estado mexicano.⁴

Toda persona tiene derecho a la protección a la salud”: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 4°.

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar”: Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 25.

Responsabilidad social y salud se refiere a la promoción de la salud y el desarrollo social para sus pueblos como un cometido esencial de los gobiernos, que comparten todos los sectores de la sociedad, de acuerdo a la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, UNESCO, artículo 14.

Enfoque de la salud en relación a la discriminación

Para efectos de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación⁵ 2014 se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional

³Comisión Nacional de Derechos Humanos, *El Derecho a la Salud como un derecho humano: calidad y equidad en atención a la población, Guía de autoestudio*, p. 31, disponible en www.cndh.org.mx.

⁴*Ibidem*, pp. 27-29.

⁵Secretaría de Gobernación y Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, *Ley Federal Para Prevenir y Eliminar la Discriminación 2014*, Reforma del 20 de marzo de 2014, México.

y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades, cuando se base en uno o más de los siguientes motivos: el origen étnico o nacional, el color de piel, la cultura, el sexo, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, económica, de salud o jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, la lengua, las opiniones, las preferencias sexuales, la identidad o filiación política, el estado civil, la situación familiar, las responsabilidades familiares, el idioma, los antecedentes penales o cualquier otro motivo; también se entenderá como discriminación la homofobia, misoginia, cualquier manifestación de xenofobia, segregación racial, antisemitismo, así como la discriminación racial y otras formas conexas de intolerancia.

Todas las personas tienen iguales derechos e igual dignidad y nadie debe ser discriminado. La discriminación impide el desarrollo pleno del potencial de la persona, mina la confianza en las virtudes de las sociedades democráticas y provoca exclusión social.

Por esto, es necesario reflexionar sobre la realidad que viven los diversos grupos de seres humanos que no pueden acceder al derecho a la salud y que no gozan de él en igualdad de condiciones. El Estado mexicano demanda de las autoridades de gobierno y de las y los servidores públicos actuar de acuerdo con las leyes, asumiendo a cabalidad los compromisos y las responsabilidades adquiridas al acceder al ejercicio profesional, además de responder a los valores inalienables de respeto a la vida y a la dignidad humana.

Sin embargo, existen dos caras de la misma moneda en atención y ejercicio del derecho a la protección de la salud.

- a) El ejercicio del derecho a la protección de la salud en condiciones de calidad, profesionalismo, respeto y trato justo.
Muchas personas reconocen que han sido atendidas oportunamente, que el trato del personal de salud ha sido amable, rápido, profesional, que el servicio recibido fue adecuado y, muchas veces, óptimo.
- b) El ejercicio del derecho de protección a la salud, una experiencia frustrante, deficiente, en condiciones de desigualdad y discriminación, un derecho limitado o negado.

¿Por qué tantas personas que acuden a los servicios de salud sienten que no gozan de los mismos derechos, que no son tratados de la misma manera, que no son atendidos en igualdad de condiciones, que deben enfrentar situaciones degradantes, que deben exigir que se les brinde atención, que se les obstaculiza o niega este derecho?

Debido a que no todos los seres humanos acceden en las mismas condiciones al derecho a la protección a la salud, las diferencias en las experiencias son significativas y frecuentes, y es preciso hacer una reflexión sobre esta realidad.⁶

⁶Comisión Nacional de Derechos Humanos, *El Derecho a la Salud como un derecho humano: calidad y equidad en atención a la población*, op.cit., pp. 28-29.

Reprobamos cualquier conducta discriminatoria que se realice o se haya realizado en contra de mexicanos en diferentes partes del mundo, máxime cuando la propia Organización Mundial de la Salud ha señalado que no hay necesidad de cerrar las fronteras al tránsito de personas y al comercio. Consideramos que cuando se adoptan medidas sanitarias en algún país, lo mínimo que deberá garantizar el gobierno del mismo es el respeto irrestricto de los derechos humanos en *latu sensu*.⁷

En este marco, proponemos abordar el derecho a la salud planteando que los procesos enfermedad-atención resultan de múltiples determinaciones biológicas, psicológicas, sociales que nos atraviesan como integrantes de una comunidad, un grupo y/o en nuestra singularidad.

Desde esta perspectiva, el derecho a la salud involucra al menos tres dimensiones:

- El derecho a recibir atención cuando atravesamos una situación de enfermedad, malestar, dolor u otras formas de padecimiento.
- El derecho a que se generen las condiciones necesarias para la promoción de la salud y para la prevención de enfermedades o padecimientos.
- El derecho a la información y a la participación en las decisiones y acciones que hacen al cuidado integral de nuestra salud, tanto en lo que hace a la prevención como a la atención requerida.

Las situaciones de discriminación en relación con el derecho a la salud pueden presentarse de diferentes maneras:

- 1) La discriminación de personas en el acceso al cuidado integral de la salud por su pertenencia a determinados colectivos.

Aquí nos referimos a las situaciones de discriminación en el acceso al cuidado de la salud que padecen las personas por cuestiones que hacen a su cultura, etnia, nacionalidad, género, diversidad sexual, situación socioeconómica, edad, entre otros.

Cabe señalar que esta discriminación no sólo se da en el acceso a los servicios de salud, sino también y muy especialmente en los diversos recorridos que las personas van atravesando en las instituciones de salud y en la modalidad de respuesta o falta de ella que reciben.

- 2) La discriminación de personas y grupos en situación de vulnerabilidad que presentan una enfermedad o padecimiento específico o situación de discapacidad.

En este caso nos referimos a las situaciones de discriminación en acceso al cuidado integral de salud de personas o grupos con problemáticas particulares de salud o discapacidad. Entre ellos, personas con padecimiento mental o psíquico grave o discapacidad psicosocial, personas con consumo problemático

⁷Consejo Nacional Para Prevenir la Discriminación, “Un ejemplo reciente”, *Iguales pero Diferentes*, Reportaje Central, México, p. 17.

de sustancias legales e ilegales, personas con otras discapacidades, personas con VIH-SIDA, patologías como el virus de la influenza A (H1N1).

Es importante destacar que estas situaciones requieren ser pensadas tanto en su especificidad como en términos de problemáticas sociales complejas, ya que no sólo suele estar comprometido el derecho a la salud, sino también el ejercicio de otros derechos.

- 3) Los procesos salud-enfermedad-atención/cuidado como una de las formas de producir otras formas de discriminación, a partir de procesos de estigmatización de las personas o colectivos sociales.⁸

En el proceso de atención de la salud-enfermedad, tanto al momento de plantear diagnósticos, tratamientos o causas probables de diferentes padecimientos, las personas somos pasibles de adquirir un nuevo rótulo o etiqueta que reduce la riqueza de nuestra vida —con nuestras capacidades, dificultades, sentimientos, ideas— a un solo aspecto que aparece como definitorio de nuestro andar en la vida (López Casariego, 2011).

Caso: patología respiratoria por influenza A (H1N1)

La influenza pandémica es un evento completamente impredecible; la definición de la Organización Mundial de la Salud señala que es un virus de tipo Influenza A, para el que la mayoría de los humanos tienen poca o ninguna inmunidad; adquiere la habilidad de ocasionar una transmisión sostenida de humano a humano, lo que conduce a brotes a nivel comunitario. Tal virus tiene el potencial de propagarse rápidamente a nivel mundial, lo que ocasiona una pandemia.⁹

Primeramente el 17 de abril de 2009 el CDC determinó que dos casos de enfermedades respiratorias febriles en niños residentes del condado del sur de California fueron causados por infección del virus de la influenza A porcina (H1N1). Asimismo, entre diciembre de 2005 y enero de 2009 se reportaron 12 casos humanos de infección por influenza porcina en personas que habían tenido exposición directa a los cerdos en Estados Unidos, en particular en el estado de Ohio.

La evolución con conocimiento científico ha permitido constatar la presencia de diversos casos en el CDC de Atlanta entre 2005 y 2009.¹⁰

Los autores Tapen Sinha y Bradley Condon escribieron un artículo denominado “Los mexicanos no fueron a la causa de la influenza A (H1N1) en Estados Unidos”, señalando que es proco probable que la población mexicana que habita en Estados Unidos

⁸Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, Documentos Temáticos Derecho a la Salud sin Discriminación, Argentina, pp. 14-40.

⁹*Pandemic Influenza Risk Management. WHO Interim Guidance*, Organización Mundial de la Salud, WHO. Press, Suiza, 2013, p. 19. Tomado de Pedro Alejandro Villarreal Lizárraga, Los mecanismos jurídicos relacionados con la pandemia de la Influenza A (H1N1) de 2009 desde una perspectiva de la gobernanza global, Tesis que presenta para optar por el grado de Doctor en Derecho, IJ-UNAM, México, 2016.

¹⁰<http://espanol.cdc.gov/enes/flu/swineflu/>, última fecha de consulta 24 de mayo de 2016.

haya sido la causa de propagación del virus A (H1N1) en dicho país durante 2009. Para llegar a esta conclusión se llevó a cabo un análisis estadístico detallado con los informes de la incidencia de cada estado de los Centros de Control y la Prevención de la Enfermedad. El resultado es que no hay correlación alguna entre los estados con un alto índice de infección de A (H1N1) y los estados con una alta proporción de personas de origen mexicano. En efecto, la correlación inicial era negativa y muy cercana a cero. Las correlaciones que sí resultaron positivas en fechas posteriores no fueron significativas en términos estadísticos y también eran cercanas a cero. Sinha y Condon enfatizan la alta probabilidad de que no solamente los mexicanos no causaron la propagación de la enfermedad en Estados Unidos, sino que éstos se contaminaron debido a otras comunidades de Estados Unidos.

Debido a que un número inusual de casos de influenza surgió en México en marzo de 2009, el país se volvió el principal sospechoso de ser el origen temible del virus A (H1N1). México fue entonces el blanco de discriminaciones, sanciones, cuarentenas y otras medidas tomadas incluso en países tan lejanos como China. Sin embargo, no se determinó si el virus se había originado en México o en diversas comunidades de Estados Unidos.

Si bien ninguna investigación científica ha tratado el origen preciso del brote del virus de la influenza A (H1N1) en 2009, la literatura nunca ha determinado si el brote tuvo su inicio en México o en Estados Unidos. En cambio, ha asumido que el origen de la pandemia ocurrió en México y que de ahí se propagó a su vecino del norte. No obstante, el análisis estadístico demuestra que la causalidad de los hechos apunta en sentido contrario. Sabemos que el virus se propagó de un país a otro a través de los viajeros. En tal sentido se concluye que los mexicanos que trabajan en Estados Unidos podrían haber contagiado el virus de Estados Unidos a México.

A continuación se refieren situaciones discriminatorias que viven algunos grupos y sectores de la población en relación con la Influenza A (H1N1).

Cronología de la pandemia en relación con la discriminación en 2009¹¹

24 y 25 abril

- Los locutores de radio de Estados Unidos no solamente comenzaron a sugerir que el virus atípico provenía de México sino que había sido traído por los inmigrantes ilegales, que cruzaban la frontera y que se trataba de un ataque terrorista. El locutor de derecha Michael Savage, dijo: Voy hablar sobre la historia, la horrible historia de los migrantes ilegales que traen una nueva cepa de gripe a los Estados Unidos de América. No cometan errores al respecto. Los inmigrantes ilegales son los portadores de una cepa de gripe porcina aviar en

¹¹Los Mexicanos no fueron la causa de la influenza A (H1N1) en EE.UU. Autores Tapen Sinha y Bradley Condon. http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/investigacion/Condon_Sinha_AH1N1_27_junio_2011.pdf, última vez revisado 28 de mayo de 2016.

los humanos procedentes de México. La pregunta para mí es, solamente hay una pregunta en mi mente y esa es: ¿se trata de un ataque terrorista? ¿Los terroristas demoniacos crearon una nueva forma del virus de influenza A que nunca se había visto, el cual es una mezcla de virus humano, porcino y aviar?

- Luego atacó a la Directora del Departamento de Seguridad, Janet Napolitano al lanzar la siguiente sentencia: ¿Podría ser este un ataque terrorista que se perpetuara a través de México? ¿Podrían nuestros queridos amigos de los países islámicos radicales haber creado el virus y haberlo plantado en México sabiendo que Ud. Janet Napolitano, no haría nada para detener el flujo de tráfico humano desde México, sabiendo que son la mula perfecta, las mulas perfectas para adentrar el virus en Estados Unidos.? Voy a decirles qué voy a hacer, y no me importa si no le gusta lo que voy a decir. No voy a tener contacto con los inmigrantes ilegales en ningún lado, y eso empieza en los restaurantes donde tienen trabajadores indocumentados en la cocina... Número dos, no voy a tener trabajadores extranjeros ilegales cerca de mí. No los tendré en ninguna de mis propiedades, no los tendré en ningún sitio cercano a mí.
- Además de Michael Savage, el programa conducido por Jay Severin anunció: “Entonces, además de las enfermedades venéreas y otras exportaciones líderes de México, mujeres con bigotes y enfermedades venéreas, ahora, ahora tenemos la fiebre porcina... y cuando somos magneto para primitivos alrededor del mundo... y cuando recoges algunos de los primitivos más bajos del México pobre y los colocas en el centro de Estados Unidos., pobres, sin habilidades, sin idioma, sin que compartan nuestra cultura, ni nuestra higiene, sin haber sido vacunados... son millones de sanguijuelas de un país primitivo que vienen aquí a chupar la sangre, y así están arruinando las escuelas, los hospitales, y un montón de vida en Estados Unidos ... Ahora, en este momento particular de la historia, están exportando una enfermedad más, una forma más bien efectiva, que la gripe porcina”.
- En Brasil, Chile, Perú, Colombia, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, El Salvador y Panamá inician controles sanitarios provenientes de México.
- Japón empieza a monitorear las llegadas desde México por fiebre.
- Argentina, Costa Rica, República Dominicana y Honduras inician controles sanitarios en pasajeros de México.

26 de abril

- Estados Unidos inicia una vigilancia pasiva monitoreando viajeros desde México.

28 de abril

- La India y Malasia advierten a sus ciudadanos restringir sus viajes a México, Canadá y Estados Unidos.

- Suiza aconseja no viajar a México.
- Bretaña, Francia y Alemania aconsejan restringir los viajes no esenciales a México.
- Japón no permitirá obtener visas a los viajeros sospechosos de tener influenza que provengan de México; serán puestos en cuarentena y examinados posteriormente en las instalaciones médicas.
- Bretaña les dice a sus ciudadanos en México que abandonen.
- Cuba y Argentina suspenden los vuelos a México por 48 horas.
- Las aerolíneas canadienses Air Canada, Westjet y Transat suspenden los vuelos a las playas mexicanas.

29 de abril

- México tiene 1.4 millones de tratamientos de Tamiflu (suficiente para 1.3 por ciento de su población). En contraste hay existencias para un 25-30 por ciento de la población en países como Canadá y Francia.
- Ecuador suspende todos sus vuelos hacia y desde México por 30 días.
- Perú suspende vuelos con México.
- El ministro de salud de Francia llama a la suspensión de todos los vuelos de la Unión Europea a México.
- Cinco líneas de cruceros suspenden todas las paradas en los puertos de México.

30 de abril

- El vicepresidente Joe Biden se retracta en televisión del comentario contra volar o usar el metro.
- Taiwán emite una alerta roja advirtiendo a sus ciudadanos no viajar a México y una alerta amarilla para Canadá y Estados Unidos.

1 de mayo

- China suspende vuelos de México a Shanghai.
- Nestlé prohíbe todos los vuelos no esenciales a sus ejecutivos globales hacia Estados Unidos y México, una de las primeras compañías europeas en extender precauciones en sus viajes a Estados Unidos de las muchas compañías que lo han aplicado a México.

2 de mayo

- La preocupación nace con relación al posible maltrato de mexicanos en Estados Unidos y en otros lados como resultado de la epidemia.

- Hay también reportes de discriminación contra residentes de la ciudad de México en el resto del país.
- Las autoridades de salud en China ponen bajo cuarentena a 164 de 189 pasajeros y los miembros de la tripulación del vuelo de México a Shangai que llevaba a un hombre enfermo con el virus de la Influenza A (H1N1) en Hong Kong.
- Las medidas de cuarentena impuestas por China y Rusia a viajeros mexicanos durante la pandemia de influenza a pesar de estar contempladas en el artículo 31(2) del Reglamento Sanitario Internacional, no estuvieron justificadas en términos científicos por lo que podrían ser consideradas como una aplicación incorrecta o injustificada de esos artículos.¹²

3 de mayo

- La Secretaría de Relaciones Exteriores de México reporta que el gobierno solicitó a la OMS y al secretario General de la ONU tomar medidas para contener el trato discriminatorio. El gobierno describe las restricciones en el comercio, los viajes y el trato hacia los mexicanos en el extranjero como discriminatorio, xenofóbico, injustificado y unilateral. Se refiere a la suspensión de vuelos por Argentina, China, Perú, Ecuador y Cuba, inspección exhaustiva de pasajeros, trato injusto de mexicanos y restricciones comerciales a los productos mexicanos como injustificables y decisiones unilaterales basados en la falta de información y falta de respeto a los derechos humanos.
- China aún está reteniendo a 44 mexicanos en cuarentena.
- Singapur les aplicó una cuarentena a todos los turistas que se dirigían a México. En contraste, no se impuso ninguna medida de este tipo de turistas procedentes de Estados Unidos, aunque el número de casos confirmados en aquel país ya había excedido el de México hacia el 7 de mayo de 2009. Por un lado, el número de visitantes estadounidenses a Singapur fue de 370 mil en 2009. Por el otro, el número de mexicanos que fueron a Singapur ese año fue menor a 2 mil. La historia es similar para el caso de China.

4 de mayo

- México insiste que la prensa europea detenga a su referencia a la Influenza A (H1N1) como “Influenza Mexicana”.
- China somete a cuarentena a dos estadounidenses y un grupo de 25 estudiantes de intercambio de Canadá.

¹²Pedro Alejandro Villarreal Lizárraga, Los mecanismos jurídicos..., *op. cit.*

5 de mayo

- México implementa estímulos económicos con un costo de 17,400 millones de pesos para mitigar el impacto económico del brote. La pérdida económica estimada de México es de aproximadamente 30 mil millones de pesos.
- México envía un avión a recoger a mexicanos que se encontraban en Shanghai, Beijing, Guangzhou y Hong Kong sufriendo una cuarentena en China. A su vez, China envía un avión a México para recoger a sus compatriotas por que China suspendió los vuelos con México. China tiene en cuarentena a canadienses y a mexicanos en función a su nacionalidad en lugar de su estatus de salud.
- México se queja de los avisos en el aeropuerto de Frankfurt, Alemania, refiriéndose a la “Influenza Mexicana”.

6 de mayo

- Singapur ordena 7 días de cuarentena para todos los pasajeros que provengan de México.

Principio precautorio

El principio precautorio se aplica o se debe aplicar cuando los datos científicos sean insuficientes, o bien los efectos potencialmente puedan ser nocivos, en este caso a la salud humana. Deben tomarse medidas pertinentes, aun cuando la relación causa-efecto no se haya demostrado plenamente.

Por supuesto que es una forma de responsabilidad cuya aplicación puede ser urgente, no solamente en el terreno de la moral, sino también en las medidas específicas que ofrezcan el menor daño.

En el momento de adoptar decisiones, el conocimiento o entender tradicional puede ser clave en la elaboración de estrategias operativas para reducir el riesgo.

En el caso del SARS, sabemos que hubo dilación en la aplicación de medidas específicas; en el caso de la pandemia AH1N1, el principio precautorio se aplicó parcialmente.

Pasados algunos meses de instalada la pandemia de la nueva cepa del virus A (H1N1) 2009 se reconoce que el cerdo es un reservorio del virus, y que era necesario reforzar la bioseguridad en sus granjas. Lo cual debió llevarse a cabo con anterioridad.

El principio precautorio obliga a limitar el acceso del personal esencial, vigilancia de síntomas o signos de enfermedades en el personal, prevenir el acceso de viajeros internacionales a las granjas, reforzar la higiene y diversas medidas más que los veterinarios señalen para cada caso.

Es decir, que desde el inicio de la epidemia-pandemia en donde la incertidumbre prevalecía era necesario aplicar medidas sustentadas en forma científica.

Si bien no resolvió el impacto social y económico, funcionó acorde con las condiciones insuficientes de vigilancia epidemiológica. De ahí se desprende que el principio precautorio podría funcionar en forma óptima si no se basa en el número de enfermos nada más, ya que también es fundamental el análisis serológico, estudio genético y la ubicación geográfica.

El filósofo Karl Jaspers denunciaba que esta época podía identificarse como “la era de la responsabilidad anónima”, ya que no se puede decir quién es responsable ni ante quién se es responsable respecto de aquellas problemáticas que nos preocupan y nos atemorizan.¹³ Hay desvinculación entre los seres humanos y cosificación: el otro (el prójimo) pasa a ser algún “algo”, es decir, algún ser en la fila, algún número de la estadística, algún usuario de servicios de salud, alguno más entre los millones. Existe una angustia por el anonimato; pero en esta sociedad posmoderna se paga y se aguant, con tal de no responsabilizarse, con tal de no tomar el riesgo del compromiso.

La responsabilidad es compromiso, porque conlleva el deber de contemplar al ser humano, no como una parte más de la masa, sino como un ser individual, único en su propia dimensión. Pero también la responsabilidad hace ver a la humanidad como un sistema bien equilibrado, en donde se puede apreciar que la afectación a una parte repercute en el conjunto. Es por estas dos dimensiones del ser humano: la individual y la social, que la responsabilidad necesariamente conlleva el deber de cuidado, tanto para el acto que se realiza como para la acción de prevenir los riesgos que el acto pueda generar. En este cuidado sobre los riesgos es donde se perfila el principio de precaución, para el beneficio tanto de las generaciones actuales como de las futuras.

Marco jurídico internacional y nacional

Estado mexicano se ha comprometido a nivel internacional y nacional el a que el ejercicio del derecho a la salud sea una realidad para todos los mexicanos, bajo los principios de igualdad y no discriminación.

Sin embargo, a pesar de que el derecho a la salud es reconocido en los principales instrumentos nacionales e internacionales que nos rigen, se requiere una reflexión más profunda en torno a sus alcances e implicaciones. El derecho a la salud es, en muchas ocasiones, vulnerado de forma deliberada y/o por omisión, por lo que legislativamente requiere una mayor delimitación.

Analizaremos algunos criterios y conceptos fundamentales que aportan a la reflexión sobre dichos alcances e implicaciones. Tal es el principio a la no discriminación de las personas que, como se ha ido señalando, es una variable constante en la legislación nacional y en los instrumentos y mecanismos internacionales.¹⁴

¹³Karl Jaspers citado por Enrique Mendoza Carrera, *Bioética. De su mirada estándar, al arte de las humanidades médicas*, México, ETM, 2007, p. 5.

¹⁴Comisión Nacional de Derechos Humanos, *El Derecho a la Salud como un derecho humano: calidad y equidad en atención a la población, Guía de autoestudio*, pp. 27-31.

Marco jurídico internacional

Primero haremos mención de ciertos instrumentos internacionales en relación con la discriminación que no podrán ser abordados a profundidad debido a la extensión de este documento: Convención Americana sobre los Derechos Humanos, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”. Declaraciones Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las formas conexas de Intolerancia (Declaración de Durban).

El Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales desarrolló en la Observación General 14 una serie de elementos esenciales e interrelacionados que dan contenido al derecho a la protección de la salud: *a)* Disponibilidad, *b)* Accesibilidad, *c)* Aceptabilidad, *d)* Calidad.¹⁵

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General N° 20 referente a la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales señala: “La discriminación dificulta el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de una parte considerable de la población mundial. El crecimiento económico no ha conducido por sí mismo a un desarrollo sostenible y hay personas y grupos de personas que siguen enfrentando desigualdades socioeconómicas, a menudo como consecuencia de arraigados patrones históricos y de formas contemporáneas de discriminación”. Asimismo, puntualiza que en el Artículo 1.3 de la Carta de la Naciones Unidas y el artículo 2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se prohíben la discriminación respecto del goce de los derechos económicos, sociales y culturales.

La misma Observación General N° 20 nos permite tener conocimiento del alcance que puede tener la diferencia de trato enunciando que todo trato diferencial por alguno de los motivos prohibidos se considerará discriminatorio a menos que exista una causa razonable y objetiva para dispensarlo. Ello entraña evaluar si el fin y los efectos de las medidas o las omisiones de que se trate son legítimos y compatibles con la naturaleza de los derechos recogidos en el Pacto, y si el único fin que se persigue es promover el bienestar general de una sociedad democrática. También debe existir una relación de proporcionalidad clara y razonable entre el fin buscado y las medidas u omisiones y sus efectos. La falta de recursos para no acabar con el trato discriminatorio no es una justificación objetiva y razonable, a menos que el Estado parte se haya esforzado al máximo por utilizar todos los recursos de que el dispone para combatirlo y erradicarlo con carácter prioritario.

En derecho internacional se infringe el Pacto al no actuar de buena fe para cumplir la obligación enunciada en el artículo 2.2 de garantizar que los derechos reconocidos en el Pacto se ejerzan sin discriminación. Los Estados partes pueden contravenir el Pacto mediante una

¹⁵Consejo Nacional Para Prevenir la Discriminación, Ricardo Raphael de la Madrid (coord.), *Reporte sobre la discriminación en México 2012 Salud y alimentación*, México, 2012, pp. 17-93.

omisión o una acción directa, o incluso por conducto de sus instituciones u organismos en los planos nacional o local. *Los estados parte deben asegurarse asimismo de no incurrir en prácticas discriminatorias en la asistencia y cooperación internacionales, y adoptar medidas para velar por que los actores sometidos a su jurisdicción tampoco lo hagan.*¹⁶

Señala asimismo, que el origen nacional se refiere al Estado, la nación o el lugar de origen de una persona. Esas circunstancias pueden determinar que una persona o un grupo de personas sufran una discriminación sistemática en el ejercicio de los derechos que les confiere el Pacto. El origen social se refiere a la condición social que hereda una persona; como se examina en mayor profundidad, la discriminación basada en ascendencia como parte de la discriminación por nacimiento y la discriminación por motivos relacionados con la situación económica y social.

El punto de nacionalidad señala que no se debe impedir el acceso a los derechos amparados en el Pacto por razones de nacionalidad; por ejemplo, todos los indocumentados tienen derecho a recibir atención sanitaria asequible. Los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todos, incluidos los no nacionales, como los trabajadores migrantes independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean, aspecto que no se cumple.

En cuanto al estado de salud, se refiere a la salud física o mental de una persona. Los Estados partes deben garantizar que el estado de salud efectivo o sobreentendido de una persona no constituya un obstáculo para hacer realidad los derechos garantizados en el Pacto. Los Estados a menudo se escudan en la protección de la salud pública para justificar restricciones de los derechos humanos relacionadas con el estado de salud de una persona. Sin embargo, muchas de esas restricciones son discriminatorias.

Los Estados partes deben adoptar medidas también para combatir la estigmatización generalizada que acompaña a ciertas personas por su estado de salud.

Aquí quisiéramos señalar que la xenofobia es considerada como la actitud adversa a las colectividades y personas de un origen nacional distinto al de un país de residencia. La diferencia entre nacionales y extranjeros es fundamentalmente de orden legal, pero se manifiesta en rasgos culturales a veces tan sutiles como el estilo de vida o el acento del habla; en algunos casos puede estar asociada a ciertas identidades étnicas; da pie en determinadas circunstancias, al desarrollo de prejuicios que atribuyen a los extranjeros características de un estereotipo que los desvaloriza o los presenta como una amenaza potencial a la sociedad nacional.¹⁷

Los conceptos de origen nacional, origen social, condición de salud, xenofobia fueron revisados en este ensayo por considerarse los casos de discriminación que sufrió México. El cuadro cronológico que presentamos con anterioridad muestra los hechos que se suscitaron durante la pandemia de la Influenza A (H1N1) del 2009 y comparando lo señalado en esa relación y lo puntualizado por la Observación N° 20 estamos

¹⁶Cursivas insertadas por los autores.

¹⁷Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, Gobierno de la República, Programa Nacional para la Igualdad y No Discriminación 2014-2018 Especial, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación Conapred, México, 2014 p. 100 (tomado de Instituto Interamericano de Derechos Humanos).

frente a diversas formas en que se discriminó al Estado mexicano, ya que se dio un trato desigual —de forma diferente— no justificado sin fundamento. México fue el centro de la discriminación; a pesar de que otros países presentaban contagios entre los mismos, no se discriminaron del todo, resultando discriminatoria y no justificada para México esta lamentable situación. Se debe subrayar y por ello lo reiteramos que los Estados partes deben asegurarse asimismo de no incurrir en prácticas discriminatorias en la asistencia y cooperación internacionales, y adoptar medidas para velar que los actores sometidos a su jurisdicción tampoco lo hagan.

Por otra parte, se señala que ningún caso de discriminación en relación con virus A (H1N1) ha sido tratado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de nacionales mexicanos.

Marco jurídico nacional

Se considera pertinente revisar: *a)* el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *b)* Leyes: Ley Federal Para Prevenir y Eliminar la Discriminación, Ley General de Salud. *c)* Reglamentos: Reglamento de la Asamblea Consultiva del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. *d)* Estatuto: Estatuto orgánico del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. *e)* Decreto: Decreto por el que se declara el Día Nacional contra la Discriminación 19 de octubre de cada año. *f)* Acuerdo: Acuerdo 01/2013 por los que se emite los lineamientos para dictaminar y dar seguimiento a los programas derivados del Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018. *g)* Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, Gobierno de la República. Programa Nacional para la Igualdad y No Discriminación 2014-2018.¹⁸ *h)* Recomendaciones para legislar con perspectiva de no discriminación y derechos humanos,¹⁹ aunque por la extensión del presente documento no realizaremos un examen pormenorizado.

El Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación emitió la resolución por disposición 01/06 sobre la exclusión de que son objeto en diversas entidades del sector salud, pacientes diagnosticados con diversas enfermedades afectando sus derechos fundamentales: a la salud y no discriminación. El documento que emite la Conapred nos sirve como muestra de lo que se podría emplear para casos de pacientes que hayan contraído la influenza A (H1N1) —enfermedad transmisible descrita con anterioridad—, quienes no tuvieron oportunidad de ser atendidos en una clínica u hospital por discriminación debido a su condición de salud. Así como a quienes no se les suministró preventivamente el Tamiflu por diferencia de trato injustificado, lo cual era obligación de Estado para todas las personas sin distinción alguna.

El derecho a la no discriminación fue violado por funcionarios del sector salud pero también encontramos casos de discriminación entre particulares, en especial

¹⁸Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, Gobierno de la República, Programa Nacional para la Igualdad y No Discriminación 2014-2018 Especial, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación Conapred, México, 2014.

¹⁹Secretaría de Gobernación, Consejo para Prevenir la Discriminación, Senado de la República, Cámara de Diputados, *Capacidad Jurídica* (Colección Legislar sin Discriminación), pp. 17-46.

en el momento que los habitantes del entonces Distrito Federal —ahora Ciudad de México— fueron blanco mediático nacional e internacional de la exposición del virus de la influenza A (H1N1), quedando vulnerables a la discriminación del resto de la población de los estados de la República Mexicana.

Esta situación agravó la imagen de México a nivel internacional y tuvo repercusiones económicas; estimándose que la contingencia implicó un costo económico de 0.74 por ciento del Producto Interno Bruto, lo que asciende a cantidades que rondan entre los 1,952 millones de pesos para el sector público, y alrededor de 65,144 millones de pesos para el sector privado.²⁰

Acciones en materia de política pública en salud

- Debe ser eje de una política de salud sin discriminación, la atención a toda persona sin importar origen nacional o posición social, situación económica, lugar de nacimiento, raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, impedimentos físicos o mentales, estado de salud —incluido el virus de la influenza A (H1N1)—, orientación o preferencia sexual y situación política, social o de otra índole.
- Los cursos de acción que se diseñen e implementen deben considerar el avance progresivo de esta política y la obligación del Estado de proteger a los grupos en situación de vulnerabilidad y discriminación, como parte de las mejoras al sistema de salud.
- La asignación inadecuada de recursos para la salud en las áreas que más afectan a los grupos discriminados pueden provocar la reproducción de la discriminación sin ser manifiesta de manera directa.
- Reconocer los nuevos retos epidemiológicos asociados con los contextos de pobreza, e incluso con una mirada de género, implica prever una política de salud que impida el avance de la discriminación en este ámbito fundamental.

Conclusiones

- Científicamente no se ha comprobado aún que el brote de la epidemia se presentó en México, ya que en Estados Unidos se documentaron casos previos a 2009.
- Se violan artículos constitucionales en relación con los derechos humanos a la no discriminación y a la salud; en el caso del virus A (H1N1) los mexicanos

²⁰Roberto Escalante Semerena, Héctor Ramírez del Razo y Enrique del Val Blanco, “Costo estimado de la contingencia sanitaria de la influenza A (H1N1) en México”, en José Narro Robles y Jaime Martusceli Quintana, *La UNAM ante una emergencia sanitaria. Experiencia de la epidemia de influenza A(H1N1)*, UNAM, México, 2010, p. 283. Tomado de Pedro Alejandro Villarreal Lizárraga, Los mecanismos jurídicos..., *op. cit.*

son tratados en forma desigual de manera no justificada y sin fundamento tanto en el plano nacional como en el internacional.

- No fue reconocido el derecho a que los mexicanos tienen iguales derechos e igual dignidad.
- Las acciones de políticas públicas de salud continúan siendo insuficientes para afrontar una patología de la magnitud que presentó la pandemia, lo cual podría representar nuevamente pérdidas humanas y económicas catastróficas para el país.

Bibliografía

ESCALANTE SEMERENA, Roberto, Héctor Ramírez del Razo y Enrique del Val Blanco, “Costo estimado de la contingencia sanitaria de la influenza A(H1N1) en México”, en José Narro Robles y Jaime Martusceli Quintana, *La UNAM ante una emergencia sanitaria. Experiencia de la epidemia de influenza A(H1N1)*, México, UNAM, 2010.

MENDOZA CARRERA, Enrique, *Bioética. De su mirada estándar, al arte de las humanidades médicas*, México, ETM, 2007.

Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, “Un ejemplo reciente”, *Iguales pero Diferentes*, Reportaje Central, México.

———, Ricardo Raphael de la Madrid (coord.), *Reporte sobre la discriminación en México 2012 Salud y alimentación*, México, 2012.

Comisión Nacional de Derechos Humanos, *El Derecho a la Salud como un derecho humano: calidad y equidad en atención a la población*, Guía de autoestudio, disponible en www.cndh.org.mx.

Secretaría de Gobernación, Consejo para Prevenir la Discriminación, Senado de la República, Cámara de Diputados, *Capacidad jurídica* (Colección Legislar sin Discriminación).

Bibliografía internacional

Pandemic Influenza Risk Management. WHO Intermin Guidance, Organización Mundial de la Salud, WHO. Press, Suiza.

Instituto Nacional contra la Discriminación la Xenofobia y el Racismo, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Presidencia de la Nación, *Documentos Temáticos Derecho a la Salud sin Discriminación*, Argentina.

Legislación internacional:

Convención Americana sobre los Derechos Humanos, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”.

Declaraciones: Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las formas conexas de Intolerancia (Declaración de Durban).

Legislación nacional:

Acuerdo 01/2013 por los que se emite los lineamientos para dictaminar y dar seguimiento a los programas derivados del Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018. Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018 Gobierno de la República. Programa Nacional para la Igualdad y No Discriminación 2014-2018.²¹

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Decreto por el que se declara el Día Nacional contra la Discriminación 19 de octubre de cada año.

Estatuto Orgánico del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.

Ley Federal Para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

Ley General de Salud.

Recomendaciones para legislar con perspectiva de no discriminación y derechos humanos.

Reglamento de la Asamblea Consultiva del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.

Tesis

VILLARREAL LIZÁRRAGA, Pedro Alejandro, Los mecanismos jurídicos relacionados con la pandemia de la Influenza A (H1N1) de 2009 desde una perspectiva de la gobernanza global, Tesis que presenta para optar por el grado de Doctor en Derecho, IIJ-UNAM, México, 2016.

Páginas cibernéticas consultadas:

Organización las Naciones Unidas Alto Comisionado en Derechos Humanos <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Discrimination/Pages/discrimination.aspx>, consultado por última vez 28 de mayo 2016 (Traducción elaborada del idioma inglés al español por Mónica Pantoja Nieves). Centers for Disease Control and Prevention CDC EEUU, <http://espanol.cdc.gov/enes/flu/swine-flu/>, última fecha de consulta 24 de mayo de 2016.

TAPEN, Sinha y Bradley Condon, “Los Mexicanos no fueron la causa de la influenza A (H1N1) en EE.UU”, http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/investigacion/Condon_Sinha_AH1N1_27_junio_2011.pdf, última vez revisado 28 de mayo de 2016.

²¹ Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, Gobierno de la República Programa Nacional para la Igualdad y No Discriminación 2014-2018 Especial, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación Conapred, México, 2014.

La cláusula de interpretación conforme en el caso del derecho
a un ambiente sano en México

La cláusula de interpretación conforme

La reforma constitucional en materia de derechos humanos (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* [DOF] el 10 de junio de 2011) trajo consigo una figura jurídica —entre otras— de formidable importancia: *la cláusula de interpretación conforme*. Considerada por algunos como “la gran desconocida” de dicha reforma,¹ esta cláusula representa ante todo una técnica interpretativa para la armonización de las normas nacionales y las internacionales sobre derechos humanos. Quedó consagrada en el párrafo segundo del artículo 1º de nuestra Carta Magna, y su texto guarda estrecha relación con los párrafos primero y tercero de ese mismo artículo. Transcribimos a continuación el contenido de los tres párrafos del precepto aludido:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los

Sumario

¹ Así lo llegó a expresar en su momento José Luis Caballero, quien enfatizando la enorme importancia de esta cláusula, advertía sobre el hecho de que se “alude muy poco a su potencialidad específica” o que se “intenta disminuir su virtualidad”. Para conocer más sobre esto, véase Caballero Ochoa, José Luis, “Comentario sobre el artículo 1º, segundo párrafo de la Constitución (La cláusula de interpretación conforme al principio *pro persona*)”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, SCJN-Fundación Konrad Adenauer-UNAM, III, tomo I, 2013, p. 51.

La cláusula de interpretación conforme	297
Las normas internas relativas al derecho a un ambiente sano: la constitución y las leyes	301
Las normas externas relativas al derecho a un ambiente sano: los tratados internacionales.	306
Bibliografía	311

tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

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. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Las descripciones conceptuales siguientes ayudan a comprender el significado y alcance de la citada cláusula: *i*) “constituye un método que tiene como finalidad la armonización y complementariedad de las normas inferiores con las normas constitucionales y convencionales”;² *ii*) “lleva a la interpretación armónica entre las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente constitucional o internacional, con el resto del texto de la propia Constitución y con los tratados de derechos humanos”;³ *iii*) “es la respuesta constitucional o una de las respuestas —a mi juicio, la más pertinente— para acompañar la incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos al orden interno”;⁴ y *iv*) se sintetiza como “la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertados (*sic*) constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección”.⁵

Hay tres cuestiones trascendentales que se derivan del párrafo segundo del precepto constitucional mencionado. Primero, dicho enunciado jurídico no sólo impone la armonización de la norma nacional y la norma internacional, sino que la interpretación misma que se haga de las normas relativas a los derechos humanos deberá favorecer “en todo tiempo a las personas la protección más amplia”, tal y como se establece en la última parte del párrafo segundo del citado artículo. Este es el principio *pro persona*, que representa una “clave de interpretación” dirigida hacia la protección más amplia de los derechos, y que igual se aplica para el caso de que en una norma haya dos o más sentidos posibles o para el caso de una colisión normativa. En ambos supuestos se estará a la norma que más favorezca a las personas. Así lo explica Carmona Tinoco:

[...] de entre los sentidos posibles de una norma, habrá que privilegiar aquel más favorable a la persona, o en caso de conflicto normativo, deberá prevalecer la disposición más

²Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Senado de la República, Instituto Belisario Domínguez, 2014, p. 21.

³Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM-III, 2011, p. 46.

⁴Caballero Ochoa, José Luis, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013, p. 14.

⁵Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional...*, *op. cit.*, nota 3, p. 358.

favorable o la menos restrictiva de los derechos humanos. El principio *pro persona*, en materia de derechos humanos, deja atrás el viejo principio jerárquico, para dar paso a un nuevo esquema, ya no se trata de la pregunta usual sobre qué norma es jerárquicamente superior, sino de qué norma es la más favorable o la menos restrictiva hacia la persona, la que deberá finalmente ser aplicada al caso concreto.⁶

Segundo, las normas sobre derechos humanos establecidas en *cualquier ley* del ordenamiento jurídico tienen dos referentes fundamentales: la Constitución y los tratados internacionales. De modo que la aplicación de la cláusula de interpretación conforme implica, como algunos autores señalan, llevar a cabo una remisión interpretativa hacia dichos referentes, incluye desde luego el principio *pro persona*.⁷ Nos explican Fix-Zamudio y Valencia Carmona lo siguiente:

De ahora en adelante, el intérprete de normas de derechos humanos tendrá la obligación imperativa de aplicar la nueva cláusula constitucional de interpretación conforme. Si encuentra dos o más sentidos posibles en una determinada norma, debe seleccionar aquella cuyo sentido tenga mayor conformidad con la Constitución y los tratados internacionales relativos. Desde luego, para extraer los diferentes sentidos de la norma, se requiere de una interpretación previa, en la cual se utilizan los criterios generalmente admitidos por la teoría de la interpretación. Igualmente, siguen privando las reglas que han caracterizado la interpretación conforme, esto es, la presunción de constitucionalidad de una ley y el deber que el juzgador debe autoimponerse de sólo declarar la inconstitucionalidad en casos verdaderamente necesarios.⁸

Entonces, nos encontramos en un escenario en donde la interpretación conforme es: i) “de todas las normas relativas a los derechos humanos contenidas en la legislación, hacia los referentes *Constitución y los tratados internacionales*”; ii) “de las normas sobre derechos humanos contenidas en los tratados internacionales hacia la *Constitución y los tratados internacionales*; y iii) “de las normas sobre derechos humanos contenidas en la Constitución hacia otras normas de la *Constitución y los tratados internacionales*”.⁹

Tercero, surge una nueva relación entre la Constitución y los tratados internacionales. En efecto, de la lectura del artículo 1º constitucional se desprende que las normas sobre derechos humanos contenidas en cualquier tratado internacional de los que México sea parte tienen rango constitucional. Es decir, para el caso de derechos

⁶Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La reforma constitucional en derechos humanos de junio de 2011 y su relación con los derechos universitarios”, en Carmona Tinoco, Jorge Ulises (coord.), *La vinculación entre los derechos humanos y los derechos universitarios. Obra en homenaje al Dr. Jorge Carpizo Mac Gregor*, México, UNESCO-UNAM, Defensoría de los Derechos Universitarios, 2013, p. 181.

⁷En este sentido, véase lo señalado por Caballero Ochoa, José Luis, “Cláusula de interpretación conforme”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo et al. (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal-UNAM, III, 2014, p. 166.

⁸Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, III, 2015, pp. 8 y 9.

⁹Caballero Ochoa, José Luis, “Cláusula de interpretación...”, *op. cit.*, nota 7, pp. 166 y 167.

humanos, en particular, ya no priva el supuesto de que los tratados internacionales se encuentran por debajo de la Constitución (segundo nivel o nivel inferior) de conformidad con el sistema jerárquico establecido en el artículo 133 de nuestra Carta Magna.¹⁰ De modo que “la tesis que colocaba a los tratados en un rango supra legal, esto es, debajo de la Constitución, pero por encima de la leyes federales y de otras normas ha perdido aplicación en materia de derechos humanos”.¹¹ Con todo y que estas últimas consideraciones no han sido unánimemente aceptadas, hay autores que enfatizan en la necesidad de abandonar en el ámbito de los derechos humanos el esquema jerárquico, y referirse en todo caso a un sistema hermenéutico o interpretativo.¹²

Es importante aclarar sobre esta nueva relación que la interpretación a realizarse sobre tales referentes actúa de manera simultánea, es decir, la técnica interpretativa debe conducir a una armonización de la norma nacional (Constitución) y la norma internacional (tratados internacionales). Lo explica nítidamente Ferrer Mac-Gregor de la siguiente manera:

No se trata de dos interpretaciones sucesivas (primero la interpretación conforme a la Constitución y luego la interpretación conforme al tratado internacional), sino de una interpretación conforme que armonice ambas. Cuando la fórmula constitucional se refiere a que las normas de derechos humanos se interpretarán “de conformidad con” “esta Constitución y con los tratados internacionales [...]”, la conjunción “y” gramaticalmente constituye una “conjunción copulativa”, que sirve para reunir en una sola unidad funcional dos o más elementos homogéneos al indicar su adición. De ahí que esta cláusula cumple con una “función hermenéutica” de armonización. Y entre las posibles interpretaciones conformes de armonización, el intérprete deberá optar por la protección más amplia.¹³

A partir de esta relación o remisión interpretativa entre las normas constitucionales y las normas convencionales sobre derechos humanos surge lo que se conoce como *bloque de derechos* o *bloque de constitucionalidad*. Se asemeja a un catálogo de derechos integrado “por las normas del texto fundamental vigente y las normas derivadas de los tratados internacionales de derechos humanos o que contuviesen disposiciones relativas a ellos, siempre y cuando se hayan debidamente suscrito”.¹⁴

De esta manera, la cláusula de interpretación conforme se complementa con el principio *pro persona*, el *bloque de constitucionalidad* y los principios pertenecientes a los derechos humanos —consagrados en el párrafo tercero del artículo 1º constitucional—, que son el de *universalidad* (los derechos son inherentes a las personas); *inter-*

¹⁰Este artículo señala lo siguiente: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas”.

¹¹Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, nota 8, p. 13.

¹²En este sentido, una discusión amplia en Caballero Ochoa, José Luis, *op. cit.*, nota 4, pp. 130 y ss.

¹³Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso...”, *op. cit.*, nota 5, p. 365.

¹⁴Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, nota 8, pp. 14 y 15.

dependencia (la satisfacción o afectación incide a su vez en el goce de otros derechos); *indivisibilidad* (las personas son titulares de todos los derechos reconocidos), y *progresividad* (avanzar hacia mejores estándares que una vez alcanzados no deben retroceder o estancarse).¹⁵

En fin, los intérpretes u operadores jurídicos de la cláusula de interpretación conforme —jueces, legisladores, funcionarios públicos, juristas, cualquier persona—, deberán adentrarse en el conocimiento de instrumentos jurídicos tanto nacionales como convencionales. La dimensión nacional comprende la Constitución y cualquier ley del ordenamiento jurídico mexicano (ley sobre derechos humanos propiamente o sobre alguna otra materia pero que contemple uno o más derechos humanos). La dimensión internacional abarca los tratados internacionales en los que México es parte (ya sea que éstos se refieran a derechos humanos propiamente, o bien que se refieran a otra materia pero que incluyan en su texto uno o más derechos humanos).

Para el caso de análisis del derecho a un medio ambiente sano, o derecho a un ambiente sano,¹⁶ el reto es identificar de qué manera, si es el caso, se ha desarrollado este derecho en la Constitución, en las leyes mexicanas, y en los tratados internacionales de los que nuestro país es parte.

Las normas internas relativas al derecho a un ambiente sano: la constitución y las leyes

Constitución

En el año de 1999 se consagró por vez primera en nuestra Carta Magna el derecho a un ambiente para todas las personas. El texto primigenio quedó plasmado en el párrafo quinto del artículo 4º constitucional (con reforma publicada el 28 de junio de ese año) de la siguiente manera: “Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar”. Este enunciado jurídico pasó en el año de 2001 al cuarto párrafo del citado artículo; no hubo modificación alguna en su texto. Años después, con reforma publicada el 8 de febrero de 2012, el texto del derecho a un ambiente se recorrió a su lugar original, el párrafo quinto, pero se cambió parte de su contenido y se agregaron elementos nuevos que subsisten hasta nuestros días. El texto vigente señala: “Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro

¹⁵Sobre el contenido de estos principios, véase Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La reforma constitucional en derechos humanos de junio de 2011...”, *op. cit.*, nota 6, pp. 182 y 183. Otro análisis que recomendamos sobre estos principios es el de Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional...*, *op. cit.*, nota 3, pp. 135 y ss.

¹⁶Aunque el ordenamiento jurídico mexicano hace referencia indistinta a ambas expresiones, ya sea la del derecho a un medio ambiente sano, o la del derecho a un ambiente sano, nosotros preferimos utilizar la segunda por considerar que la expresión “medio ambiente” es reiterativa, tautológica.

ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley”. De manera tal que el intérprete u operador jurídico de la cláusula de interpretación conforme tiene en nuestra Carta Magna su punto de partida.

Debe entenderse que este derecho pertenece a los llamados derechos de solidaridad o de la tercera generación y, que por lo tanto, se trata de un derecho que establece deberes estatales positivos (de hacer) a la vez que negativos (de no hacer). La titularidad de este derecho es tanto individual como colectiva, y el bien tutelado —el ambiente— corresponde a todos, es decir, es un bien común, un bien colectivo.¹⁷ Así lo entendía desde hace años Bidart Campos:

Si tomamos al azar un derecho que se suele ahora colocar en la tercera generación, como es el derecho a la preservación del medio ambiente, hay que decir que todos los hombres (sic) que viven en un mismo ámbito (ciudad, región, etc.) tienen subjetivamente ese derecho, pero como el bien a proteger es común, el derecho personal de cada uno y el de todos forma una titularidad que, aun cuando sigue siendo subjetiva de cada sujeto, uno por uno, es a la vez compartida por esa pluralidad en la sumatoria de un interés común.¹⁸

En la aplicación de la cláusula de interpretación conforme debe considerarse que el derecho al ambiente sano es un derecho de goce o disfrute, y es plural.¹⁹ Se trata de un derecho que está estrechamente vinculado con otro derecho humano, el *derecho a vivir*, y esto significa que dicho derecho corresponde a cada una de las personas, es de cada persona; aquí estamos frente a una titularidad individual. Al mismo tiempo, es un derecho cuyo bien jurídico tutelado es de todos, es uno solo para todos; estamos frente a una titularidad colectiva.²⁰ Ésta debe ser la lectura correcta de lo que se establece en el párrafo quinto del artículo 4º constitucional vigente, aunque no se mencione expresamente la idea de “disfrutar” o “gozar” (incluso la de “vivir”), como sí se hace en algunas leyes mexicanas que analizaremos más adelante.

Es importante enfatizar que el intérprete u operador jurídico debe valorar que el derecho al ambiente, o derecho a un ambiente, se ha adjetivado de *sano* (cuyo propósito está vinculado a nuestro desarrollo y bienestar) y esto representa una cercanía especial con el derecho de protección de la salud humana.²¹ De aquí que se actualice claramente el principio de interdependencia, es decir, este derecho depende para su existencia de la realización del derecho a la protección de la salud consagrado en el párrafo cuarto del artículo 4º constitucional, y viceversa. Dicha interdependencia in-

¹⁷Véase lo que hemos señalado al respecto en Nava Escudero, César, “Derecho al medio ambiente”, en Ferrer MacGregor, Eduardo et al. (coords.), *Diccionario de derecho procesal...*, op. cit., nota 7, p. 400.

¹⁸Bidart Campos, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1991, pp. 190 y 191.

¹⁹En este sentido, remitimos a las explicaciones formuladas por Jordano Fraga, Jesús, *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Barcelona, José María Bosch, 1995, pp. 500 y ss.

²⁰Una explicación más amplia en Corzo Sosa, Edgar, “Derecho al medio ambiente adecuado, reconocimiento jurídico y acceso a la justicia (protección). Un esbozo”, en Carmona Tinoco, Jorge Ulises y Hori Fojaco, Jorge M., (coords.), *Derechos humanos y medio ambiente*, México, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales-UNAM, III, 2010, pp. 163 y ss.

²¹Sobre esta cercanía, Brañes, Raúl, *Manual de derecho ambiental mexicano*, 2a. ed., México, FCE-Fundación Mexicana para la Educación Ambiental, 2000, p. 103.

cluye, además y entre otros, el derecho a la alimentación y el derecho al agua (párrafos tercero y sexto del artículo 4º, respectivamente), así como el derecho de responsabilidad por daño y deterioro ambiental²² establecido en la última parte del párrafo quinto del artículo 4º multicitado. Como ya hemos señalado, el derecho al ambiente sano “es un derecho que complementa, pero que a su vez se complementa con otros derechos”.²³

Leyes secundarias

Ante el enorme y vertiginoso crecimiento de leyes en nuestro ordenamiento jurídico, representa un verdadero reto para el intérprete u operador jurídico de la cláusula de interpretación conforme identificar las normas relativas al derecho humano a un ambiente sano. Sin embargo, hemos aprendido (a través de la investigación, la docencia, y la función pública) que no hay mejor forma de rastrear qué ley o leyes regulan o reglamentan el enunciado constitucional ambiental sobre este derecho, que la de concentrarse principalmente en aquellas leyes que han de ser consideradas ambientales. Por definición, una ley ambiental puede ser reglamentaria o tener apoyo en uno o más preceptos constitucionales ambientales, entre ellos el artículo 4º, párrafo quinto. Las leyes que no sean ambientales difícilmente habrán de referirse de manera expresa a este derecho, aunque como lo veremos a continuación, hay alguna que otra excepción.

Ahora bien, ¿qué hace que una ley sea ambiental? El criterio que seguimos, propuesto en otras ocasiones, descansa en dos cuestiones. Primero, una ley se considera ambiental si su aplicación e interpretación para efectos administrativos se realiza por la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Semarnat) a través de sus unidades administrativas, organismos públicos descentralizados, u órganos desconcentrados. Segundo, que el contenido de dicha ley sea, desde luego, de tipo ambiental.²⁴ En este criterio también entran leyes cuya aplicación e interpretación pudiera corresponder tanto a la Semarnat como a otras secretarías o entes públicos de manera conjunta, lo que se determina la mayoría de las veces por mandato expreso en la propia ley. Es el caso de la *Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados* donde las autoridades competentes además de la Semarnat son, la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (Sagarpa), la Secretaría de Salud, y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP).

Hay leyes con cierto contenido ambiental pero que no son de aplicación e interpretación para efectos administrativos por la Semarnat; lo son de alguna otra secretaría o ente público, con todo y que éstos puedan celebrar convenios de coordinación al

²²Éste es considerado un derecho por la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental en su artículo primero, párrafo segundo, y también por la doctrina, como por ejemplo en Carmona Lara, María del Carmen, *Derechos del medio ambiente*, México, SEP, INEHRM-UNAM, III, 2015, p. 8.

²³Nava Escudero, César, “Derecho al medio ambiente”, *op. cit.*, nota 17, p. 401.

²⁴Véase para más detalles, Nava Escudero, César, “Institucionalizar la capacitación jurídico-ambiental en México”, en Nava Escudero, César (ed.), *Legislación ambiental en América del Norte. Environmental Legislation in North America*, Québec-México, Comisión para la Cooperación Ambiental-UNAM, III, 2011, pp. 798 y ss.

efecto con aquélla. Este tipo de leyes se clasifican como leyes por materias relacionadas, y son muchas, quizá más de cuarenta (entre las que se incluyen aquellas que conforman la legislación tributaria, así como los códigos civil y penal). Ejemplos son la *Ley Federal del Mar*, que aplica e interpreta la Secretaría de Marina; la *Ley General de Pesca y Acuicultura Sustentables*, que aplica e interpreta la Sagarpa, o la *Ley de Energía Geotérmica*, que aplica e interpreta la Secretaría de Energía.

En la elaboración de una tipología ambiental propia bajo el criterio señalado con antelación,²⁵ existe una ley en su conjunto (caracterizada como ley marco o ley integral), y al menos once leyes por sector o sectoriales (véase tabla).

Tipología de leyes en materia ambiental (integral y por sector)

LEYES	
Integral	LEY GENERAL DEL EQUILIBRIO ECOLÓGICO Y LA PROTECCIÓN AL AMBIENTE (1988)
Por sector	- Ley de Aguas Nacionales (1992) - Ley General de Vida Silvestre (2000) - Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable (2003) - Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos (2003) - Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados (2005) - Ley de Promoción y Desarrollo de los Bioenergéticos (2008) - Ley General de Cambio Climático (2012) - Ley Federal de Responsabilidad Ambiental (2013) - Ley de Hidrocarburos (2014) - Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos (2014) - Ley de Transición Energética (2015)

Fuente: Clasificación del autor.

Para los propósitos de este trabajo identificamos cinco leyes de nuestra tipología que se refieren de manera expresa al derecho a un ambiente: una integral y cuatro sectoriales. A estas se agrega una ley por materias relacionadas, que de manera excepcional se refiere a este derecho. Con una redacción, vocablos, adjetivos y propósitos distintos al texto constitucional —cuestión que deberá ser puntualmente advertida por los intérpretes u operadores jurídicos de la cláusula de interpretación conforme— las leyes son las siguientes (en orden cronológico según fecha de publicación en el *Diario Oficial de la Federación*).

Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (1988). Es reglamentaria de diversas disposiciones de nuestra Carta Magna relativas a la preservación

²⁵Diversos autores, con o sin un método en particular, escogen o seleccionan aquellas leyes que consideran ambientales. Un análisis dogmático de la legislación ambiental en nuestro país para el caso del derecho a un ambiente sano se encuentra en Mariscal Ureta, Karla Elizabeth, *Medio ambiente sano. Derecho colectivo global*, México, Porrúa, 2015, pp. 35 y ss. Aunado a lo anterior, existe un caso singular de una ley que en su texto determina qué leyes serán ambientales: nos referimos a la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental que así lo establece en su artículo 2º, fracción XI.

y restauración del equilibrio ecológico y la protección al ambiente, y tiene por objeto propiciar el desarrollo sustentable y establecer las bases para “garantizar el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano para su desarrollo, salud y bienestar” (artículo 1º, fracción I). El contenido del derecho se reproduce asimismo en la propia ley (aunque no en términos idénticos) como uno de los diversos principios que deberá observar el Ejecutivo Federal en la formulación y conducción de la política ambiental. La redacción es la siguiente: “Toda persona tiene derecho a disfrutar de un ambiente adecuado para su desarrollo, salud y bienestar. Las autoridades en los términos de esta y otras leyes, tomarán las medidas para garantizar este derecho” (artículo 15, fracción XII).

Ley de Desarrollo Rural Sustentable (2001). Esta ley, que no es una ley ambiental sectorial, está dirigida a promover el desarrollo rural sustentable y “propiciar un medio ambiente adecuado, en los términos del párrafo cuarto del artículo 4º [...]” (artículo 1º, párrafo segundo). La redacción y fundamento constitucional de la ley es todavía una reminiscencia del derecho humano al ambiente del texto anterior a la reforma de 2012. En realidad, es reglamentaria de la fracción XX del artículo 27 constitucional relativa al desarrollo rural integral y sustentable.

Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos (2003). También es reglamentaria de diversas disposiciones de la Constitución relativas a la protección al ambiente, específicamente en materia de prevención y gestión integral de los residuos. Sus disposiciones “tienen por objeto garantizar el derecho de toda persona al medio ambiente sano y propiciar el desarrollo sustentable” precisamente a través “de la prevención de la generación, la valorización y la gestión integral de los residuos peligrosos, de los residuos sólidos urbanos y de manejo especial[...]” (artículo 1º, párrafo segundo). El contenido del derecho también se reproduce como principio para la formulación y conducción de la política sobre prevención, valorización y gestión integral de los residuos con la redacción siguiente: “El derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar” (artículo 2º, fracción I).

Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados (2005). Aunque no señale expresamente que es reglamentaria de alguna disposición en la Constitución, la ley tiene apoyo en ciertos preceptos constitucionales relativos a la protección al ambiente al señalar que su objeto es el de “regular las actividades de utilización confinada, liberación experimental, liberación en programa piloto, liberación comercial, comercialización, importación y exportación de organismos genéticamente modificados, con el fin de prevenir, evitar o reducir los posibles riesgos que estas actividades pudieran ocasionar a la salud humana o al medio ambiente y a la diversidad biológica o a la sanidad animal, vegetal y acuícola” (artículo 1º). Se hace mención expresa del derecho humano al ambiente como principio en materia de bioseguridad, por lo que para la formulación y conducción de la política de bioseguridad se señala que “El Estado tiene la obligación de garantizar el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente adecuado para su alimentación, salud, desarrollo y bienestar” (artículo 9º, fracción II).

Ley General de Cambio Climático (2012). Se trata de una ley reglamentaria de diversas disposiciones de nuestra Carta Magna relativas a la protección al ambiente,

el desarrollo sustentable y la preservación y restauración del equilibrio ecológico (artículo 1º). Tiene por objeto, entre otros, “Garantizar el derecho a un medio ambiente sano [...]” vinculado a la políticas públicas de adaptación al cambio climático y la mitigación de emisiones de gases y compuestos de efecto invernadero (artículo 2º, fracción I). La ley precisa que entre los objetivos de las políticas públicas para la mitigación se encuentra la de “Promover la protección del medio ambiente, el desarrollo sustentable y el derecho a un medio ambiente sano a través de la mitigación de emisiones” (artículo 33, fracción I).

Ley Federal de Responsabilidad Ambiental (2013). Sus disposiciones son reglamentarias del artículo 4º constitucional, y tienen por objeto “la protección, la preservación y restauración del ambiente y el equilibrio ecológico” para garantizar el derecho “a un medio ambiente sano para el desarrollo y bienestar de toda persona [...]” (artículo 1º, párrafo segundo). Es importante mencionar que la ley regula la responsabilidad ambiental que se origina de daños ocasionados al ambiente, así como la reparación y compensación de tales daños cuando sea exigible a través de procesos judiciales federales de conformidad con lo que establece el artículo 17 constitucional, de mecanismos alternativos de solución de controversias, de procedimientos administrativos, y de aquellos que correspondan a la comisión de delitos contra el ambiente y la gestión ambiental (artículo 1º, párrafo primero). La ley puntualiza que podrán ser materia de los mecanismos alternativos de solución de controversias, alguna o todas las diferencias que se susciten entre las personas e instituciones previstas en la propia ley en relación con “la tutela del derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar de las personas” en los términos señalados por dicha ley (artículo 48).

Por último, vale la pena enfatizar que aunque muchas leyes sectoriales y por materias relacionadas no mencionan de manera expresa el derecho al ambiente, sí se refieren a temas sobre protección ambiental en relación con diversos preceptos constitucionales y con otras leyes federales. Su contenido estaría, eventualmente, vinculado a este derecho humano. Por lo que quedará a juicio del intérprete u operador jurídico de la cláusula de interpretación conforme acudir a estos preceptos y leyes para mejor comprender (y de manera más amplia) el significado del derecho a un ambiente sano. Esto es trascendental, por ejemplo, en materia de hidrocarburos y energía, puesto que las disposiciones más importantes en el contexto de la antiambiental reforma energética del sexenio de Enrique Peña Nieto, no hicieron mención expresa alguna a este derecho.

Las normas externas relativas al derecho a un ambiente sano:
los tratados internacionales

Algunas precisiones sobre el alcance de la expresión tratados internacionales

Es muy claro el texto del artículo 1º, párrafo segundo en señalar que la aplicación de la cláusula de interpretación conforme se refiere a normas internacionales contenidas en tratados internacionales. Esto significa dos cosas a la vez. Primero, que la reforma

de 2011 omitió, o mejor dicho, no reconoció otras fuentes de derecho internacional, como la costumbre o los principios generales del derecho.²⁶ Segundo, que las normas de interpretación se derivan de un *tratado internacional* y no de *cualquier instrumento internacional*.

Es en la segunda de ellas donde el intérprete u operador jurídico puede encontrar cierta confusión para llevar a cabo la aplicación de la cláusula de interpretación conforme. En efecto, debe tenerse presente que en el derecho externo se suscriben una enorme cantidad de instrumentos jurídicos que no tienen el estatus de tratado; y de igual manera, en el derecho interno mexicano se suscriben muchos instrumentos internacionales que carecen de tal estatus.

De manera tal que es fundamental distinguir cuándo un instrumento internacional es tratado y cuando no. Al respecto, debemos recordar que una de las cuestiones que caracteriza a los tratados es precisamente la de crear efectos jurídicos, es decir, la de crear derechos y obligaciones entre las partes que los celebran, sin importar la denominación que reciba. Por lo que debe seguirse en todo momento el concepto de tratado establecido en el artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 de la que México es parte: “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”. Los tratados son vinculantes, más allá de que algunas o muchas de sus normas sean meramente declarativas, políticas, programáticas, exhortativas, aspiracionales, etcétera.²⁷

Al mismo tiempo, y para mayor claridad sobre cuándo un instrumento internacional es tratado, el intérprete u operador jurídico deberá tener presente que los tratados en nuestro país siguen un procedimiento para su celebración, y que su entrada en vigor a nivel nacional ocurre una vez terminadas ciertas etapas.²⁸ Los pasos que se siguen para ello (en particular para los acuerdos multilaterales) son: *a)* la adopción; *b)* la firma *ad referendum*; *c)* la aprobación por el Senado de la República; *d)* la publicación de dicha aprobación en el *Diario Oficial de la Federación*; *e)* la ratificación del Ejecutivo Federal; *f)* el depósito del instrumento de ratificación en el depositario designado; *g)* el aviso del depositario de la fecha de entrada en vigor internacional, y *h)* la promulgación y publicación del instrumento respectivo en el *Diario Oficial de la Federación*.²⁹

Ahora bien, lo señalado en párrafos anteriores no significa que el intérprete u operador jurídico de la cláusula de interpretación conforme tenga impedimento alguno en acudir a instrumentos internacionales que no sean tratados, especialmente si éstos per-

²⁶Véase lo que se ha advertido en este sentido por Juan Manuel Gómez-Robledo y Stephanie Marie Black León, en Pérez Vázquez, Carlos (coord.), *El camino para la reforma constitucional de derechos humanos*, México, SCJN-UNAM, III, 2013, p. 53.

²⁷Así lo hemos explicado en Nava Escudero, César, “Guía mínima para la enseñanza del derecho internacional ambiental en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVIII, núm. 113, mayo-agosto de 2005, p. 822.

²⁸Para una buena explicación sobre esto recomendamos acudir a Palacios Treviño, Jorge, *Tratados. Legislación y práctica en México*, 4a. ed., México, SER-Universidad Iberoamericana, 2007, pp. 116 y ss.

²⁹Más detalles en Nava Escudero, César, “Guía mínima para la enseñanza...”, *op. cit.*, nota 27, pp. 834 y 835.

miten una protección más amplia del derecho humano en cuestión.³⁰ Sin embargo, sería un tanto inexacto e insuficiente que la armonización que se llegue a realizar tenga como *único y exclusivo* referente una norma internacional derivada de un instrumento no vinculante, o sea, un instrumento que no sea tratado. El mandato constitucional para el que armoniza o interpreta (y que por cierto no es optativo) se refiere a una norma convencional, pero no a normas que no lo son. Y si queremos ser congruentes con el bloque de constitucionalidad (al que nos hemos referido en apartados anteriores), la normas que lo constituyen devienen tanto de tratados internacionales sobre derechos humanos, como de tratados internacionales que no siendo sobre derechos humanos *per se* (o sea, de otra materia), contienen normas sobre uno o más derechos humanos.

El derecho a un ambiente sano en los tratados internacionales

Expertos en derecho internacional ambiental advierten sobre la interrelación que existe entre los derechos humanos y la protección ambiental.³¹ Creemos oportuno señalar que el punto de partida para comprender dicha interconexión es doble.³² Por un lado, el derecho internacional ambiental incorpora y utiliza derechos humanos que se consideran necesarios para garantizar una efectiva protección al ambiente, y por lo tanto, hace énfasis en los derechos procesales, como lo son el del derecho de acceso a la información, el derecho a la participación pública en la toma de decisiones, y el derecho a la justicia (que incluye el derecho a la reparación del daño). Así, el acceso a la información ambiental, la participación pública en el *decision-making* ambiental, y la justicia ambiental, en ocasiones son considerados “derechos ambientales”.³³

Por el otro lado, el derecho internacional de los derechos humanos inserta la dimensión ambiental —esto es, “enverdece” los derechos humanos sin quitarles su característica antropocéntrica— con el objeto de evitar que las malas condiciones ambientales (*i.e.* el deterioro o degradación ambiental) disminuyan o impidan el goce y disfrute de otros derechos tales como el derecho a la vida, a la salud, a la familia, a la privacidad, a la cultura, a la alimentación, a satisfacer sus necesidades básicas, etcétera. Dicho de otro modo, los derechos humanos no pueden garantizarse si prevalece un ambiente deteriorado, degradado, o contaminado.

Desde estas dos perspectivas, o mejor dicho, *a partir* de ellas, se logra cierta aproximación al derecho al ambiente, que bien puede ser adjetivado como sano, saludable,

³⁰Véase lo que señala en este sentido Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso...”, *op. cit.*, nota 5, pp. 364 y 365.

³¹Por ejemplo, Beyerlin, Ulrich y Marauhn, Thilo, *International environmental law*, Oxford, Hart-CH Beck-Nomos, 2011, pp. 391-410; Birnie, Patricia *et al.*, *International Law and the Environment*, 3a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 271-302; Bodansky, Daniel, *The Art and Craft of International Environmental Law*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 2010, pp. 60 y 61; Kiss, Alexandre Ch. y Shelton, Dinah, *International environmental law*, 3a. ed., Ardsley, Nueva York, Transnational Publishers, 2004, pp. 661 y ss; Sands, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 294 y ss.

³²Tomamos como base el análisis realizado en Kiss, Alexandre Ch. y Shelton, Dinah, *op. cit.* de la nota anterior, pp. 663 y ss.

³³En este sentido, véase Birnie, Patricia *et al.*, *op. cit.*, nota 31, p. 288.

seguro o limpio.³⁴ Sin embargo, la inclusión de este derecho en los términos señalados con antelación en instrumentos internacionales (vinculantes o no, y en materia de derechos humanos o ambientales) ha sido muy escasa, por no decir notoriamente modesta³⁵ y ambigua.³⁶ Además, su existencia se infiere, en la mayoría de los casos, sólo de manera parcial o tenue a partir de la lectura de ciertos enunciados jurídicos que vinculan (en mayor o menor medida) los derechos humanos con la protección ambiental, y viceversa. Lo que en todo caso prevalece es la interdependencia con otros derechos.

En efecto, a nivel universal o global, no existe en realidad un tratado internacional (acuerdo vinculante) que se refiera expresamente a un *derecho al ambiente* o al *derecho a un ambiente* (en inglés, *a right to environment*), ya sea desde la perspectiva del derecho internacional ambiental o desde la del derecho internacional de los derechos humanos. Es sólo a nivel regional donde encontramos algunos tratados internacionales que contienen normas con una redacción similar a la de este derecho, o al menos muy cercana a él, si bien con algunos vocablos y adjetivos distintos y de contenido vinculado a otros derechos.

En este sentido, la mayoría de los doctrinarios coinciden en que los únicos dos tratados internacionales en referirse a este derecho en el ámbito regional son,³⁷ primero, la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (también conocida como Carta de Banjul) de 1981, que en su artículo 24 establece que “Todos los pueblos tendrán derecho a un entorno general satisfactorio favorable a su desarrollo”. Segundo, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (conocido como Protocolo de San Salvador) de 1998, que en su artículo 11 se refiere al derecho a un ambiente sano en los términos siguientes:

Artículo 11. Derecho a un medio ambiente sano.

1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.
2. Los Estados Partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

Desde luego, nuestro país sólo forma parte del Protocolo de San Salvador.

Hay que señalar que la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Am-

³⁴La viabilidad de que el derecho al ambiente no sea meramente antropocéntrico, es decir, que no sea sólo para el ser humano sino al menos también para otros seres vivos, ha tenido poco eco en la normatividad internacional. Ciertos avances son palpables a nivel nacional y, particularmente, sólo para las especies animales. Remitimos al lector a lo señalado al respecto en nuestra más reciente obra, Nava Escudero, César, *Debates jurídico-ambientales sobre los derechos de los animales. El caso de tlacuaches y cacomixtles versus perros y gatos en la Reserva Ecológica del Pedregal de San Ángel de Ciudad Universitaria*, México, UNAM, Coordinación de la Investigación Científica-SEREPSA-III, 2015, *passim*.

³⁵Birnie, Patricia *et al.*, *op. cit.*, nota 31, p. 271.

³⁶Shaw, Malcolm N., *International law*, 7a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 615.

³⁷Por ejemplo, Beyerlin, Ulrich y Marauhn, Thilo, *op. cit.*, nota 31, p. 392; Kiss, Alexandre Ch. y Shelton, Dinah, *op. cit.*, nota 31, p. 712; Sands, Philippe, *op. cit.*, nota 31, p. 298.

bientales (llamada Convención de Aarhus) de 1998, sí se refiere al derecho al ambiente, pero su objetivo central es el de los derechos procesales.³⁸ En su preámbulo se refiere a “la necesidad de garantizar un medio ambiente sano para el bienestar de las personas” y a que “una protección adecuada del medio ambiente es esencial para el bienestar humano, así como para el goce de los derechos fundamentales, en particular el derecho a la vida”. Además señala que “toda persona tiene el derecho a vivir en un medio ambiente que le permita garantizar su salud y su bienestar”. En su artículo 1º establece lo siguiente:

Artículo 1. Objetivo. A fin de contribuir a proteger el derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente que permita garantizar su salud y su bienestar, cada Parte garantizará los derechos de acceso a la información sobre el medio ambiente, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales de conformidad con las disposiciones de la presente Convención.

Por último, vale la pena precisar que existen ciertos instrumentos internacionales no vinculantes (o sea, no son tratados internacionales de conformidad con lo que hemos señalado en este trabajo) que también hacen alusión al derecho al ambiente aunque de manera indirecta, o si acaso, interdependiente. Destacan, por un lado, la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (conocida comúnmente como Declaración de Estocolmo) de 1972, que en su Principio 1 establece: “El hombre (*sic*) tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar; y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras [...]”. Pero como se ha señalado, si bien existe una clara relación entre derechos humanos y protección ambiental, no se refiere en realidad al derecho al ambiente.³⁹

Por el otro lado, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (también llamada Declaración de Río) de 1992, que se aleja aún más del derecho al ambiente.⁴⁰ En efecto, esta Declaración cambia el sentido de lo establecido en la Declaración de Estocolmo, que al menos trataba “en forma mucho más próxima [el] derecho del ser humano a un medio ambiente de calidad en el contexto de otros derechos humanos, tales como la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas”.⁴¹ En su Principio 1, la Declaración de Río señala textualmente que “Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”. Es, por tanto, un enunciado no vinculante y antropocéntrico, donde la protección del ambiente

³⁸Birnie, Patricia *et al.*, *op. cit.*, nota 31, p. 274.

³⁹Kiss, Alexandre Ch. y Shelton, Dinah, *op. cit.*, nota 31, p. 667.

⁴⁰*Ibidem*, p. 668. Es en todo caso una versión suavizada del derecho al ambiente, véase Grubb, Michael *et al.*, *The Earth Summit Agreements: A Guide and Assessment*, Londres, Earthscan, 1993, p. 90.

⁴¹Székely, Alberto y Ponce-Nava, Diana, “La Declaración de Río y el Derecho Internacional Ambiental”, en Glender, Alberto y Lichtinger, Víctor (comps.), *La diplomacia ambiental*, México, SER-FCE, 1994, p. 309.

queda establecida en función de la protección del ser humano.⁴² No obstante la relevancia que tiene este documento a nivel internacional ambiental, no se le dio en el texto adoptado la trascendencia que tiene la cuestión de los derechos humanos.⁴³

En suma, el intérprete u operador jurídico de la cláusula de interpretación conforme deberá estar consciente que su labor de armonización relativa al derecho al ambiente tiene hasta el momento un referente exiguo en la norma convencional (global y regional), pero no así en la norma nacional (Constitución y leyes ambientales). La técnica interpretativa deberá incluir: *i*) los textos expresos sobre el derecho al ambiente o cercanos a él; *ii*) los derechos procesales ambientales; *iii*) las normas de fuente nacional e internacional relativas a la protección ambiental *in genere*; *iv*) otros derechos: salud, alimentación, agua, atmósfera, etcétera. Lo anterior, sin dejar de acudir a lo que se establezca al respecto en la jurisprudencia y otras resoluciones o decisiones de tribunales e instancias internacionales según corresponda.

Bibliografía

- BEYERLIN, Ulrich y MARAUHN, Thilo, *International environmental law*, Oxford, Hart-CH Beck-Nomos, 2011.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1991.
- BIRNIE, Patricia *et al.*, *International Law and the Environment*, 3a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2009.
- BODANSKY, Daniel, *The Art and Craft of International Environmental Law*, Cambridge-London, Harvard University Press, 2010.
- BRAÑES, Raúl, *Manual de derecho ambiental mexicano*, 2a. ed., México, FCE-Fundación Mexicana para la Educación Ambiental, 2000.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, “Comentario sobre el Artículo 1o., segundo párrafo de la Constitución (La cláusula de interpretación conforme al principio *pro persona*)”, en Ferrer MacGregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Fundación Konrad Adenauer-UNAM, III, tomo I, 2013.
- , *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013.
- , “Cláusula de interpretación conforme”, en Ferrer MacGregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal-UNAM, III, 2014.
- CARMONA LARA, María del Carmen, *Derechos del medio ambiente*, México, Secretaría de Educación Pública, INEHRM-UNAM, III, 2015.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, III, 2011.

⁴²En este mismo sentido, véase Brañes, Raúl, *op. cit.*, nota 21, p. 21 en la nota 7.

⁴³Shaw, Malcolm N., *op. cit.*, nota 36, p. 616.

- , Jorge Ulises, “La reforma constitucional en derechos humanos de junio de 2011 y su relación con los derechos universitarios”, en Carmona Tinoco, Jorge Ulises (coord.), *La vinculación entre los derechos humanos y los derechos universitarios. Obra en homenaje al Dr. Jorge Carpizo Mac Gregor*, México, UNESCO-UNAM, Defensoría de los Derechos Universitarios, 2013.
- CORZO SOSA, Edgar, “Derecho al medio ambiente adecuado, reconocimiento jurídico y acceso a la justicia (protección). Un esbozo”, en Carmona Tinoco, Jorge Ulises y Hori Fojaco, Jorge M. (coords.), *Derechos humanos y medio ambiente*, México, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales-UNAM, IJ, 2010.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: una nuevo paradigma*, México, UNAM, IJ, 2011.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, IJ, 2015.
- GRUBB, Michael *et. al*, *The Earth Summit Agreements: A Guide and Assessment*, Londres, Earthscan, 1993.
- JORDANO FRAGA, Jesús, *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Barcelona, José María Bosch, 1995.
- KISS, Alexandre Ch. y Shelton, Dinah, *International environmental law*, 3a. ed., Ardsley, Nueva York, Transnational Publishers, 2004.
- MARISCAL URETA, Karla Elizabeth, *Medio ambiente sano. Derecho colectivo global*, México, Porrúa, 2015.
- NAVA ESCUDERO, César, “Guía mínima para la enseñanza del derecho internacional ambiental en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVIII, núm. 113, mayo-agosto de 2005.
- , “Institucionalizar la capacitación jurídico-ambiental en México”, en Nava Escudero, César (ed.), *Legislación ambiental en América del Norte. Environmental Legislation in North America*, Québec-México, Comisión para la Cooperación Ambiental-UNAM, IJ, 2011.
- , “Derecho al medio ambiente”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal-UNAM, IJ, 2014.
- , *Debates jurídico-ambientales sobre los derechos de los animales. El caso de tlacuaches y cacomixtles versus perros y gatos en la Reserva Ecológica del Pedregal de San Ángel de Ciudad Universitaria*, México, UNAM, Coordinación de la Investigación Científica-SEREPSA-IJ, 2015.
- PALACIOS TREVIÑO, Jorge, *Tratados. Legislación y práctica en México*, 4a. ed., México, SER-Universidad Iberoamericana, 2007.
- PÉREZ VÁZQUEZ, Carlos (coord.), *El camino para la reforma constitucional de derechos humanos*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-UNAM, IJ, 2013.
- SALAZAR UGARTE, Pedro (coord.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Senado de la República, Instituto Belisario Domínguez, 2014.
- SANDS, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- SHAW, Malcolm N., *International law*, 7a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

- SZÉKELY, Alberto y PONCE-NAVA, Diana, “La Declaración de Río y el Derecho Internacional Ambiental”, en Glender, Alberto y Lichtinger, Víctor (comps.), *La diplomacia ambiental*, México, SER-FCE, 1994.
- VÁZQUEZ, Luis Daniel y SERRANO, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: una nuevo paradigma*, México, UNAM, IIJ, 2011.

El derecho humano al agua y al saneamiento

El miércoles 8 de febrero de 2012 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la decimotercera reforma al artículo 4o de la Constitución. A través de ella se modificó el párrafo quinto de dicha disposición y se adicionó el sexto, recorriendo el orden de los subsecuentes. La primera transformación afectó la redacción del derecho al medio ambiente que había sido constitucionalizado desde junio de 1999. La adición de un sexto párrafo implicó la constitucionalización del derecho humano al agua y al saneamiento; esto último será el objeto de análisis de este apartado.

Antes de entrar en la discusión jurídica relativa al contenido, obligaciones y garantías de este nuevo derecho, conviene hacer una breve introducción al tema partiendo del contexto de crisis hidrológica que enfrentamos, y el consecuente aumento de problemas sociales y económicos relacionados con el agua, tanto a escala global como local. Aportar algunos datos relativos a la relación entre personas (y grupos) con el vital líquido, hará más fácil comprender las razones de fondo por las cuales una necesidad como la del acceso de todas las personas al agua potable se convirtió en un derecho humano reconocido en nuestra Constitución y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos.

Comencemos por lo obvio. Pocos elementos son tan relevantes para la supervivencia de una persona o una comunidad como lo es el agua. El tiempo promedio de supervivencia de un ser humano sin dicho elemento es de tres a cinco días; sin alimento podemos llegar a sobrevivir hasta 50 días.

Como se sabe, en la medida en que las personas logran satisfacer por sí mismas determinadas necesidades, éstas no suelen traducirse al lenguaje de los derechos para

convertirlas en exigencias frente a los poderes; sin embargo, cuando una necesidad —que es fundamental para la reproducción de la vida de las personas o de los pueblos— empieza a estar amenazada, ésta suele comenzar a ser formulada en clave de derechos, para que su satisfacción pueda ser garantizada (Pisarello, 2003: 24).

Como lo han destacado Langford y Khalfan, los problemas relativos al agua no son nuevos en el planeta, lo novedoso es la escala de los mismos. En la actualidad más de mil millones de personas en el mundo carecen de un suministro básico de agua potable; más de dos mil millones padecen enfermedades relacionadas con la contaminación de este bien común; aproximadamente cuatro mil niños mueren diariamente por falta de agua potable y saneamiento, y en la mayor parte de los asentamientos marginados las personas se ven obligadas a pagar cantidades desproporcionadas de dinero —en relación con sus salarios— a las empresas embotelladoras y otros grupos que han ido convirtiendo este bien común en una mercancía (Langford y Khalfan, 2006: 30).

En México, los problemas de sobreexplotación (PNUD, 2006: 141),¹ contaminación, discriminación (Gálvez, 2006)² y privatización del agua continúan en aumento. Miles de niños y niñas mueren por beber agua contaminada (Castellán, 2001);³ millones de mujeres y niñas continúan obligadas a dedicar varias horas de su vida diaria para acarrear este bien hasta sus casas (Inmujeres, 2003: 65);⁴ centenas de comunidades indígenas y campesinas sufren el despojo o la sobreexplotación de sus acuíferos y manantiales (por mega obras como presas, minas o procesos de urbanización violenta), o bien la discriminación en el acceso a una cantidad de agua suficiente, aceptable y económicamente accesible para su uso personal y doméstico (PNUD, 2006: 55).⁵

Estas condiciones de inequidad y despojo de un bien sin el cual la vida es imposible, ha despertado en el país cientos de luchas locales y movilizaciones ciudadanas que son el sustrato político de la constitucionalización del derecho humano al agua.⁶

¹En México, las tasas de extracción en alrededor de la cuarta parte de sus acuíferos son 20 por ciento más rápidas de lo que tardan en recargarse, lo que provoca una peligrosa disminución de los niveles freáticos y en consecuencia una sobreexplotación de los mantos.

²Cuatro de cada diez viviendas indígenas, en nuestro país, no tiene agua entubada. Existen más de siete mil localidades indígenas que no tienen agua en los domicilios, lo que afecta a un millón de personas. En otras tres mil localidades, 75 por ciento de las viviendas no tienen agua, lo que afecta a cerca de dos millones de personas más. Como ejemplo extremo de la discriminación que sufren los indígenas, las comunidades purépechas en el país tienen un consumo de 12 litros por habitante al día, lo que las coloca en uno de los patrones de consumo más bajos del mundo.

³En México este tema reviste enorme importancia y gravedad debido a que las enfermedades gastrointestinales son la segunda causa de mortalidad infantil (278 de cada 100 mil).

⁴Al respecto el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (Unifem) señala que a nivel mundial “las mujeres y los niños, preferentemente, niñas, utilizan más de 8 horas diarias recorriendo 10 a 15 km trasladando entre 20 y 15 litros de agua por viaje.

⁵Los estados de Oaxaca, Chiapas y Guerrero muestran los niveles de disponibilidad de agua más elevados de México gracias a las grandes precipitaciones que tienen lugar en dichas zonas; sin embargo, también poseen las tasas más bajas de acceso a agua potable.

⁶Luchas paradigmáticas de defensa del agua como la de las Mazahuas en el Estado de México, los 13 pueblos de Morelos, La Parota en Guerrero, el Zapotillo en Jalisco o la de Progreso en Oaxaca contra la minería a cielo abierto, entre centenas de movilizaciones ciudadanas más no visibilizadas son clave para entender el proceso de constitucionalización del

Dicho lo anterior, interesa comenzar a profundizar en el debate jurídico sobre la materia. Lo primero que conviene subrayar es que la interpretación sobre el contenido del derecho establecido en el párrafo sexto del artículo 4º constitucional (así como las obligaciones que adquiere el Estado frente al mismo), ya no puede realizarse de manera aislada del derecho internacional de los derechos humanos.⁷ Por lo tanto, el bloque de constitucionalidad relativo al tema del agua en México incluye distintos pactos y convenciones internacionales, así como estándares que se han desarrollado de forma reciente en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas.

Los documentos internacionales más importantes que deben tomarse en cuenta en la materia son la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979);⁸ la Convención sobre los derechos del niño (1989);⁹ el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC, 1966);¹⁰ la resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 28 de julio de 2010 (A/RES/64/292), así como la aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 30 de septiembre del mismo año (A/HRC/RES/15/9).

Si bien existen otros instrumentos internacionales que se vinculan con el tema del agua, éstos son los más relevantes en relación con el derecho humano al agua.

Por lo tanto, para comprender a qué tenemos derecho los mexicanos y las mexicanas cuando decimos que es nuestro derecho al agua, es necesario acudir a todos esos instrumentos. Ahora bien, el documento jurídico que tiene mayor profundidad y precisión en la materia es la OC número 15, emitida por el Comité DESC para interpretar los artículos 11.1 y 12 del Pacto.

De acuerdo con el punto 11 de ese documento:

El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico.

Asimismo la Observación señala que los elementos del derecho al agua deben ser adecuados a la dignidad, la vida y la salud humanas. Expresamente establece que:

derecho humano al agua en México. El 16 marzo de 2006 miles de personas marcharon en el Distrito Federal contra el Foro Mundial del Agua exigiendo que este bien fuera protegido como un derecho fundamental.

⁷Como se sabe, a partir de la reforma a los derechos humanos del 10 de junio de 2011, se consolidó en México el bloque de constitucionalidad que exige realizar una interpretación conforme entre la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos.

⁸Que en el artículo 14 inciso h) establece el derecho de todas las mujeres a poder “Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones...” Ratificada por México el 18 de diciembre de 1980 mediante el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 9 de enero de 1981.

⁹Que en su artículo 24 inciso c) señala “Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente”. Ratificada por México el 19 de junio de 1990 mediante el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 31 de julio de 1990.

¹⁰Que en sus artículos 11.1 y 12 se establecen el derecho a un nivel de vida adecuado y el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud respectivamente de los que de acuerdo con la interpretación del Comité DESC, se desprende el derecho humano al agua. Ratificado el 18 de diciembre de 1980, acto jurídico que se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de 1981.

[...] lo adecuado del agua no debe interpretarse de forma restrictiva, simplemente en relación con cantidades volumétricas y tecnológicas. El agua debe tratarse como un bien social y cultural y no como un bien económico. El modo en que se ejerza el derecho al agua también debe ser sostenible, de manera que este derecho pueda ser ejercido por las generaciones actuales y futuras.

La Observación también reconoce que la noción de “adecuado” para el ejercicio del derecho puede variar en función de los pueblos, regiones y sus diferentes condiciones; sin embargo, determina que existen tres factores que se deben aplicar en cualquier circunstancia, ellos son: *a)* la disponibilidad, que implica que el suministro de agua para cada persona debe ser continuo y suficiente para el uso personal y doméstico; *b)* la calidad, lo que supone que el agua debe estar libre de agentes que puedan ser dañinos para la salud: microorganismos y sustancias químicas o radioactivas.

Debido a que en el mundo, y especialmente en los países menos desarrollados, un porcentaje alto de las enfermedades se transmiten a través del agua, el Comité se ha preocupado por establecer que el recurso al que puedan tener acceso las personas debe ser salubre, con un color, olor y sabor aceptables. Para la elaboración de normas nacionales que aseguren la inocuidad del agua el Comité remite a las Guías para la calidad del agua potable emitidas por la OMS; y *c)* la accesibilidad, esta última queda subdividida en cuatro elementos: *c.1)* accesibilidad física, relacionada con las instalaciones y servicios de agua, los que deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población.

En cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo debe haber un suministro de agua o por lo menos la posibilidad de tener acceso a alguno que esté en sus cercanías inmediatas; *c.2)* la asequibilidad (o accesibilidad económica) que supone que el agua y los servicios e instalaciones que permitan acceder a ella deben estar al alcance económico de las personas en relación con su ingreso.

El Comité establece que los costos asociados con el abastecimiento del agua no deben comprometer la capacidad de las personas para acceder a otros bienes esenciales como salud, educación, vivienda u otros derechos; *c.3)* la no discriminación que implica que el agua salubre y los servicios deben estar al alcance físico y económico de todas las personas, y especialmente de aquellas que históricamente no han podido ejercer este derecho por motivos de raza, religión, origen nacional, o cualquier otro de los motivos que están prohibidos y; *c.4)* el acceso a la información, de acuerdo con el Comité la accesibilidad también comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua.

Conviene destacar que el Comité expresa en la Observación una preocupación especial por aquellos grupos en situación de discriminación, y establece que los Estados firmantes deben prestar mayor atención a las personas y grupos que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho. En el apartado 16 c) de dicho documento, el órgano experto reitera que los Estados Partes deben velar porque las zonas rurales y las urbanas desfavorecidas tengan acceso a servicios de suministro de agua.

Como puede observarse, el derecho al agua, como todos los demás derechos humanos, tiene como objetivo prioritario lograr que todas las personas y pueblos puedan tener acceso a este bien, especialmente aquellos grupos y comunidades que se encuentren en situación de mayor pobreza y exclusión. Se trata de un conjunto de mandatos precisos hacia las autoridades para que emprendan el máximo de los esfuerzos posibles encaminados a que todas las personas, especialmente las más desaventajadas, tengan acceso al agua.

Desde el paradigma de los derechos humanos, el agua no puede ser pensada como un ámbito de los negocios que permita la reproducción y acumulación de capital, sino como un bien común indispensable para la vida y que por ello debe distribuirse de forma equitativa para estar al alcance de todos y todas independientemente de la condición social o económica en la que se encuentren las personas.

Además del principio de no discriminación (que incluye la atención especial a los grupos en situación de mayor desventaja), el Comité también ha enfatizado el principio de participación popular. En el punto 48 de la OC 15 se establece la relación interdependiente entre el derecho al agua y el de las personas y grupos a participar en los procesos de decisión al formular y ejecutar las estrategias y planes nacionales de acción con respecto al agua.

Esto es importante subrayarlo en el caso mexicano, debido a que muchos de los espacios de participación ciudadana, o bien son limitados o carecen de capacidad real de decisión, como es el caso de los Consejos Consultivos de los organismos de cuenca, los cuales carecen de atribuciones ejecutivas y sus acuerdos son sólo obligatorios hasta que la autoridad central los hace suyos (Gutiérrez y Emanuelli, 2010: 667). Una reforma a la ley de aguas debería repensar las formas de participación popular en los temas del agua y garantizar una gestión realmente democrática de la misma desde los espacios comunitarios hasta los federales.

Planteado el contenido general del derecho al agua, ahora conviene abordar la cuestión relativa a las obligaciones que las autoridades estatales adquieren frente a este derecho. Como se establece en el párrafo tercero del artículo 1o de la Constitución, todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Esta redacción es en general coincidente con lo que ha venido desarrollando el Comité DESC desde la elaboración de la OC número 3, donde se establece el tipo de obligaciones específicas que adquieren los Estados Partes al firmar el PIDESC.

De acuerdo con dicha Observación, así como con la número 15, la obligación de respetar exige que los Estados se abstengan de realizar cualquier práctica o actividad que restrinja o deniegue el acceso al agua potable de cualquier persona. Lo anterior supone, entre otras cosas, que no se puede privar a una persona del mínimo indispensable de agua para su uso personal y doméstico. También supone la prohibición de contaminar las fuentes de agua por parte de instituciones pertenecientes al Estado, o bien la de limitar el acceso a los servicios y la infraestructura de suministro como medida punitiva o de coacción comercial.

La obligación de proteger impone a las autoridades el mandato de impedir que terceros afecten el disfrute o ejercicio del derecho al agua. A partir de este deber, el Estado queda obligado a controlar y regular a particulares, grupos, empresas y otras entidades privadas con el objeto de impedir que éstas violen el contenido del derecho al agua de todas las personas.

Se trata de una obligación que cobra una enorme relevancia en el contexto mexicano actual, donde existe una creciente presión por parte de poderes privados nacionales y transnacionales interesados en hacer negocio con el agua. Desde empresas embotelladoras y refresqueras, hasta grandes constructoras de presas o de redes de distribución han ido consolidando inmensos consorcios que obtienen millonarios contratos o concesiones en la materia.

Esta obligación exige al Estado convertirse en el garante que impida a empresas y otros actores económicos llevar a cabo prácticas o políticas que puedan poner el riesgo el contenido del derecho humano al agua, ya sea porque deterioren los recursos hídricos, se los apropien o encarezcan el bien de tal forma que se vuelva inasequible para los sectores sociales en situación de mayor desventaja.

Por último, la obligación de cumplir se subdivide en el deber de facilitar, promover y garantizar. Estas tres obligan al Estado mexicano a que, de forma progresiva pero utilizando el máximo de los recursos disponibles, dirija sus esfuerzos para concretar el derecho al agua. La obligación de facilitar exige a los Estados que adopten medidas positivas que permitan a todas las personas y comunidades ejercer el derecho.

La obligación de promover impone a los Estados la exigencia de adoptar estrategias de difusión y comunicación sobre el uso adecuado del agua, así como la protección de las fuentes. Finalmente, la obligación de garantizar se traduce en el requerimiento a los Estados para que hagan efectivo el derecho en los casos en los que las personas, por circunstancias ajenas a su voluntad, no estén en condiciones de ejercer por sí mismas ese derecho.

Aunadas a estos deberes específicos, el artículo 2º. del PIDESC establece un conjunto de obligaciones jurídicas generales que de acuerdo con la interpretación del Comité DESC tienen efecto inmediato (OG número 3, punto 1), aun cuando en el párrafo primero de dicho artículo se establezca que la realización de las obligaciones es paulatina y progresiva. De estas obligaciones generales con efecto inmediato, dos resultan especialmente importantes: 1) garantizar los derechos reconocidos en el Pacto sin discriminación, y 2) adoptar medidas.

En el caso del derecho al agua, la obligación de adoptar medidas significa que los Estados tienen el deber constante y continuo de avanzar con la mayor rapidez y efectividad posibles hacia la plena realización del mismo. Deben marcar un rumbo y comenzar a dar pasos hacia la meta establecida dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto. Entre las medidas que el Estado debe adoptar sin poder justificar su omisión están las de: a) adecuación el marco legal; b) relevamiento de información, y c) provisión de recursos judiciales efectivos en la materia (Abramovich y Courtis, 2002: 81-89).

También es importante destacar que, según la interpretación del Comité DESC del principio de progresividad, establecido en el artículo 2o, del PIDESC, se desprende una fuerte presunción de que la adopción de medidas regresivas está prohibida por el Pacto (Courtis, 2006). Este principio general de no regresividad es aplicable al derecho al agua. En caso de que haya alguna regresión en la materia, corresponde al Estado demostrar que se ha emprendido tras un examen exhaustivo de todas las alternativas posibles (OG número 15, punto 19).

Para cerrar el apartado de obligaciones, no debe pasarse por alto que al final del párrafo tercero del artículo 1o. constitucional, se ha establecido que el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos. Estas cuatro obligaciones más son relevantes en materia del derecho humano al agua, que es constantemente vulnerado ya sea a través de la contaminación de las fuentes de abastecimiento, de su sobre explotación o su acaparamiento, entre otros procesos. Frente a ellos, las autoridades estatales quedan obligadas a sancionar y reparar los daños.

Finalmente, conviene señalar que en el sistema jurídico mexicano es posible encontrar una amplia variedad de garantías para la protección del derecho humano al agua (Gutiérrez, 2009: 149-173). Siguiendo la subdivisión ya clásica entre garantías primarias y secundarias (Ferrajoli, 2000), hay que decir que las primeras son aquellas a través de las cuales se especifica el contenido de los derechos así como las obligaciones que se desprenden de los mismos (leyes, tratados, reglamentos, políticas públicas, entre otras).

Acerca de lo anterior, es de gran relevancia que en el decreto del 8 de febrero de 2012, que constitucionalizó el derecho humano al agua, se estableció en el artículo tercero transitorio un plazo de 360 días para que el Poder Legislativo emita una Ley General de Aguas. Esta última deberá regular el agua en el país, a partir del paradigma de los derechos humanos, estableciendo los mecanismos para asegurar la disponibilidad, el acceso, la calidad, la no discriminación, la información, la participación y la sustentabilidad, entre otros elementos fundamentales.

Por lo que tiene que ver con las garantías secundarias, no está de más recordar que se trata de aquellas establecidas para reparar la inobservancia de las primarias (amparo, acciones de inconstitucionalidad, recursos administrativos, quejas ante comisiones de derechos humanos, etc.). Sobre éstas, conviene destacar que en junio de 2010 se modificó el artículo 17 constitucional para incorporar las acciones colectivas que hoy están desarrolladas en el recién creado Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles y que podrían aprovecharse para denunciar las peores prácticas de los poderes privados en materia de sobreexplotación y contaminación del agua, a fin de exigir, por ejemplo, la remediación de los ríos contaminados y otras formas de reparar el deterioro que está padeciendo una parte importante de nuestras fuentes hídricas.

Por lo que tiene que ver con el acceso al agua potable, es interesante resaltar que en fecha muy reciente se resolvió en tribunales federales mexicanos un primer caso relativo al derecho humano al agua. Cuatro mujeres —apoyadas por la Coalición Internacional para el Hábitat-Oficina para América Latina, el Colectivo Radar y tres abogado(as) independientes— litigaron durante cuatro años para poder lograr acceder

a este bien común. Desde hacía 40 años se veían obligadas a descender por una barranca para lavar la ropa en un río contaminado y tenían que pagar altos costos para poder consumir el agua a los embotelladores y a los dueños de pipas, quienes hacen negocio con la misma.

El resultado fueron dos sentencias de amparo: una anterior a la reforma constitucional del artículo 4o, en la que se reconoció el derecho humano al agua; y una posterior,¹¹ en la que se amparó a las quejosas y se obligó a la autoridad a dotarlas con una red de distribución que hoy ya está funcionando en beneficio de toda la comunidad en la que dichas mujeres habitan.

Como se desprende de todo lo anterior, no hay duda de que hoy el acceso al agua y al saneamiento se ha convertido en México en un derecho humano, autónomo, justiciable, esencial para el pleno disfrute de la vida y de los demás derechos, con un contenido preciso, del que derivan todas las obligaciones señaladas en el artículo 1o. constitucional, y que puede ser protegido a través de un conjunto amplio de garantías primarias y secundarias que ya existen en el país.

¹¹Sentencia del 19 de abril de 2012, en la cual los magistrados que integran el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito con sede en Cuernavaca, Morelos, pronunciaron el fallo relativo al juicio de amparo en revisión 381/2011.

El derecho a la educación inclusiva de las personas con discapacidad

En sociedades plurales como la que aspiramos ser, se reivindican diversos derechos, tanto de grupos en diferentes situaciones de vulnerabilidad, como de grupos con intereses definidos, los cuales pugnan por ciertas aspiraciones y necesidades sociales, culturales, e incluso fisiológicas. El reto es lograr recoger sus aspiraciones en los sistemas jurídicos normativos, *verdaderos estados sociales constitucionales*, señalaría Pisarello.¹ En este sentido, los distintos colectivos no deben ser excluidos, minimizados o desaparecidos, sino incluidos en condiciones de igualdad.

La igualdad y no discriminación constituye un principio de *ius cogens*,² que ha sido recogido por los distintos ordenamientos tanto a nivel internacional, como interno, con el objetivo de abordar la protección de los distintos grupos en situación de vulnerabilidad, dirigiéndose a las mujeres, a las niñas, niños y adolescentes, a las personas con discapacidad, a las y los migrantes, a las personas adultas mayores, a los pueblos y comunidades indígenas, a la población LGBTI,³ por citar algunos ejemplos. Con el propósito de profundizar en un grupo concreto, el presente trabajo se dirigirá, exclusivamente, a analizar el desarrollo de las personas

¹Gerardo Pisarello, “Del Estado social legislativo al Estado constitucional: Por una protección compleja de los derechos sociales”, *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 15, 2001, pp. 81-107.

²Corte IDH, Opinión Consultiva N° 18. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003, párrafo 101. “(...) Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte de derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*.”

³Acronimo tomado del Informe de Violencia contra las personas LGBTI de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Véase <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf> (fecha de consulta 10 de junio de 2016).

Sumario

Los tres modelos de educación frente a las personas con discapacidad.....	324
La reforma constitucional y su impacto sobre el derecho a la educación de las personas con discapacidad	326
El derecho a la educación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	327
Ámbito Regional Interamericano de Protección de los Derechos Humanos	328
Ámbito de Naciones Unidas de Protección de los Derechos Humanos	329
El derecho a la educación de las personas con discapacidad en el orden jurídico mexicano ..	333
Conclusiones y propuestas.....	338
Bibliografía	340

con discapacidad frente al derecho a la educación, considerado un “derecho llave” en la medida en que de su eficacia depende de la satisfacción de otros derechos.⁴

Los tres modelos de educación frente a las personas con discapacidad

Frente al derecho a la educación de las personas con discapacidad, aún existe en nuestros días una gran confusión entre los conceptos y la implicación de la “educación especial”, la “educación integradora” y la “educación inclusiva”,⁵ los cuales se entienden mejor contextualizados a la luz de los distintos paradigmas de la discapacidad que se han desarrollado en diversos contextos históricos y sociales, dando lugar a los modelos “de prescindencia”, “médico-rehabilitador”, “social” —o “de diversidad”—,⁶ y “de derechos humanos”.⁷ A cada uno de estos modelos de discapacidad ha correspondido uno o varios modelos de educación frente a los derechos de las personas con discapacidad.

En primer lugar, surge el modelo *segregador de educación*, en el que prima la educación especial, y entre cuyas principales características destaca la perspectiva esencialista, lo que supone considerar que las causas de los problemas de estos alumnos y alumnas son sus enfermedades, deficiencias o limitaciones personales. Se sobrevalora el diagnóstico médico. Se responsabiliza de la educación de las personas con discapacidad a las y los profesionales especializados dentro del ámbito educativo, y su educación se habrá de realizar mediante programas especiales.

La educación especial se encuentra injustificada, conforme al modelo de los derechos humanos, por varias razones, entre las principales porque no permite la educación de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad, sino que las segrega y aísla. La etiqueta de “especial” contribuye a la discriminación y a mantener los pre-

⁴El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha resaltado que el derecho a la educación es el epítome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos, y que “[l]a educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos”. Observación General 13: El derecho a la educación (artículo 13), documento E/C.12/1999/10 (1999).

⁵Gilda María García Sotelo, *El camino hacia la educación inclusiva de las niñas y los niños con discapacidad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, tesis doctoral, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, director Ignacio Campoy Cervera, depósito: febrero de 2016.

⁶En los últimos años se ha utilizado el término de “diversidad funcional” en lugar de “discapacidad”, siguiendo el criterio del Movimiento de Vida Independiente. Javier Romañach acuñó el término de “diversidad funcional” en 2005. En la misma dirección Palacios y Romañach plantean el modelo de la diversidad, que supone el tránsito significativo desde el eje de *la capacidad* hacia el de *la dignidad*; su fundamento principal es que la diversidad de funcionamiento es parte inherente del ser humano y fuente de riqueza de la sociedad. Por tanto, toda persona con un nivel de funcionamiento diferente (discapacidad) debe tener garantizada su dignidad. Véase Paulina Morales Aguilera y Beatriz Vallés González, “Discapacidad y reconocimiento: reflexiones desde el prisma de Axel Honneth”, en *Dilemata. Revista Internacional de Ética Aplicada*, Año 5 (2013), n° 13, pp. 189-208 y Agustina Palacios y Javier Romañach, *El modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, España, Ediciones Diversitas-AIES, 2006.

⁷Véase Agustina Palacios, *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Colección CERMI, núm. 36, Madrid, CINCA, 2008.

juicios existentes contra ellas. En las escuelas se limita la responsabilidad de los equipos de los centros ordinarios al delegar la responsabilidad en *los y las especialistas* y en *los centros de educación especial*. Se refuerza la segregación del *alumnado especial*, perpetuando los sistemas educativos rígidos y poco flexibles. La preocupación por mantener “grupos homogéneos” se consolida.

En segundo lugar, el *modelo integrador de educación* presenta, como telón de fondo, al modelo médico-rehabilitador de la discapacidad. Bajo este modelo, se asume que las causas de la discapacidad son científicas. Generalmente serán las niñas y niños con discapacidad a quienes se les buscará integrar en la educación regular, siempre y cuando puedan “funcionar normalmente” y “adaptarse” a entornos previamente establecidos. Se mantiene la concepción de que “algo está mal en ellos” y, por lo tanto, se les debe “normalizar”.

Conforme al modelo de derechos humanos de la discapacidad, la educación integradora tampoco se da en condiciones de igualdad; en el mejor de los casos, se “asimilan” o “integran físicamente” cuando les es posible “adaptarse” a las escuelas regulares. En la educación integradora persiste la perspectiva *esencialista* al entender, que “las dificultades” de las personas con discapacidad para recibir una educación “normal” son debidas a “causas inherentes” a ellas mismas. Las etiquetas se modifican con conceptos nuevos como “alumnos de integración”, sin embargo, siguen perpetuándose los prejuicios y las diferentes expectativas. Al igual que en la educación especial, la “delegación de responsabilidades” se mantiene en los y las *especialistas* y la integración educativa mantiene la exclusión bajo argumentos diversos que perpetúan el aislamiento.

El modelo de educación inclusiva surge bajo el paradigma social de la discapacidad y en respuesta a los dos enfoques anteriores discriminatorios. Bajo este paradigma, las personas con discapacidad tienen reconocidas las mismas oportunidades de desarrollo que las personas sin discapacidad. Consecuentemente, la educación debe ser inclusiva, es decir, adaptada a las necesidades de todas y todos.

La “anormalidad” del alumnado con discapacidad deja de ser entendida como una “anormalidad inherente a ellos” y comienza a ser contemplada como una “anormalidad de la sociedad” en general, y una “anormalidad de la escuela” en particular. Las personas con discapacidad, bajo este paradigma social, son reconocidas como titulares de derechos, de los que han de poder gozar plenamente en igualdad de condiciones con las demás personas. Desde esta perspectiva de derechos humanos, se considera a la educación inclusiva como una educación orientada hacia el empoderamiento de las y los educandos, la celebración de la diversidad y la lucha contra la discriminación.

Así, destaca entre las características esenciales de la educación inclusiva el clima tolerante y diverso del entorno escolar. Se fomenta el aprendizaje cooperativo entre alumnos y alumnas; se enfrentan abiertamente los miedos, prejuicios y dudas sobre la inclusión. Todo el equipo académico y administrativo de los centros escolares se sienten responsable de los alumnos y alumnas con discapacidad, por lo que el trabajo en equipo se vuelve indispensable. Se ofrecen los apoyos y ajustes necesarios dentro del aula regular a cada alumno o alumna que los necesite para su aprendizaje, participación

y socialización. Se da voz, mediante los apoyos y ajustes necesarios, a todas y todos los alumnos, fomentando al máximo su participación. Se propone que los centros de recursos — antes centros especiales— se conviertan en una fuente de apoyo a las escuelas regulares mediante trabajo cooperativo. La flexibilidad es una constante en la educación inclusiva que permea la cultura, las políticas y las prácticas educativas.

Las *escuelas inclusivas* se encuentran justificadas, entre otras causas, porque sirven para el desarrollo de una comunidad empática, diversa y solidaria, en la que se concibe a la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, y porque representan un marco favorable para asegurar la igualdad de oportunidades y la participación de todas y todos. La educación inclusiva constituye la vía esencial para superar la exclusión social que resulta de ciertos prejuicios, actitudes y respuestas ante las diferencias socioeconómicas, culturales, físicas, de género, de orientación sexual o derivadas de la discapacidad, entre otras.⁸

La reforma constitucional y su impacto sobre el derecho a la educación de las personas con discapacidad

El nuevo paradigma de los derechos humanos en las últimas décadas del siglo XX y en la primera década del XXI, ha reconfigurado a los Estados occidentales en cuanto a sus ordenamientos jurídicos, sus políticas públicas, su diseño y funcionamiento institucional. Este paradigma es el de los derechos humanos positivados como derechos fundamentales en los textos constitucionales, y por ello, garantizados por el Estado. Con el cambio de paradigma se ha ampliado el catálogo de derechos humanos en los textos constitucionales; al mismo tiempo, en el ámbito internacional los Estados se han obligado al cumplimiento de esos derechos consagrados en los tratados internacionales.⁹ Dentro del ámbito jurídico se diría que lo anterior implicó ampliar la protección de los derechos humanos hacia la convencionalidad.

Dentro de este contexto, en México, como resultado de las obligaciones derivadas de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, se ha vuelto fundamental identificar las disposiciones contenidas en los tratados internacionales a las que el Estado mexicano se ha vinculado, que amplían el margen de protección relacionado con el derecho a la educación de las personas con discapacidad. A raíz de esta ya famosa reforma constitucional sobre derechos humanos, para realizar el control de convencionalidad, las autoridades del Estado mexicano deben hacer la interpretación del orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los

⁸Mel Ainscow y Susie Miles, “Por una educación para todos que sea inclusiva: ¿Hacia dónde vamos ahora?”, en *Perspectivas-Dossier: Educación Inclusiva*, vol. XXXVIII, núm. 145, 2008, pp. 17-44.

⁹Eugenia Revueltas, “Los discapacitados: actores invisibles en el entramado social”, en Johan Cristian Cruz Cruz *et al.* (coords.), *La Comunidad Sorda y sus derechos lingüísticos*, México, UNAM-Facultad de Filosofía y Letras, Facultad de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 33-34.

tratados internacionales, favoreciendo en todo caso a las personas con discapacidad en el estudio concreto bajo análisis, con la protección más amplia (principio *pro personae*).

El presente análisis se realizará con objetivo de determinar si existe algún rezago del Estado mexicano frente al derecho a la educación de las personas con discapacidad, poniendo énfasis en aquellos criterios, normas o principios que resulten vinculantes u orientadores para los operadores jurídicos nacionales y autoridades responsables. Se buscarán identificar las tareas pendientes con el propósito de alcanzar el derecho a la educación para todas y todos en igualdad de condiciones. Por lo tanto, se dará paso a un ejercicio de diálogo jurisprudencial entre la justicia local y la internacional, siempre teniendo en cuenta que el Estado mexicano, al plegarse a los tratados internacionales de protección de los derechos de las personas con discapacidad, ha decidido priorizar la dignidad inherente al ser humano.¹⁰ Ello implica, en definitiva, reconocer que la soberanía Estatal está restringida en su ejercicio por el respeto y garantía efectiva de los derechos humanos.¹¹

El derecho a la educación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha reconocido el derecho de todas las personas a la educación, sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades,¹² tanto en instrumentos internacionales de carácter vinculantes, como en aquellos no estrictamente vinculantes. Ambos aplicables tanto a los Sistemas Regionales de protección de los Derechos Humanos, concretamente al Interamericano, al cual se hará referencia,¹³ como a los derivados del Sistema de Naciones Unidas,¹⁴ al que se atenderá inmediatamente después.

¹⁰Humberto Nogueira Alcalá, *El Diálogo jurisprudencial entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile*, Ponencia del XXV Congreso Argentino de Derecho Internacional, La Plata, organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de las Universidades Nacional de la Plata, Católica de la Plata y Universidad del Este, septiembre de 2013.

¹¹Sergio García Ramírez, “El control judicial interno de convencionalidad”, en *Ius, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, A.C.*, vol. V, núm. 28, Puebla, México, 2011, p. 129.

¹²En términos similares el principio de igualdad y no discriminación se ha recogido en los distintos ordenamientos internacionales, reconociendo el ejercicio de los derechos tratados en ellos, respectivamente, entre los que se encuentra el derecho a la educación, debiendo ser ejercidos sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Como ejemplos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos lo contempla en el artículo 2 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también lo recoge en el artículo 2.

¹³En el ámbito Interamericano se alude al derecho a la educación en general, en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (arts. 3, 30-31, 34, 47-50, 52 y 95) y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. XII, XXX-XXXI), así como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 12 y 26); el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 13-14); la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (art. III), y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (art. 8).

¹⁴El derecho a la educación se encuentra reconocido en diferentes instrumentos internacionales, entre los principales se encuentran: la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 26); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Polí-

Ámbito Regional Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

Dentro del Sistema Regional de Protección de los Derechos Humanos, en el ámbito interamericano, la protección de las personas con discapacidad ha experimentado una gran evolución. Esto puede constatare, en primer lugar, en la lectura del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”. Dicho ordenamiento, en su artículo 13, inciso 3. e) contempla “[...] programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción...”. No puede pasarse por alto que este instrumento internacional data de 1988, y conforme al principio de progresividad de los derechos humanos, ha quedado superado por el resto de ordenamientos protectores del derecho internacional de los derechos humanos. En la misma dirección, el principio *pro persona*, leído en concordancia con el principio de no regresividad, deja obsoleta tal disposición, que denota un lenguaje despectivo, ya rebasado por el respeto hacia la dignidad de todas las personas.

En años posteriores, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad,¹⁵ amplió la protección a este colectivo. Estableció que la discriminación contra las personas con discapacidad significa *toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales*,¹⁶ lo cual claramente se extiende al derecho a la educación en igualdad de condiciones que al resto de alumnas y alumnos. La Convención en comento refleja esta progresividad de los derechos humanos de las personas con discapacidad en términos de *promoción de la integración* al ejercer diversos derechos, como el derecho a la educación, siendo *la integración* la tónica de su protección en los años noventa.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha contribuido al fortalecimiento y a la evolución de la concepción de la discapacidad al fundamentarse en el modelo social para abordarla, tal como lo hizo en el caso Furlan y Familiares contra Argentina,¹⁷ y más recientemente en el caso Gonzáles Lluy y otros contra Ecuador, al señalar: “[...] Como parte de la evolución del concepto de discapacidad, el modelo social de discapacidad entiende la discapacidad como el resultado de la inte-

tos (arts. 18.4); el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales (arts. 13-15); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 7); la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 5 y 10); la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 28-30); la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familias (arts. 30, 43 y 45); la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (arts. 16, 23-24 y 26); la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (art. 22); la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (art. 22).

¹⁵Instrumento Internacional adoptado el 7 de junio de 1999 por la Asamblea General de los Estados Americanos, entrando en vigor el catorce de septiembre de 2001.

¹⁶Artículo 1, punto 2. a).

¹⁷Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Furlan y Familiares contra Argentina, Sentencia de 31 de agosto de 2012 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párrafo 133.

racción entre las características funcionales de una persona y las barreras de su entorno...”.¹⁸ Consecuentemente, la Corte determinó que la discapacidad no se define exclusivamente por la “presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial”, sino que la misma deriva de la interrelación con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva, incluyendo el derecho a la educación.

Ámbito de Naciones Unidas de Protección de los Derechos Humanos

A través de la construcción de la educación inclusiva de las personas con discapacidad, tanto en los ordenamientos vinculantes —*hard law*—, como en los instrumentos no vinculantes —*soft law*—, se encuentra la fuerza y el empuje de los movimientos sociales que han ido reivindicando los derechos humanos de las personas con discapacidad.

La lucha por alcanzar una educación inclusiva ha permeado en dos movimientos sociales de índole mundial que han propuesto, dentro de sus objetivos, lograr el acceso universal a una enseñanza primaria, gratuita y obligatoria de buena calidad. Se trata del *Movimiento de Educación para Todos*, iniciado en 1990, desde el cual se hizo evidente la exclusión y denegación del derecho a la educación en condiciones de igualdad y no discriminación de las y los estudiantes con discapacidad. En el marco de este movimiento, se adoptó la Declaración de Salamanca y su Marco de Acción sobre Necesidades Educativas Especiales, aprobado en 1994, que constituyó un llamado a la conciencia mundial en pro de la educación de las personas con discapacidad, y se encontró guiada por lo que entonces se llamó el “principio de integración”, con miras a conseguir “escuelas para todos”. En el mismo sentido, se desarrolló a partir del año 2000 el *Movimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio*.

Sin embargo, ambos movimientos fracasaron, ya que fue el año 2015 el plazo propuesto para alcanzar los objetivos señalados. Entre las razones de su incumplimiento se encontró la falta de una adecuada atención a las personas con discapacidad, lo cual fue señalado por varias autoridades responsables.¹⁹ Afortunadamente, esta llamada de atención fue recogida por los nuevos Objetivos, que reemplazaron a los anteriores y que son los ahora llamados *Objetivos de Desarrollo Sostenible*, cuyo plazo para su cumplimiento será el año 2030. En estos nuevos Objetivos, y en las metas que los acompañan, sí se ha incluido la perspectiva de la discapacidad y, además, los mismos

¹⁸Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González Lluy y otros contra Ecuador (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 15 de septiembre de 2015, párrafo 237.

¹⁹Informe del Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas. El Camino a seguir: una agenda para el desarrollo que tenga en cuenta a las personas con discapacidad para 2015 y después de ese año. Resolución A/68/95. De no ocuparse con urgencia del 10% de la población del mundo en la aplicación, examen y evaluación de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y los Objetivos de Educación para Todos, y de seguir sin contemplar la perspectiva de la discapacidad en sus metas, mecanismos de evaluación e indicadores, se seguirá menoscabando el propósito de los Objetivos, y ni éstas, ni próximas metas podrán alcanzarse. Véanse también las resoluciones: A/64/180 y A/65/173.

contarán con mecanismos de rendición de cuentas, por lo que existe una mayor probabilidad de ser alcanzados. Entre sus Objetivos se encuentra el de: *Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje para toda la vida*.²⁰

Continuando con los ordenamientos de *soft law*, que han sido fundamentales para el reconocimiento del derecho a la educación para las personas con discapacidad, se encuentran el Programa de Acción de las Personas con Discapacidad,²¹ las Directrices de Tallinn para el desarrollo de los recursos humanos en la esfera de los impedidos,²² y las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad,²³ fortaleciendo este último instrumento la toma de conciencia como vía para superar las barreras actitudinales frente a las personas con discapacidad.

Al revisar su contenido, se puede constatar cómo en estos instrumentos, a pesar de reconocer la educación regular (equiparada con el sistema escolar “normal”)²⁴ como la regla general para las alumnas y los alumnos con discapacidad, se mantienen abiertas ventanas para la educación especial. Esto se hace bajo diversos argumentos “excepcionales”. Entre las más frecuentes “excepciones” se encuentran: la temporalidad de la medida, la gravedad de la discapacidad del alumno o alumna, o la falta de presupuesto. En palabras de Rafael de Lorenzo, “preocupa que en el ámbito de la educación para las niñas y niños con discapacidad se dejara abierta la puerta a la educación especial ante situaciones excepcionales, obstaculizando con ello una genuina educación inclusiva”.²⁵

Sin lugar a dudas, la labor de las relatorías especiales ha sido fundamental en la contribución del desarrollo de la educación inclusiva.²⁶ En especial lo ha sido la gran aportación de la primera relatora especial sobre educación, Katarina Tomasevski,²⁷ en relación con la implementación de “las 4´As” que sustenta la educación inclusiva sobre los principios de asequibilidad, accesibilidad, adaptabilidad y aceptabilidad; así como el impulso brindado por las posteriores relatorías del derecho a la educación. De igual forma, en materia de discapacidad, la actual Relatora Especial sobre los derechos

²⁰Véase la web oficial de Naciones Unidas sobre los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible en <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>

²¹Originalmente su nombre fue *Programa de Acción Mundial para los Impedidos*, aprobado mediante la Resolución A/RES/37/53 sobre *Ejecución del Programa de Acción Mundial para los Impedidos*. Fue considerado el resultado más importante del *Año Internacional de los Impedidos* (1981).

²²Este instrumento se desarrolló en el marco de la *Reunión Internacional sobre los Recursos Humanos en la Esfera de los Impedidos*, celebrada en Tallinn, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, del 14 al 22 de agosto de 1989, mediante la Resolución A/RES/44/70.

²³Aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1993, mediante resolución A/RES/48/96.

²⁴Como por ejemplo en el párrafo 22 del Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad.

²⁵Rafael de Lorenzo, *Discapacidad, sistemas de protección y Trabajo Social*, Madrid, Alianza Editorial, 2007, p. 42.

²⁶Los posteriores relatores de educación han sido el señor Vernor Muñoz Villalobos (2004-2010) y actualmente el señor Kishore Singh a partir de 2010. Véase http://spinternet.ohchr.org/_Layouts/SpecialProceduresInternet/ViewAllCountryMandates.aspx?Type=TM

²⁷El 17 de abril de 1998 la Comisión de Derechos Humanos adoptó la Resolución 1998/33 por la que nombraba por un periodo de tres años un Relator Especial cuyo mandato se centraría en el derecho a la educación.

de las personas con discapacidad, Catalina Devandas Aguilar,²⁸ ha ido construyendo pisos mínimos del derecho a la educación inclusiva, los cuales no tienen vuelta atrás. En este sentido, la relatora especial, Devandas Aguilar, ha insistido en que los Estados adopten la cláusula de no rechazo (*no rejection*) en sus legislaciones correspondientes para garantizar que todos los niños y niñas, con o sin discapacidad, reciban educación en escuelas regulares.²⁹

En la misma dirección, se han pronunciado los diversos órganos creados en virtud de los tratados, tales como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y otros órganos como el relativamente reciente Comité de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante el CDPD). Estos mecanismos han contribuido a que la vigilancia sea total para hacer efectiva la educación inclusiva en todos los niveles, para conseguir la transformación política y cultural de los sistemas educativos, y para hacer frente a los “eslabones aislados de atención a la educación inclusiva” que son aquellos “avances puntuales” frente a la educación inclusiva que no permiten un cambio de paradigma estructural.

Innumerables han sido los ordenamientos que progresivamente han ido reconociendo la educación inclusiva;³⁰ sin embargo, no fue sino hasta diciembre de 2006³¹ cuando, a través de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, se reconoció por primera vez en un instrumento internacional de carácter vinculante —*hard law*— el sistema de educación inclusiva.

Mediante el artículo 24 de la CDPD se reconoció el derecho a la educación para las personas con discapacidad sin discriminación y sobre la base de igualdad de oportunidades. Para lograr esto, se conminó a los Estados a asegurar un sistema de educación inclusivo en todos los niveles de enseñanza para hacer efectivo este derecho universal. Al haber establecido claramente que su enfoque educativo es la inclusión, proyectó sus efectos más allá de las personas con discapacidad, lo que beneficia a todos los y las estudiantes, y especialmente a los grupos en situación de vulnerabilidad.

En palabras del anterior Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz: “[...] el concepto de educación inclusiva supone dos procesos íntimamente relacionados: por un lado cuestiona la educación tradicional (patriarcal, utilitarista y segregadora) y por otro lado, se refiere a un mecanismo específico que busca asegurar una educación apropiada y pertinente para las personas con discapacidad y para otros grupos discriminados, motivo por el cual aspira a ser un modelo sistémico y sistemático”.³² Por lo tanto, a partir de la CDPD, se consolida el derecho a la educación inclusiva, y de

²⁸Nombrada Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad mediante la Resolución 26/20 del Consejo de Derechos Humanos, asumiendo el mandato el 1 de diciembre de 2014.

²⁹Véase el apartado “Opening Statements”, en *The Right to Education of Persons with Disabilities — Committee on Rights of Persons with Disabilities holds Day of General Discussion*, disponible en la web.

³⁰Destaca la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, aprobada el 14 de diciembre de 1960, en París.

³¹La Asamblea General de Naciones Unidas la aprobó el 13 de diciembre de 2006, mediante resolución A/RES/61/106.

³²Documento A/HRC/4/29, de 19 de febrero de 2007, *Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación*, el Sr. Vernor Muñoz, *El derecho a la educación de las personas con discapacidad*, párrafo 10.

esta forma debe ser entendido como un binomio indisoluble, esto es: *la educación sólo puede ser educación inclusiva*.

Consecuentemente, las personas con discapacidad tienen derecho, al igual que el resto, a recibir la educación en escuelas regulares y no en escuelas especiales. La educación inclusiva da la oportunidad a todas las niñas y niños de participar en las decisiones que les afectan en igualdad de condiciones con los demás, incluyendo a aquéllas con discapacidad psicosocial o intelectual, que han sido tradicionalmente excluidos de la educación regular. Por lo tanto, los Estados deben garantizar el derecho a la educación inclusiva justificable, como lo ha recomendado el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad; lo que supone tener el derecho a apelar cualquier decisión de emplazamiento en ambientes educativos segregados, que vulneren la plena accesibilidad a la educación de las niñas y niños con discapacidad, o que generen discriminación directa o indirecta contra ellos.³³

Los Comentarios u Observaciones Generales contribuyen a ampliar el significado de las disposiciones de los Pactos y Tratados, precisando las obligaciones de los Estados y las tareas concretas que deben llevar a cabo para cumplir con lo que disponen los instrumentos internacionales.³⁴ Frente a la educación inclusiva su desarrollo ha sido fundamental.³⁵

Por rebasar el espacio para poder atender a las mismas, tan sólo desea resaltarse la trascendencia que tiene la actual discusión y preparación de la Observación General sobre el Derecho a la Educación de las Personas con Discapacidad, al interior del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que sin lugar a dudas constituirá una importante guía para los Estados parte frente al artículo 24 de la CDPD. Esta decisión del Comité se originó en la revisión de los informes periódicos que los Estados le han presentado y los datos que éstos evidenciaban, denotando la constante

³³Por ejemplo, véanse las observaciones finales a España (documento CRPD/C/ESP/CO/1, párrafo 44.d), Dinamarca (documento CRPD/C/DNK/CO/1, párrafo 55) y Nueva Zelanda (documento CRPD/C/NZL/CO/1, párrafo 50).

³⁴Miguel Carbonell, "Derechos Humanos en la Constitución Mexicana", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor *et al.* (coords.), *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, México, SCJN, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas y Fundación Konrad Adenauer, 2013, p.

³⁵Destacan las siguientes: Observaciones del Comité del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales: la Observación General 5, sobre Personas con discapacidades (documento E/C.12/1994/13 (1994); la Observación General 11, sobre Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14) (documento E/C.12/1999/4); la Observación General 13, sobre el Derecho a la educación (artículo 13) (documento E/C.12/1999/10(1999) y la Observación General 20 sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) (documento E/C.12/GC/20).

Observaciones del Comité de los Derechos del Niño: la Observación General 1, sobre Propósitos de la Educación (documento CRC/GC/2001/1); la Observación General 7, sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia (documento CRC/C/GC/7/Rev.1) y la Observación General 9, sobre los derechos de los niños con discapacidad (documento CRC/C/GC/9).

Observaciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad:

La Observación General N° 2, sobre el artículo 9: accesibilidad (documento CRPD/C/GC/2).

La Observación General N° 1, sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley (documento CRPD/C/GC/1).

y grave vulneración del derecho a la educación de las personas con discapacidad.³⁶ En efecto, el Comité manifestó su preocupación por la exclusión de las niñas, niños y adultos con discapacidad en el ámbito educativo, lo que no sólo constituía un hecho de discriminación en sí mismo, sino que además obstaculizaba significativamente la participación igualitaria frente al resto de la población en todas las esferas de la vida.³⁷

El documento preparatorio de la Observación General que se titula “El derecho a la educación inclusiva” y que actualmente se encuentra en su etapa de elaboración,³⁸ como su título lo señala, se pronuncia decididamente por el derecho a la educación inclusiva. Éste dispone que el derecho a educación inclusiva debe entenderse en cuatro distintas acepciones: *a)* como un derecho fundamental de todas las personas con discapacidad, *b)* como un medio para alcanzar la realización completa del derecho a la educación y un medio indispensable para alcanzar otros derechos humanos, *c)* un principio que valora el bienestar de todas y todos los estudiantes, respeta su dignidad y reconoce sus necesidades y sus habilidades con el objetivo de contribuir a la sociedad, y *d)* un proceso que necesita un continuo y pro-activo compromiso para la eliminación de las barreras que impiden el derecho a la educación, junto con cambios en la cultura, las políticas y las prácticas de las escuelas regulares para responder a todos los estudiantes.

El derecho a la educación de las personas con discapacidad en el orden jurídico mexicano

En el orden jurídico mexicano, desde el año 2001, quedó reconocida la igualdad entre todas las personas, así como la prohibición de discriminación por diversas causas o motivos, entre ellos la discapacidad, tal como se desprende del artículo 1º, párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante la CPEUM).

Con la inclusión de la cláusula antidiscriminatoria en el sistema jurídico nacional, no sólo se proyectaron los principios de universalidad y no discriminación por lo que respecta al goce y ejercicio de todos los derechos, sino que a su vez quedó plasmada la diversidad humana. Aquella por la cual se reconoce la presencia de una heterogeneidad etaria, cultural, funcional, sexual, entre otras, que conlleva el considerar las circunstancias y contextos particulares de las personas con la finalidad de que en el ejercicio de sus derechos se adopten las medidas y acciones para que puedan ser

³⁶“El trabajo del Comité se encuentra en sintonía con las iniciativas adoptadas por otros mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas. En la resolución 22/3 del Consejo de Derechos Humanos solicitó a la Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos que preparara un estudio sobre el derecho a la educación de las personas con discapacidad, mediante la consulta con los Estados y otros importantes actores, incluyendo a Unicef, Unesco, organizaciones regionales, el Relator Especial sobre Discapacidad de la Comisión de Desarrollo Social, organizaciones de la sociedad civil, incluyendo organizaciones constituidas por personas con discapacidad e instituciones nacionales de derechos humanos. El informe fue adoptado en la 25a. sesión del Consejo de Derechos Humanos, en diciembre de 2013, mediante el documento (A/HRC/25/29).”

³⁷Véase el documento, “*Call for Submissions: Day of General Discussion (DGD) on the Right to Education for Persons with Disabilities*”, to be held on 15 April 2015, at Palais de Nations, Geneva, párrafo 1, disponible en la web, párrafo 2.

³⁸Véase www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx, fecha de consulta 3 de junio de 2016.

ejercidos en igualdad de condiciones entre todas ellas —según sus necesidades particulares—, sin que existan diferencias injustificadas e indebidas.

Bajo esta tesitura, en nuestro país se encuentra reconocido el derecho a la educación para toda persona en el artículo 3º de la CPEUM, reproduciendo con ello los principios de universalidad y no discriminación, al vincularse con lo previsto en el artículo 1º constitucional.

El artículo 3º constitucional mandata que la educación impartida por el Estado (educación preescolar, primaria, secundaria y media superior, todas ellas de carácter obligatorio) tenderá a desarrollar las facultades del ser humano, fomentando, entre otras cuestiones, el respeto a los derechos humanos. Situación que se ve reforzada, al establecer en su fracción II, que el criterio que orientará a la misma luchará contra la ignorancia, las servidumbres y los prejuicios, y contribuirá a la mejor convivencia humana para fortalecer el aprecio y respeto por la diversidad cultural, la dignidad de la persona y la igualdad de derechos de todas y todos.

Por otra parte, la CPEUM señala que la educación que imparta el Estado será laica, gratuita, de calidad;³⁹ promoverá y atenderá todos los tipos y modalidades de educación, pudiendo ser impartida también por los particulares, igualmente en todos sus tipos y modalidades, apegada a los fines y criterios previamente señalados.

Ahora bien, considerando las disposiciones del artículo 3º constitucional, la Ley General de Educación (en adelante la LGE) es el ordenamiento secundario que se encarga de desarrollar su contenido,⁴⁰ aplicable por lo que se refiere a la educación impartida por el Estado, y por los particulares, con autorización o reconocimiento de validez oficial de estudios.

De esta forma, retomando los principios de universalidad y no discriminación derivados de la CPEUM, la LGE los considera desde sus primeras disposiciones, al señalar que “todo individuo tiene derecho a recibir educación de calidad en condiciones de equidad”,⁴¹ así como al mencionarlos explícitamente en sus artículos 7º y 8º, respectivamente, como parte de los fines y criterios que rigen la educación impartida tanto por el Estado como por los particulares. Entre ellos, el reconocimiento y respeto de los derechos humanos, la promoción de la igualdad de derechos entre las personas, la igualdad de éstas ante la ley, así como la lucha contra los prejuicios, la formación de estereotipos, la discriminación y la violencia; obligando a la instrumentación de políticas públicas para que dichos fines y criterios se apliquen de manera transversal en los tres órdenes de gobierno.

De lo anterior se desprende la importancia y trascendencia que para el orden jurídico nacional implica el derecho a la igualdad y no discriminación, en su relación con el derecho a la educación, pues deriva en el reconocimiento del respeto por la

³⁹De tal manera que los materiales y métodos educativos; la organización escolar; la infraestructura educativa, y la idoneidad del personal docente y directivo, garanticen el máximo logro de aprendizaje de las y los estudiantes (artículo 3º, párrafo tercero de la CPEUM).

⁴⁰Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de julio de 1993. Última reforma publicada el 1 de junio de 2016.

⁴¹Artículo 2º de la LGE.

diversidad humana y de la dignidad de todas las personas en el ejercicio del mismo; criterio fundamental para que las autoridades educativas puedan cumplir con su obligación de respetar, promover, proteger y garantizar el derecho a la educación, en igualdad de condiciones, por parte de cualquier persona, atendiendo a sus necesidades particulares.⁴²

Esa situación ha quedado plasmada, explícitamente, en el contenido de la LGE, producto de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de junio de 2016 —en vigor al día siguiente—, al reconocer como fines de la educación el propiciar la cultura de la inclusión y la no discriminación, al igual que el fomento de la valoración de la diversidad y de la inclusión como condiciones para el enriquecimiento social y cultural.⁴³

Ahora bien, sin perjuicio de lo anteriormente desarrollado, aplicable por igual a cualquier tipo de educación impartida por el Estado o por los particulares, la LGE, para el caso de las personas con discapacidad, históricamente ha reconocido en su artículo 41 una educación específica para ellas, siendo ésta la educación especial, tal como deriva desde la creación de la ley en comento, en 1993. En razón de lo anterior, en las siguientes líneas se procederá a explicar la educación especial prevista por la LGE, destacando los contenidos de la reforma de junio de 2016, cuyo objetivo principal se encuentra orientado a la regulación de la educación de las personas con discapacidad.

Tradicionalmente en México, y atendiendo a la redacción del artículo 41 de la LGE —anterior a la reforma—, la educación para las personas con discapacidad se ha caracterizado por imponer un modelo educativo de segregación para ellas, derivado de la influencia del modelo médico a otros ámbitos o entornos como el educativo. Así, se ha confinado a las y los estudiantes con discapacidad a escuelas especiales —de acuerdo al tipo de discapacidad que se tenga—, con la posibilidad de ser integradas —según las circunstancias de cada caso—, a una escuela regular,⁴⁴ lo cual da pauta para señalar que a la par de un modelo segregacionista —y como excepción al mismo—, en México también se ha mantenido vigente un modelo educativo de integración, al ser las escuelas especiales “el trampolín” para que las personas con discapacidad —en determinados casos— sean integradas o incorporadas a escuelas regulares. No obstante, esto se ha venido haciendo sin que existan las condiciones del entorno para recibir las, pues la integración toma como punto de partida el hecho de que son las propias personas con discapacidad las que deben adaptarse a esos nuevos ámbitos “normalizados”, y no dichos ámbitos a ellas.

Si bien el escenario anterior es el que había estado vigente en México por más de dos décadas, es preciso señalar que la reforma a la LGE de junio de 2016 introdujo conceptos adicionales en el tema de la educación especial para las personas con discapacidad. Esto lo hizo al incorporar la cultura de la diversidad, así como el principio

⁴²Tal como lo señala el artículo 1º, párrafo tercero de la CPEUM.

⁴³Previstos en el artículo 7, fracciones VI y VI Bis de la LGE, incorporados a dicho ordenamiento como parte de la reforma publicada el 1 de junio de 2016, en materia de educación de las personas con discapacidad.

⁴⁴Con la finalidad de no repetir los diversos modelos explicativos de la educación de las personas con discapacidad, se remite a la persona lectora a la primera parte del presente artículo.

y la cultura de la inclusión como fines de la educación,⁴⁵ dando pauta para que los mismos se introduzcan en el contexto y/o enfoque a partir del cual se desarrollará la educación especial,⁴⁶ y como parte de los criterios a considerar para la formación y capacitación de las y los maestros que “atiendan” [*sic*] a personas con discapacidad.⁴⁷

Asimismo, considerando uno de los elementos característicos de la educación inclusiva, como lo es la accesibilidad, la reforma en cita también previó la incorporación de dicho criterio, o de esas pautas de accesibilidad, en distintos apartados. Entre éstos, la elaboración de libros de texto gratuitos y de materiales educativos,⁴⁸ así como en general, en la prestación de los servicios educativos en el marco del sistema educativo nacional.⁴⁹

En razón de lo anterior, si se analizan dichas reformas en su individualidad, las mismas podrían ser indicativas de la incorporación de una perspectiva de inclusión al sistema educativo nacional, enfocada principalmente a las personas con discapacidad, al señalar elementos característicos de una educación inclusiva, tal como deriva del artículo 24 de la CDPD, así como de los diversos instrumentos internacionales referenciados en el apartado anterior. Sin embargo, consideradas en su conjunto con el contexto integral de la LGE, las reformas en mención constituyen un mínimo avance en la educación especial de las personas con discapacidad, ya que aun cuando se orientó el propósito de esa educación especial con el hecho de “identificar, prevenir y eliminar las barreras que limitan el aprendizaje y la participación plena y efectiva en la sociedad de las personas con discapacidad [...]”,⁵⁰ y se incorporaron ciertos rasgos tendientes a lograr una educación inclusiva como los anteriormente referenciados, la vigencia de esas disposiciones, sin duda alguna, continúa coexistiendo con un modelo de segregación —como la principal oferta educativa para las personas con discapacidad—, al mantener en práctica una educación de carácter especial.

Esto se materializa al señalar el artículo 41 de la LGE, que la educación especial “atenderá a los educandos de manera adecuada a sus propias condiciones, estilos y ritmos de aprendizaje, en un contexto educativo incluyente, que se debe basar en los principios de respeto, equidad, no discriminación, igualdad sustantiva, y perspectiva de género”. Esto pone de manifiesto que a pesar de señalar la existencia de contextos educativos incluyentes, continúa la permanencia de escuelas o modelos de enseñanza exclusivos para las personas con discapacidad al enfatizar que se deberán considerar sus estilos y ritmos de aprendizaje, los cuales, enmarcados en los prejuicios y estereotipo-

⁴⁵ Artículo 7º, fracciones VI y VI Bis de la LGE, anteriormente citado.

⁴⁶ Artículo 41, primer párrafo, *in fine*, y sexto párrafo de la LGE.

⁴⁷ Artículos 33, fracción II Bis; y 41, tercer párrafo de la LGE.

⁴⁸ Artículo 12, fracción III de la LGE.

⁴⁹ Artículo 41, último párrafo de la LGE, al señalar que “quienes presten servicios educativos en el marco del sistema educativo nacional atenderán las disposiciones en materia de accesibilidad señaladas en la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, en la Ley General de la Infraestructura Física Educativa, y en las demás normas aplicables”. Y artículos 55, fracción II (obligación de las personas particulares que imparten educación con autorización o con reconocimiento de validez oficial de estudios, de contar con instalaciones accesibles, conforme a los términos que señalen las disposiciones aplicables); 59 (accesibilidad en la educación inicial), 70 (atribuciones de los Consejos Municipales de Participación Social en la Educación).

⁵⁰ Artículo 41, primer párrafo de la LGE.

tipos que tradicionalmente se vinculan a la educación de las personas con discapacidad, no se empatan, en lo más mínimo, con las condiciones de aprendizaje de las y los alumnos sin discapacidad que acuden a escuelas regulares. Parecería que se intentó conciliar “educación especial” con “contextos educativos incluyentes”, los que de ninguna manera pueden compatibilizarse.

Inclusive, aun cuando pudiera entenderse en algún momento, que la educación que se privilegia en favor de las personas con discapacidad podría ser una distinta a la especial, al señalar el segundo párrafo del artículo 41 de la LGE, que en el caso de las personas con discapacidad “se favorecerá su atención en los planteles de educación básica”, el mismo párrafo limita aquélla posible interpretación, al mencionar que ese hecho no cancela “su posibilidad de acceder a las diversas modalidades de educación especial atendiendo a sus necesidades”. Lo que se traduce en el entendido de que no excluye, y por el contrario, mantiene vigente, un modelo educativo de segregación para las personas con discapacidad, bajo el argumento de “las dificultades severas de aprendizaje” inherente a las personas con discapacidad.

En el mismo sentido, la propia LGE, más allá de lo previsto en su artículo 41, refiere a una educación de carácter especial para las personas con discapacidad, como lo es el caso del artículo 33 que dentro de las acciones a instrumentar para garantizar la equidad en la educación establece que las autoridades educativas, en el ámbito de sus competencias, fortalecerán la educación especial incluyendo a las personas con discapacidad. O bien, en el caso del artículo 20, fracción I, que al mencionar la existencia de un sistema nacional de formación, actualización, capacitación y superación para el personal docente, le atribuye entre sus finalidades la relativa a la formación de maestros de educación especial, con nivel licenciatura.

En consecuencia, de esas referencias legislativas es que se desprende la vigencia, en el orden jurídico nacional, tanto de un modelo educativo de segregación —como regla general— para las personas con discapacidad, como de un modelo de integración para ciertos casos. Lo anterior, a pesar de los esfuerzos de la reforma de junio de 2016 a la LGE, por intentar hacer compatibles la educación especial, la educación de integración y la educación inclusiva; sistemas educativos antagónicos por sí mismos.

Situación similar a la prevista por la LGE en cuanto al sistema educativo, aplicable para las personas con discapacidad, sucede con la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad (en adelante la LGIPCD).⁵¹ Dicho ordenamiento tiene por objeto reglamentar en lo conducente el artículo 1º de la CPEUM, estableciendo las condiciones en las que el Estado mexicano deberá proteger y promover el ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad,⁵² los cuales reconoce de manera enunciativa, mas no limitativa, con la finalidad de que se instrumenten las políticas públicas para su efectivo ejercicio.

⁵¹ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de mayo de 2011. Última reforma publicada el 17 de diciembre de 2015.

⁵² Artículo 1, párrafo segundo de la LGIPCD.

Entre los derechos reconocidos por la LGIPCD se encuentra el relativo a la educación, previsto en sus artículos 12 al 15. El primero de esos numerales señala que la Secretaría de Educación Pública promoverá el derecho a la educación de las personas con discapacidad incorporando el principio de no discriminación, al disponer que se prohibirá cualquier acto discriminatorio en planteles, centros educativo o guarderías, así como por parte del personal docente o administrativo del sistema educativo nacional.

Ahora bien, con independencia de la aplicación del criterio de no discriminación antes referenciado, la LGIPCD, como parte de las acciones a implementar en materia educativa, determina desde la primera fracción de su artículo 12 la coexistencia de dos modelos educativos para las personas con discapacidad. Esto lo hace al señalar que en el sistema educativo nacional se debe establecer el diseño, ejecución y evaluación, tanto del programa para la educación especial, como del programa para la educación inclusiva de las personas con discapacidad. Situación que evidencia, tal como sucede en el caso de la LGE, que si bien se enuncia y reconoce un modelo escolar de carácter inclusivo —incorporando criterios de accesibilidad en algunos aspectos del proceso educativo, como lo son los materiales o programas de estudio—, las características y elementos esenciales de dicho modelo no permean desde la raíz en el sistema educativo mexicano.

Lo anterior se debe a que mantiene vigente un método de enseñanza “particular” o “especial” para las personas con discapacidad, que de suyo es contrario a los postulados de la educación inclusiva, según las características que de la misma se expusieron anteriormente; sin olvidar mencionar que, en su artículo 15, la LGIPCD establece que la educación especial tendrá por objeto el señalado en la LGE, que no es otro más que eliminar las barreras que limitan el aprendizaje y la participación plena de las personas con discapacidad, atendiendo a las y los alumnos de acuerdo con sus propias condiciones, estilos y ritmos de aprendizaje.

Inclusive, no se debe perder de vista que la LGIPCD, igual que la LGE, al tiempo de prever un modelo educativo especial y otro inclusivo para las personas con discapacidad, reconoce además otro de carácter integrador. Esto se evidencia al mencionar en las fracciones III y IV de su artículo 12, que “las niñas y los niños con discapacidad no podrán ser condicionados en su integración a la educación inicial o preescolar”. También lo hace al señalar que se incorporará “al personal docente que interviene directamente en la integración educativa de personas con discapacidad”, al sistema nacional de formación para maestros de educación básica.

Por lo tanto, la LGIPCD, en la misma sintonía que la LGE, reconoce tres supuestos educativos para las personas con discapacidad, que dificultan la adopción de medidas orientadas a lograr un sistema educativo inclusivo para las personas con discapacidad.

Conclusiones y propuestas

Lo primero que se desea resaltar del análisis anterior es que el sistema de educación especial y el sistema de educación inclusiva son antagónicos por naturaleza; por lo tanto, no puede existir un sistema de educación especial con medidas de accesibilidad,

simulando su complementariedad. La vigencia de los tres modelos de educación frente a las personas con discapacidad —el especial, el de integración y el de inclusión— resulta erróneo e imposible de compatibilizar, transgrediendo la CDPD y vulnerando el principio *pro personae*.

En este sentido, el Estado mexicano, en aras de cumplir con la convencionalidad devenida a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, debería incorporar desde el propio artículo 3º constitucional, el reconocimiento de la educación inclusiva, gratuita y de calidad para todas las personas, sin discriminación alguna, de conformidad con la CDPD. Esa adecuación constitucional traería como consecuencia inmediata la necesidad de reformar el resto de ordenamientos, como lo es la LGE y la LGIPCD en la misma dirección, garantizando estructuralmente la educación inclusiva, cumpliendo con las recomendaciones emitidas por el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en sus observaciones finales al Estado mexicano.⁵³

De aquí que resulte imperante la implementación de las debidas acciones legislativas y de políticas públicas para consolidar la transición desde un sistema educativo especial para las personas con discapacidad, a un verdadero sistema de educación inclusivo nacional, en consulta con las propias personas con discapacidad, tal como lo señala la propia CDPD.⁵⁴

Para lograr la materialización de todo lo anteriormente señalado, los elementos indispensables que se deberían aplicar en todo sistema de educación inclusivo, emanados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, serían los siguientes:

- Insertar la cláusula contra el rechazo en los ordenamientos conducentes.
- Eliminar barreras e incorporar la accesibilidad actitudinal —eliminando el miedo a la diferencia, superando prejuicios y estigmas—, la accesibilidad comunicacional y arquitectónica, de forma estructural en el sistema de educación inclusiva, eliminando los eslabones aislados de atención a la discapacidad.
- Realizar los apoyos y ajustes razonables necesarios.
- Sensibilizar y capacitar de forma continua y sistemática en materia de educación inclusiva a todo el personal administrativo, docente y técnico evaluador de todos los centros educativos, así como a las autoridades responsables en materia educativa,⁵⁵ logrando una progresiva transformación y toma de conciencia en el resto de la sociedad.

Se concluye señalando que en la actualidad, en México, prevalecen las escuelas entendidas como centros de adiestramiento de la infancia, que promueven la estanda-

⁵³Observaciones finales sobre el informe inicial de México. Documento CRPD/C/MEX/CO/1, párrafos 47 y 48.

⁵⁴Artículo 4, párrafo 3. “En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados parte celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan.”

⁵⁵Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Documento A/HRC/25/29.

rización de las y los estudiantes, donde se enseñan contenidos homogéneos que persiguen resultados también homogéneos al final de cada ciclo escolar. Este modelo de educación tradicional expulsa y excluye a todas y todos aquellos que no responden a esos estándares, como las niñas y niños con discapacidad, que se ven relegados a escuelas especiales encargadas de su “atención particular y normalización”. Atendiendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Estado mexicano está obligado a incorporar sus disposiciones en el orden jurídico nacional, con el objetivo de convertir a las escuelas regulares en los hábitats naturales de la infancia, espacios libres de discriminación y caracterizados por la diversidad.

Bibliografía

- AINSCOW, Mel y Susie Miles, “Por una educación para todos que sea inclusiva: ¿Hacia dónde vamos ahora?”, *Perspectivas-Dossier: Educación Inclusiva*, vol. XXXVIII, núm. 145, 2008.
- CARBONELL, Miguel, “Derechos Humanos en la Constitución Mexicana”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor *et al.* (coords.), *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, México, SCJN, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas y Fundación Konrad Adenauer, 2013.
- DE LORENZO, Rafael, *Discapacidad, sistemas de protección y Trabajo Social*, Madrid, Alianza Editorial, 2007.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, *Ius, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, A.C.*, vol. V, núm. 28, diciembre de 2011, Puebla, México.
- GARCÍA SOTELO, Gilda María, “El camino hacia la educación inclusiva de las niñas y los niños con discapacidad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, tesis doctoral, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, director Ignacio Campoy Cervera, depósito: febrero de 2016.
- MORALES AGUILERA, Paulina y Beatriz Vallés González, “Discapacidad y reconocimiento: reflexiones desde el prisma de Axel Honneth”, *Dilemata. Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, año 5 (2013), núm. 13.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El Diálogo jurisprudencial entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”, ponencia del XXV Congreso Argentino de Derecho Internacional, La Plata, organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de las Universidades Nacional de la Plata, Católica de la Plata y Universidad del Este, septiembre de 2013.
- PALACIOS, Agustina, *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Colección CERMI, núm. 36, Madrid, CINCA, 2008.
- PALACIOS, Agustina y Javier Romañach, *El modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, España, Ediciones Diversitas-AIES, 2006.
- PISARELLO, Gerardo, “Del Estado social legislativo al Estado constitucional: Por una protección compleja de los derechos sociales”, *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 15, 2001.

REVUELTAS, Eugenia, “Los discapacitados: actores invisibles en el entramado social”, en Johan Cristian Cruz *et al.* (coords.), *La Comunidad Sorda y sus derechos lingüísticos*, México, UNAM-Facultad de Filosofía y Letras, Facultad de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.

Instrumentos Internacionales

Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, aprobada el 14 de diciembre de 1960.

Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. Resolución A/RES/48/96.

Directrices de Tallinn para el desarrollo de los recursos humanos en la esfera de los impedidos. Resolución A/RES/44/70.

Declaración de Salamanca y Marco de Acción sobre Necesidades Educativas Especiales. 7-10 de junio de 1994, aprobada por la Conferencia Mundial sobre Necesidades Educativas Especiales: Acceso y Calidad.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Resolución A/RES/61/106.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Furlan y Familiares contra Argentina (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 31 de agosto de 2012. Serio C. No. 246.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González Lluy y otros contra Ecuador (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 15 de septiembre de 2015. Serie C. No. 298.

Opinión Consultiva N° 18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003.

Resoluciones

Resolución A/RES/37/53 sobre Ejecución del Programa de Acción Mundial para los Impedidos por el cual se aprueba el Programa de Acción Mundial para los Impedidos.

Resolución A/RES/44/70 sobre Ejecución del Programa de Acción Mundial para los Impedidos y Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos.

Resolución 1998/33 de la Comisión de Derechos Humanos, Relator Especial sobre el Derecho a la Educación, Kishore Singh, del 17 de abril de 1998.

Resolución 26/20 del Consejo de Derechos Humanos. Establecimiento del mandato de la Primera Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Resolución 22/3 del Consejo de Derechos Humanos. Solicitud a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) para realizar un estudio sobre el derecho a la educación de las personas con discapacidad.

Informes

Informe de Violencia contra las Personas LGBTI de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>

Informe del Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas. El Camino a seguir: una agenda para el desarrollo que tenga en cuenta a las personas con discapacidad para 2015 y después de ese año. Resolución A/68/95.

Informe del Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas. Realización de los Objetivos de Desarrollo del Milenio para las Personas con Discapacidad mediante la aplicación del programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Resolución A/64/180.

Informe del Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas. Para cumplir la promesa: realización de los Objetivos de Desarrollo del Milenio para las personas con discapacidad hasta 2015 y después de esa fecha. Resolución A/65/173.

Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, el señor Vernor Muñoz, El derecho a la educación de las personas con discapacidad. Documento A/HRC/4/29.

Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Documento A/HRC/25/29.

Observaciones finales del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad a los Estados

España (documento CRPD/C/ESP/CO/1).

Dinamarca (documento CRPD/C/DNK/CO/1).

Nueva Zelanda (documento CRPD/C/NZL/CO/1).

México (documento CRPD/C/MEX/CO/1).

Observaciones Generales de los Comités de los distintos tratados internacionales de protección de los derechos humanos

Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Observación General 5, sobre Personas con discapacidades (documento E/C.12/1994/13 (1994).

Observación General 11, sobre Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14) (documento E/C.12/1999/4).

Observación General 13, sobre el derecho a la educación (artículo 13) (documento E/C.12/1999/10(1999).

Observación General 20 sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) (documento E/C.12/GC/20).

Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño

Observación General 1, sobre Propósitos de la Educación (documento CRC/GC/2001/1).

Observación General 7, sobre la Realización de los derechos del niño en la primera infancia (documento CRC/C/GC/7/Rev.1).

Observación General 9, sobre los Derechos de los niños con discapacidad (documento CRC/C/GC/9).

Observaciones Generales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Observación General 2, sobre el artículo 9: accesibilidad (documento CRPD/C/GC/2).

Observación General 1, sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley (documento CRPD/C/GC/1).

Proyecto de Observación General sobre el derecho a la educación inclusiva (artículo 24), (en proceso), en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GCRightEducation.aspx>

Legislación nacional

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley General de Educación

Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad

Páginas de Internet

Web oficial de Naciones Unidas sobre los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible en <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>

Web oficial de los Relatores Especiales de Educación en http://spinternet.ohchr.org/_Layouts/SpecialProceduresInternet/ViewAllCountryMandates.aspx?Type=TM

Web oficial sobre el Comentario General sobre el Derecho a la Educación de Personas con Discapacidad al interior del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15847&LangID=E>

Derecho a la identidad

En proporción al desenvolvimiento de su individualidad, cada persona adquiere un mayor valor para sí mismo y es capaz, por consiguiente, de adquirir un mayor valor para los demás.

JOHN STUART MILL, *Sobre la libertad*.

Apuntes preliminares

El derecho a la identidad es un derecho humano fundamental de naturaleza transversal. Se trata de un “derecho llave” del cual depende el goce y ejercicio de otros derechos. Está vinculado a derechos políticos y protección de datos personales; a figuras jurídicas del derecho civil, penal y procesal; va ligado también a cuestiones relacionadas con el género, la discapacidad y el origen étnico, entre otros.

Para Jürgen Habermas:

La identidad de una persona, de un grupo, de una nación o de una región es siempre algo concreto, algo particular [...]. De nuestra identidad hablamos siempre que decimos quiénes somos y quiénes queremos ser. Y en esa razón que damos de nosotros, se entretejen elementos descriptivos y elementos evaluativos. La forma que hemos cobrado merced a nuestra biografía, a la historia de nuestro medio, de nuestro pueblo, no puede separarse en la descripción de nuestra propia identidad de la imagen que de nosotros nos ofrecemos a nosotros mismos y ofrecemos a los demás y conforme a la que queremos ser enjuiciados, considerados y reconocidos por los demás.¹

La identidad se materializa en conceptos como el nombre, los apellidos, la nacionalidad, el género, la

Sumario

Apuntes preliminares	345
El derecho a la identidad en la Constitución Política	347
El derecho a la identidad en los tratados internacionales	349
El derecho a la identidad en la legislación secundaria	349
El derecho a la identidad en la interpretación de la Corte IDH.	352
La interpretación de la SCIN el control de convencionalidad	353
Corolario.	354

¹Jürgen Habermas, *Identidades nacionales y postnacionales*, 1a. ed., México, Red Editorial Iberoamericana, 1993, pp. 114 y 115.

fecha de nacimiento que determina la edad del individuo, la pertenencia a un grupo social o cultural, el auto reconocimiento de la persona o la auto adscripción a un grupo.

Existen diversas acepciones del concepto: identidad nacional, identidad de género, identidad cultural. Nos centraremos en el concepto de identidad como el derecho de una persona a ser reconocida por el Estado, en aptitud de ejercer derechos y obligaciones, individualizada como sujeto y diferenciada respecto de otras personas. Dichos procesos actúan de forma simultánea; parten de las características personales que definen a los individuos y, al mismo tiempo, los integra y distingue de otros. Y aunque la identidad puede evolucionar y cambiar de manera accidental o deliberada, no obsta para que se limiten las libertades o se vulneren los derechos de la persona.

Ese reconocimiento individual y social es dinámico, en un primer momento es contingente, definido por las circunstancias que el lugar de nacimiento impone a la persona (nacionalidad); el nombre que deciden los ascendientes, los apellidos que le corresponden atendiendo al criterio de filiación por el que haya optado cada Estado o en función de las tradiciones, y un sexo biológico específico. Pero conforme la persona se desarrolla y adquiere la aptitud plena para ser sujeto de derechos y obligaciones, ejerce su voluntad para asumir de forma autónoma e independiente la identidad que lo caracterizará y distinguirá de los otros.

Las personas pueden cambiar de nacionalidad y, si el Estado lo permite, tener doble nacionalidad. En algunas legislaciones existe la posibilidad de cambio de nombre cuando la persona tiene razones fundadas para realizarlo o el que tiene es susceptible de generar burlas o denigración. Pueden cambiar los apellidos cuando se da un reconocimiento posterior al nacimiento, o se puede suprimir cualquiera de los dos mediante un juicio de desconocimiento generalmente al padre. También hay cambio de apellidos en virtud de una adopción y nombre y apellidos por reasignación sexogenérica.

Así, es un cristal a través del cual otros nos miran y reconocen, pero también es un espejo que refleja la imagen que tenemos de nosotros mismos, la que queremos tener y que nos diferencia de los demás.

El derecho a la identidad se materializa en registros como el de un recién nacido o una persona mayor en un registro extemporáneo, o registro de población, del que derivan documentos públicos como el acta de nacimiento, el certificado de nacionalidad o la cédula de identidad.

Es muy importante que el Estado garantice el derecho de todo individuo a su identidad, que lo reconozca como una persona física específica y diferenciable, incluyendo a aquellos que se auto adscriben como pertenecientes a una comunidad indígena, o personas transexuales o intersexuales que solicitan quede asentado un sexo distinto al registrado originalmente cumpliendo con los requisitos que la ley determine.

Aunque se puede pensar que la identidad que reconoce el Estado a través de sus registros es clave para el ejercicio de otros derechos, en México hay personas que no tienen acta de nacimiento o no tienen credencial de elector y menos un pasaporte. Desafortunadamente, la mayoría de las personas que no fueron registradas son mujeres que ni siquiera pudieron asistir a la escuela primaria o recibir mínimos servicios de salud, como la cartilla de vacunación.

Estos casos se presentan en su mayoría en comunidades rurales o indígenas, aunque en sectores urbanos se pueden dar algunos casos. Por ello, es importante tener en cuenta que el derecho a la identidad puede no materializarse en los grupos sociales más vulnerables, aquellos que por su condición económica, social o cultural se encuentran en situación de rezago y no logran hacerlo efectivo, agravando así el goce y disfrute de otros derechos humanos fundamentales como la educación, la salud, la alimentación, el trabajo o la vivienda garantizados en nuestra Constitución. Esta situación se agrava en el caso de los menores de edad en pobreza extrema, personas en situación de calle, personas mayores en abandono o migrantes en tránsito que no pueden acreditar su identidad.

El derecho a la identidad en la Constitución Política

En nuestra Constitución el concepto de identidad es utilizado en cinco ocasiones:

1. Desde la reforma de 14 de agosto del 2012, en el artículo 2º párrafo tercero, al referirse a la conciencia de identidad indígena como criterio para determinar a quiénes se les aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas;
2. Por la misma fecha, en el artículo 2º apartado A fracción IV, al establecer el reconocimiento del derecho de los pueblos y comunidades indígenas a la libre determinación y autonomía para preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad;
3. Desde el 17 de junio del 2014, en el artículo 4º párrafo octavo, al determinar que toda persona tiene derecho a la identidad y a su registro de forma inmediata a su nacimiento, siendo obligación del Estado garantizar el cumplimiento de este derecho. Incluso a nivel constitucional se estableció la obligación para la autoridad competente de expedir gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento.
4. Desde el 11 de junio del 2013, en el artículo 6º apartado B fracción III, al definir a la radiodifusión como un servicio público de interés general, debiendo el Estado garantizar que fomente los valores de la identidad nacional contribuyendo a los fines establecidos en el artículo 3º, y
5. Desde el 14 de junio del 2011, en el artículo 20 apartado C fracción V, al garantizar el derecho de la víctima u ofendido al resguardo de su identidad y otros datos personales, cuando sean menores de edad o se trate de delitos como violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada, y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección.

La adición del párrafo octavo del artículo 4º constitucional surgió del concurso de dos iniciativas: El 26 de febrero de 2013, el senador Francisco Salvador López Brito del Partido Acción Nacional presentó una iniciativa para incluir el derecho de los niños y niñas a la “identidad legal” y a la expedición de un “acta de nacimiento gratuita por única vez dentro de los 12 meses después del nacimiento”.

Entre las consideraciones de esta iniciativa se hacía referencia al deber de registro de los niños vivos ante las oficinas del Registro Civil o los consulados de México

en el extranjero para cumplir con su “derecho de identidad” y obtener con ello la correspondiente acta de nacimiento. Para la iniciativa, el registro y la expedición del acta resultaban de especial importancia por ser un instrumento legal de identidad para el goce de todos los derechos. Sin embargo, en opinión del legislador, muchos recién nacidos no eran registrados oportunamente por diversos factores sociales, existían variaciones en los plazos de la obligación de registro y en los costos de la expedición del acta entre las distintas entidades federativas. Por ello, propuso establecer un registro oficial de nacimientos universal y gratuito como medida para ampliar el derecho a la identidad.

En la iniciativa se invocaba a diferentes instrumentos internacionales y al artículo 22 de la entonces Ley para la Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, que reconocía al registro del nacimiento como uno de los elementos del derecho a la identidad.²

Por su parte, el 24 de abril de 2013, un grupo de senadores del Partido Revolucionario Institucional encabezados por la senadora Ivonne Álvarez García, presentaron una iniciativa en el mismo sentido para reformar el multicitado artículo 4º constitucional y establecer el derecho de todo individuo “a ser reconocido por el Estado obteniendo su identidad personal por medio del registro pronto y expedito”, de manera gratuita e inmediata al momento de nacer, y la obligación de los gobiernos locales de expedir gratuitamente la primera copia del acta.

La iniciativa consideraba como un derecho fundamental de un recién nacido el reconocimiento de su identidad a través de la cual se facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, nombre y nacionalidad, los cuales se adquieren por medio de la inscripción en el Registro Civil. Además, advertía de los riesgos, abusos y explotación que pueden sufrir los menores no registrados, la mayoría de los cuales provienen de contextos familiares y sociales donde prevalece la pobreza, ignorancia y marginación.

El 30 de abril de 2013, el pleno de la Cámara de Senadores aprobó el dictamen con proyecto de reforma, proponiendo una redacción que integraba los textos contenidos en las dos iniciativas y lo envió a la Cámara de Diputados, la cual, el 13 de marzo de 2014, aprobó con 408 votos a favor y 3 abstenciones, el dictamen correspondiente, incluyendo modificaciones al texto enviado por la Cámara de origen, en los términos en que actualmente se encuentra el párrafo octavo del artículo 4º constitucional, y cambios adicionales en los artículos transitorios del proyecto de decreto.

En materia de registro de población la fracción I del artículo 36 constitucional establece como obligación de los ciudadanos mexicanos el inscribirse en el Registro

²Dicha Ley establecía en su artículo 22 que: “el derecho a la identidad está compuesto por:

A. Tener un nombre y los apellidos de los padres desde que nazca y a ser inscrito en el Registro Civil.

B. Tener una nacionalidad, de acuerdo con lo establecido en la Constitución.

C. Conocer su filiación y su origen, salvo en los casos que las leyes lo prohíban.

D. Pertenecer a un grupo cultural y compartir con sus integrantes costumbres, religión, idioma o lengua, sin que esto pueda ser entendido como razón para contrariar ninguno de sus derechos.

A fin de que niñas, niños y adolescentes puedan ejercer plenamente el derecho a su identidad, las normas de cada Entidad Federativa podrán disponer lo necesario para que la madre y el padre los registren, sin distinción en virtud de las circunstancias de su nacimiento.”

Nacional de Ciudadanos, definiendo su funcionamiento y previendo la expedición del documento que acredite la ciudadanía como servicios de interés público. Dicha disposición surgió de un proyecto de reforma publicada el 6 de abril de 1990 en el *Diario Oficial de la Federación*.

El derecho a la identidad en los tratados internacionales

La Declaración Universal de Derechos Humanos determina en sus artículos 6º y 15 que todo ser humano tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica y derecho a una nacionalidad.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en sus artículos 16 y 24 párrafos 2 y 3, que todo ser humano tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, y que todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento, deberá tener un nombre y una nacionalidad.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos consigna en sus artículos 3º, 18 y 20, que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, a tener un nombre propio, los apellidos de sus padres o uno de ellos, y una nacionalidad.

Asimismo, la Convención sobre los Derechos del Niño, reconoce en sus artículos 7º y 8º, el derecho de los niños a ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento, desde que nace a tener un nombre y adquirir una nacionalidad, comprometiendo a los Estados a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluyendo la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, y estableciendo que cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Finalmente, el 3 de junio de 2008 la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos aprobó el Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y Derecho de la Identidad. Este programa tenía como propósito asegurar para el año 2015 la universalidad, accesibilidad y, de ser posible, la gratuidad del registro del nacimiento, a través del cual se asegura el derecho de la identidad, con énfasis en las personas en situación de pobreza y vulnerabilidad; así como promover y proteger los derechos a la identidad, a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el Registro Civil, a las relaciones familiares y a la participación ciudadana como elemento esencial para la toma de decisiones.

El derecho a la identidad en la legislación secundaria

La Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes establece en su artículo 13 fracción III, su derecho a la identidad, entendiendo por ello el derecho desde su nacimiento en términos de la legislación civil a contar con nombre y apellidos, ser

inscritos en el Registro Civil de forma inmediata y gratuita, a recibir en forma ágil y gratuita la primera copia certificada del acta, a contar con nacionalidad, a conocer su filiación y origen (en la medida de lo posible y siempre que sea acorde al interés superior de la niñez), y a preservar su identidad incluyendo el nombre, nacionalidad, pertenencia cultural y relaciones familiares (artículo 19).

Adicionalmente, esta ley establece la obligación de todas las autoridades en los ámbitos federal, local y municipal, de colaborar en la búsqueda, localización y obtención de la información necesaria para acreditar o restablecer la identidad de los menores; el derecho de éstos a opinar y ser tomados en cuenta en los procedimientos de cambio de apellidos, conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez; y la previsión de que la falta de documentación para acreditar la identidad de los menores no es obstáculo para garantizar sus derechos (artículo 20).

La Ley General de Población establece que la Secretaría de Gobernación tiene a su cargo el registro y la acreditación de la identidad de todas las personas residentes en el país y de los nacionales que residan en el extranjero (artículo 85); que el Registro Nacional de Población tiene como finalidad registrar a cada una de las personas que integran la población del país, con los datos que permitan certificar y acreditar fehacientemente su identidad (artículo 86); que en dicho registro se inscribirá a los mexicanos mediante el Registro Nacional de Ciudadanos y el Registro de Menores de Edad, y a los extranjeros a través del Catálogo de los Extranjeros residentes en la República Mexicana (artículo 87).

Conforme a esta ley, el Registro Nacional de Ciudadanos se integra con la información certificada de los mexicanos mayores de 18 años que soliciten su inscripción (artículo 88); el de Menores de Edad con los datos de los mexicanos menores de 18 años que se recaben de los registros civiles (artículo 89); y el de Extranjeros con la información migratoria de la Secretaría de Gobernación (artículo 90).

Adicionalmente, esta ley dispone que al incorporar a una persona en el Registro Nacional de Población se le asignará una Clave Única de Registro de Población (artículo 90); y tratándose del Registro Nacional de Ciudadanos, se expedirá una Cédula de Identidad Ciudadana (artículo 97), siendo obligación de los ciudadanos inscribirse y obtener su cédula (artículo 98) presentando la solicitud de inscripción correspondiente y entregando copia certificada del acta de nacimiento o, en su caso, del certificado de nacionalidad o la carta de naturalización (artículo 99).

La Cédula de Identidad Ciudadana es el documento oficial de identificación, que hace prueba plena sobre los datos de identidad de su titular (artículo 104); tendrá valor como medio de identificación personal ante todas las autoridades mexicanas en el país o el extranjero, y las personas físicas y morales con domicilio en el país (artículo 105); y contendrá cuando menos los siguientes datos y elementos de identificación (artículo 107):

1. Apellidos paterno, materno y nombre;
2. Clave Única de Registro de Población;
3. Fotografía del titular;

4. Lugar de nacimiento;
5. Fecha de nacimiento, y
6. Firma y huella dactilar.

Como podemos constatar en estas disposiciones legales, la Cédula de Identidad Ciudadana tiene como principal fuente de acreditación el acta de nacimiento, de ahí que exista un estrecho vínculo entre ambos instrumentos, como expresión material y documento público para constatar la identidad de un individuo y hacer efectivo el ejercicio de su derecho. Sin embargo, en México no ha podido consolidarse una cédula de identidad.

Han transcurrido 27 años desde la reforma constitucional que dio origen al Registro sin que al día de hoy se haya implementado, ni existen visos a corto plazo que auguren dicha implementación. Todo lo contrario, la credencial para votar con fotografía que expide el Instituto Nacional Electoral se ha convertido, junto con otros instrumentos, como el pasaporte o la cédula profesional, en el principal documento público de identificación personal en sustitución a la Cédula de Identidad Ciudadana que prevé la ley en la materia. Falta realizar un diseño adecuado de política pública que evalúe el costo-beneficio de su implementación, su viabilidad material y eficacia para el derecho que pretende garantizar.

Por otra parte, el Código Civil Federal establece que los jueces del Registro Civil estarán a cargo, entre otras cosas, de extender las actas de nacimiento, reconocimiento de hijos y adopción (artículo 35); y las actas de nacimiento contendrán el día, hora y lugar del nacimiento, el sexo del presentado, el nombre y apellidos que le correspondan, la razón si se ha presentado vivo o muerto, y la impresión de su huella digital (artículo 58).

Vale la pena mencionar que el Código Civil para el Distrito Federal reproduce en términos generales las disposiciones antes mencionadas; sin embargo, contempla en su artículo 135 bis la posibilidad de solicitar el levantamiento de una nueva acta de nacimiento para el reconocimiento de una nueva identidad de género, previa anotación en el acta de nacimiento primigenia. Esta reasignación debe llevarse a cabo ante las instancias y autoridades correspondientes del Registro Civil cumpliendo con todas las formalidades exigidas; entendiendo por identidad de género “la convicción personal e interna, tal como cada persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no, al sexo asignado en el acta primigenia.” De esta manera, los efectos de la nueva acta de nacimiento serán oponibles a terceros desde su levantamiento, y los derechos y obligaciones contraídas con anterioridad al proceso administrativo de reconocimiento de identidad de género no se modifican ni extinguen con la nueva identidad jurídica de la persona.

Esta disposición del Código Civil de la Ciudad de México, siguiendo un enfoque tutelar y garantista, protege el derecho a la identidad de las personas, incluyendo aquellas que han pasado por un proceso de cambio de identidad de género, lo cual resulta fundamental para el ejercicio efectivo de todos sus derechos.

El derecho a la identidad en la interpretación de la Corte IDH

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) al resolver al “caso Gelman *vs.* Uruguay” el 24 de febrero de 2011, sobre la responsabilidad internacional del Estado demandado por la desaparición forzada de María Claudia García de Gelman (madre), así como la supresión y sustitución de la identidad de María Macarena Gelman García (hija), en el marco del golpe de Estado de 1973 en Chile y la posterior “Operación Cóndor” coordinada por la dictadura chilena en complicidad con las autoridades militares de Argentina, Uruguay, Paraguay, Bolivia y Brasil, determinó responsabilidad del Estado demandado, entre otras violaciones, en contra del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de las víctimas de desaparición forzada, que

Deja a la víctima en una situación de indeterminación jurídica que imposibilita, obstaculiza o anula la posibilidad de la persona de ser titular o ejercer en forma efectiva sus derechos en general, lo cual constituye una de las más graves formas de incumplimiento de las obligaciones estatales de respetar y garantizar los derechos humanos.

En el caso particular, la madre fue trasladada de Argentina a Uruguay sustrayéndola de la protección de la ley en ambos Estados, recluida en centros de detención clandestinos, forzada a salir de su país sin ningún tipo de control migratorio, pretendiendo anular su personalidad jurídica, negar su existencia y dejarla en una situación de indeterminación legal ante la sociedad, el Estado y la comunidad internacional.

Tratándose de la hija, se violaron, entre otros, sus derechos al reconocimiento de su personalidad jurídica, al nombre y nacionalidad. Al ser sustraída y dada ilegalmente en adopción a otra familia, se violó su derecho a la identidad, determinado sobre la base de lo dispuesto en el artículo 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece los derechos a la nacionalidad, nombre y relaciones de familia, conceptualizando al derecho a la identidad como “el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso.”

En cuanto al derecho al nombre, reconocido en el artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales, la Corte estableció que

Constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado. Además, el nombre y el apellido son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia. Este derecho implica, por ende, que los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción ni interferencias en la

decisión de escoger el nombre y, una vez registrada la persona, que sea posible preservar y restablecer su nombre y apellido.

Respecto al derecho a la nacionalidad establecido en el artículo 20 de la Convención, la Corte determinó que se trata de

Un vínculo jurídico entre una persona y un Estado, es un prerequisite para que puedan ejercerse determinados derechos y es también un derecho de carácter inderogable, reconocido en la Convención Americana. En consecuencia, el derecho a la nacionalidad conlleva el deber del estado con el que se establece tal vinculación, tanto de dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en el conjunto de relaciones, como de protegerlo contra la privación en forma arbitraria de su nacionalidad y, por tanto, de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustenta en ésta.³

La interpretación de la SCJN el control de convencionalidad

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado sobre el derecho a la identidad en algunas tesis aisladas, entre las cuales resaltamos las siguientes:

Al resolver el amparo directo en revisión 2750/2010, el 26 de octubre de 2011, estableció que

La identidad personal se construye a través de múltiples factores psíquicos y sociales; así, la imagen propia de la persona se determina, en buena medida, por el conocimiento de sus orígenes biológicos, los cuales son de gran trascendencia tanto desde el punto de vista psicológico como jurídico. Por un lado, conocer las circunstancias relacionadas con el propio origen y con la identidad de los padres biológicos contribuye al adecuado desarrollo de la personalidad y, por otro, en cuanto a lo jurídico, la importancia de conocer el propio origen está ligada a las consecuencias legales que dicha información puede generar.⁴

Asimismo, al resolver el amparo directo en revisión 908/2006, el 18 de abril de 2007, determinó que

El artículo 7º de la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por el Estado Mexicano y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991) dispone que el niño tiene derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. En concordancia con lo anterior y conforme al numeral 3 de la Ley para la Protección de los Derechos

³Consultada en www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia

⁴DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL. EL CONOCIMIENTO DEL ORIGEN BIOLÓGICO DE LA PERSONA TIENE TRASCENDENCIA PSICOLÓGICA Y JURÍDICA PARA EL INDIVIDUO. Tesis aislada, 10a. época, 1a. Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro VI, marzo de 2012, tomo I, p. 273. (La tesis no constituyó jurisprudencia porque no resolvió el tema de la contradicción planteada).

de Niñas, Niños y Adolescentes (de orden público, interés social y observancia obligatoria para toda la República), son principios rectores de la protección de los menores, entre otros, el del interés superior de la infancia y el de la tutela plena e igualitaria de los derechos humanos y de las garantías constitucionales. En ese tenor, el artículo 22 de dicha Ley establece el derecho a la identidad, el cual se compone por el derecho a tener un nombre y los apellidos de los padres desde que nazca, a tener una nacionalidad y a conocer su filiación y origen, salvo en el caso de que las leyes lo prohíban. Así, el hecho de que el menor tenga la certeza de quién es su progenitor, constituye un principio de orden público que es parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la personalidad jurídica, cuya importancia no sólo radica en la posibilidad de solicitar y recibir información sobre su origen, la identidad de sus padres y el conocimiento de su origen genético, sino que a partir de esos elementos puede derivarse, por una parte, su derecho a tener una nacionalidad y, por otra, el derecho a que sus ascendientes satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, para su desarrollo pleno e integral”.⁵

Corolario

El derecho a la identidad como reconocimiento legal de la persona, es el presupuesto para el ejercicio de otros derechos y el goce de todas las libertades. Deviene en un presupuesto normativo básico para todo ser humano, de ahí su importancia y trascendencia.

Nuestra Carta Magna lo garantiza a partir del registro universal de los recién nacidos, y también, a través de un Registro Nacional de Población. Más allá del análisis jurídico de estas disposiciones constitucionales, queda por comprobar la efectividad de estas normas y su aplicación al mundo cotidiano de las personas y los derechos que pretende tutelar.

En una conceptualización más amplia, el derecho a la identidad también es un componente básico para hablar del derecho a la no discriminación. La discriminación se basa, precisamente, en señalar y menospreciar algunos elementos de identidad de la persona para excluirlo o marginarlo, tales como su origen étnico o nacional, su género, edad, discapacidad, preferencia sexual o estado civil.

Por ello, el respeto al derecho de la identidad debe contribuir a lo que Luigi Ferrajoli denomina “valoración jurídica de las diferencias”; esto es:

El igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás [...]. De ello se sigue que las diferentes identidades pueden ser reconocidas y valorizadas en la misma medida en que, partiendo de la proclamación de su abstracta igualdad, sino del hecho de que pesan en las relaciones sociales como factores de desigualdad en violación de la nor-

⁵DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS MENORES. SU CONTENIDO. Tesis aislada, 9a. época, 1a. Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXVI, julio de 2007, p. 260.

ma sobre la igualdad, se piensen y elaboren no sólo las formulaciones normativas de los derechos sino también sus garantías de efectividad”.⁶

Finalmente, vale la pena señalar que en la era global del Internet, las realidades virtuales y las redes sociales, donde interactúan personas con distintos fines (comunicación, información, entretenimiento o comercio), cobra especial relevancia el respeto al derecho de identidad y se traduce en retos para el constitucionalismo, no del mañana, sino del hoy.

En conclusión, la identidad es un derecho fundamental que tenemos que analizar con mayor detalle, pues no le hemos prestado la atención suficiente ni la importancia necesaria a pesar de ser —parafraseando a Octavio Paz— esa libertad que me inventa cada día.

⁶Luigi Ferrajoli (2002), *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 3a. ed., Madrid, Trotta, pp. 75-76.

Los derechos del pueblo mexicano. Artículo 4º, párrafo decimosegundo

Título Uno

Introducción

La reforma del artículo 4º constitucional párrafo decimosegundo se distingue por ser una de las metamorfosis más profundas en la concepción cultural del Estado mexicano. Desde su entrada en vigor, la cultura tiene un valor constitucional y a los “derechos culturales” se les da una expresión jurídica. La reforma delinea los contornos de la soberanía cultural y la convierte en el medio jurídico idóneo de la diversidad cultural; con esta reforma termina la dominancia del modelo único de “cultura nacional” que prevaleció hasta fechas recientes. La mutación conlleva una forma distinta de concebir a la sociedad mexicana al reconocer modelos culturales convergentes y hacer viable la adopción de una “ciudadanía cultural o multicultural”.¹

La noción de “cultura” pareciera estar muy ajena al discurso jurídico y se podría cuestionar la conveniencia misma de abrir toda una discusión en torno a este término en una reflexión estrictamente jurídica; sin embargo, evadirla implicaría ignorar los vínculos existentes entre cultura y Estado y la manera en que éstos interactúan.

La cultura y el derecho emergen y se desarrollan como ámbitos autónomos en el pensamiento científico-social a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, con el movimiento de la Ilustración europea, y hasta finales del siglo XIX. Ambos comparten trayectorias sociales paralelas y se encuentran como nociones mutuamente

Sumario

Título Uno	357
Sección primera. Los derechos culturales	363
Sección segunda. El Estado de cultura en México	384

¹Rodolfo Stavenhagen, “Derechos culturales: El punto de vista de las ciencias sociales”, en la obra colectiva: *¿A favor o en contra de los derechos culturales?*, bajo la dirección de Halina Niec, Ediciones UNESCO, Los Derechos Humanos en Perspectiva, 2001, p. 45.

implicadas en la formación de Occidente y en las visiones evolutivas de éste en lo que atañe a la civilización humana y su desarrollo.

El término “cultura” no es fácilmente² asible e invoca conocimientos, sentimientos y valores encontrados. Más allá de las controversias provenientes de las ideas y de las concepciones sobre la “cultura”, las “culturas”, la “civilización” o las “civilizaciones”, se puede convenir en que en toda sociedad existe una vida cultural de mayor o menor riqueza, más o menos desarrollada y orientada hacia uno o diversos ámbitos.³ Las culturas están muy lejos de ser estáticas o de permanecer aisladas;⁴ interactúan, evolucionan y son tributarias unas de otras.⁵

Toda sociedad preserva un vínculo particular con la cultura a través del legado acumulado con el paso de los siglos proveniente de la creatividad y la genialidad del ser humano, de las distintas políticas a las que ha estado sujeta, de las variaciones de sensibilidades que contribuyen a enriquecer la tradición cultural de un país y del conocimiento de su patrimonio cultural tangible e intangible, siempre en movimiento.

A la cultura se le consideraba un ornamento que, si bien resultaba de una gran utilidad social, carecía de la especificidad requerida para constituir el ámbito de validez de una disciplina de derecho. Esta perspectiva se ha venido alterando en función de las metamorfosis que se han operado tanto en las sociedades como en el mismo derecho. Al margen de cualquier polémica, lo que resulta incontrovertible es que la cultura ha experimentado un cambio que se asocia a las profundas transformaciones acaecidas en las sociedades.⁶

De manera polémica, varios pensadores de nuestra época, algunos de ellos mexicanos ilustres,⁷ han postulado que el carácter de la cultura es esencial para enfrentar los retos y desafíos que se aproximan; igualmente, han sostenido que la cultura constituye el medio idóneo para superar las dificultades de nuestra época y entender la significación profunda de la crisis por la que atraviesan los tiempos actuales.

La cultura, delimitada o por lo menos acotada antaño, se ha podido infiltrar en ámbitos en donde se le considera extraña, lo que ha conllevado a que no exista unanimidad en torno a esa noción, y lo que se pensaba que pudiera haber sido un elemento de cohesión social terminó por propiciar su fragmentación.

En la segunda mitad del siglo XX y en el umbral del siglo XXI, la noción de cultura se ha empleado incluso con exceso: políticos, críticos, periodistas e intelectuales no pueden ni han podido resistirse a hablar en nombre de la cultura, a subrayar su necesidad y a intentar demostrar el abandono en que se le tiene.

Paralelamente, con la pretensión de aportar nuevos elementos se ha podido constatar un florilegio de tentativas de definiciones a las constantes reflexiones que se

²Étienne Le Roy, *Le jeu des lois. Une anthropologie “dynamique” du Droit*, Droit et Société, Recherches et Travaux, 28 Série Anthropologie, Librairie General de Droit et Jurisprudence, 1999, p. 23.

³Jean Marie Pontier, Jean-Claude Ricci y Jacques Bourdon, *Droit de la culture*, 2a. ed., Dalloz, 1996, p. 7.

⁴*Our creative diversity*, Report of the World Commission on Culture and Development, Egprim, 1995, p. 16.

⁵Rodolfo Stavenhagen, “Derechos culturales: El punto de vista de las ciencias sociales”, *op. cit.*, p. 25.

⁶Jean Marie Pontier, *op. cit.*, p. 6.

⁷Lourdes Arizpe, Luis Villoro, Rodolfo Stavenhagen, Néstor García Canclini, entre otros muchos.

vienen haciendo en la construcción de esta noción. El interés que existe por la cultura resulta ahora una consecuencia natural de la “modernidad ilustrada”.⁸

Por una parte, se distingue entre “cultura individual”, considerada como una “cultura patricia”,⁹ y “cultura de masas”, categorizada como “cultura plebeya”; esta última se caracteriza por una “estandarización” de las referencias culturales que les son comunes a todos los consumidores y por su gran aptitud para integrar elementos culturales de muy amplia diversidad.

A la reflexión anterior debe añadirse que la “cultura literaria” se ha venido desvaneciendo ante “la cultura científica”.¹⁰ A la primera, que hasta hace años recientes era la más ponderada, se le consideraba parte indispensable de cualquier individuo, ya que lo proveía de los elementos necesarios para la comprensión de la existencia y la conducta humanas. Esta “cultura clásica” parece súbitamente estar reemplazada por la “cultura técnica”, que se concentra en lo concreto y cuyas principales características son la eficacia y el poder, en virtud de que es precisamente la “cultura técnica” la que permite transformar el universo y la que ha modificado nuestros hábitos en forma espectacular.¹¹

En las perspectivas antropológicas, la posición evolucionista sostiene que la cultura es un proceso de acumulación, sedimentación y evolución de costumbres, tradiciones y ritos, entre otros factores. Las sociedades participan de diferente manera en el desarrollo de la cultura universal. En contraste con esta tesis, se postula que cada sociedad tiene una cultura propia y diferenciada en lo que respecta a sus costumbres, creencias e instituciones sociales. Entre ambas perspectivas coexisten una serie de tesis eclécticas.¹² Esta miríada de perspectivas ha conducido a Paul Ricoeur a afirmar que “la cultura es una experiencia humana difícil de definir”.¹³

Las tesis antropológicas están muy lejos de tener un consenso mínimo; algunas recurren a conceptos “descriptivos” y otros a conceptos “explicativos”. Por su parte, la conceptualización descriptiva refiere a la riqueza acumulada de la creación humana: libros, pinturas y otras expresiones que representan el conocimiento de diversas actitudes, el lenguaje y la religión. En el concepto explicativo, la cultura es una “abstracción analítica”, lo que implica que la cultura no es un fenómeno concreto y observable; la cultura es como una cartografía, que es una abstracción del territorio. En esa forma la cultura consiste en la descripción abstracta de los elementos de composición, como las palabras, los actos y los artefactos de grupos humanos.

La determinación del concepto de cultura no es estéril; la utilidad de la noción consiste en proveer al ser humano de elementos para comprenderse a sí mismo y su

⁸Beatriz González Moreno, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, prólogo de Rafael Navarro-Valls, 1a. ed., Madrid, Civitas, A Thomson Company, 2003, p. 84.

⁹Eric Hobsbawm, *The Ages of Extremes. A History of the World. 1914-1991*, Nueva York, Vintage Books, 1995, pp. 509 y ss.

¹⁰Pontier, *op. cit.*, p. 8.

¹¹*Ibidem*, p. 9.

¹²J. Jesús Prieto de Pedro, *Cultura, culturas y constitución*, prólogo de Tomás Ramón Fernández, Madrid, Congreso de los Diputados, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 23 y ss.

¹³Paul Ricoeur, *Fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Barcelona, Serbal, 1985, pp. 219 y ss. Citado por Beatriz González Moreno, en *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, *op. cit.*, p. 86, nota 144.

propia conducta. La vida social tiene lugar en medio de una serie de significados que se transmiten a través de generaciones.

Las tesis antropológicas de las que se da cuenta propiciaron empero un tránsito claro de la noción de “cultura” a la de “culturas”, de la de “civilización” a la de “civilizaciones”.

Los antropólogos Alfred L. Kroeber y Clyde Kluckhohn¹⁴ compilaron varios cientos de conceptos como parte de un ejercicio para elaborar una noción operativa de cultura en ciencias sociales. Su conclusión es bastante satisfactoria, pues sintetiza a las diferentes corrientes de pensamiento: la cultura consiste en arquetipos explícitos e implícitos de conductas adquiridas que se transmiten mediante símbolos y que constituyen logros distintivos de grupos o comunidades humanos, lo que incluye desde luego su concretización en artefactos.

La noción de cultura se encuentra inmersa en los procesos de globalización, que son procesos desiguales y asimétricos y dan cuenta de fenómenos de aculturación relativos a la recepción cultural voluntaria o impuesta a un grupo o comunidad, a los cuales les resultan totalmente extraños esos fenómenos. Las culturas se han vuelto tributarias unas de otras, y en este esquema el elemento de sincretismo es fundamental. El concepto aculturación tiene como consecuencia el proceso de “desculturación”,¹⁵ que consiste en la pérdida o alteración de un grupo o comunidad, de sus referencias a un modelo cultural cuyas raíces están fuertemente ancladas en el tiempo.

Los contornos de la cultura también han incurrido en cuestionamientos. Las acepciones que se le han dado parecían oscilar entre dos extremos: uno de ellos quería acotar la noción de cultura a la estricta creación artística o intelectual. Esta acepción de dimensión restringida que delimitaba la noción de cultura planteaba de inicio ciertas dificultades: si, como se ha sostenido, la cultura debía hacerse extensiva, más allá de las acotaciones que sólo privilegiaban lo “culturalmente” valioso.¹⁶ Estos límites eliminaban, con argumentos claramente insuficientes, otras actividades y prácticas de nuestros contemporáneos.¹⁷

La otra acepción, por lo contrario, extendía la definición de la actividad cultural. Numerosas eran las actividades sociales que se encuadraban en esta perspectiva de la cultura, como lo son la recreación y el deporte; este último intenta encontrar, a partir de una añeja búsqueda, el equilibrio humano, conforme a la frase de Juvenal: *Mens sana in corpore sano*.¹⁸

En esta misma perspectiva, no habría tampoco una razón perentoria para excluir actividades humanas tan variadas como es el arte culinario. El efecto primario de esta perspectiva es totalizador,¹⁹ y convierte por lo tanto a la cultura en una noción de arte o de ángulo poliedro.

¹⁴ Alfred L. Kroeber y Clyde Kluckhohn, *Culture: A crucial Review of Concepts and Definitions*, con la asistencia de Wayne Untereiner y Apéndices de Alfred G. Meyer, Cambridge, Massachusetts, Peabody Museum of Anthropology and Ethnology.

¹⁵ Jean Marie Pontier, *op. cit.*, p. 7.

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ *Idem.*

En pleno siglo XXI las culturas se han visto sometidas a cambios tecnológicos y sociales que han transformado el mundo física y socialmente. El proceso evolutivo de las culturas se ha analizado en dos perspectivas: como un orden cultural convergente que parte de la premisa de que la humanidad participa de un proceso civilizatorio de desarrollo y modernización, y como un mundo cultural de coexistencia que parte de la premisa de la pluralidad y postula una sociedad internacional.

La identificación de diferentes concepciones sobre la cultura no es un mero ejercicio intelectual. La perspectiva en la que se conceptualice la cultura especifica la forma en la que se pueden explicar las interacciones políticas. Esto no precluye que la perspectiva cultural sea la única, y menos que sea el factor dominante que determina las percepciones y asunciones políticas. No obstante ello, las percepciones de la interacción cultural tienen implicaciones significativas en la manera en la que se percibe la interacción política en México.²⁰

La aproximación de una convergencia cultural concibe la globalización como una interdependencia entre diferentes comunidades, las cuales facilitan la homogeneización normativa e institucional pero mantienen un modelo dominante de modernización. Una de sus consecuencias sería propiciar la similitud entre las sociedades. Las diferencias culturales permanecerían pero no constituirían un impedimento para una homogeneización normativa. Por el contrario, en la percepción de un mundo culturalmente conflictual se observa el proceso de globalización como un catalizador de la exacerbación de tensiones culturales entre sociedades con diferentes identidades.

En la perspectiva pluralista el proceso de globalización consiste en una serie de procesos que incrementa los contactos y la interdependencia pero provoca resistencias culturales comunitarias. En este contexto la identidad cultural adquiere una gran relevancia.²¹ Lo que resulta claro es que en el proceso de mundialización creciente en nuestro país, las comunidades y grupos culturales mexicanos reclaman cada vez con mayor vigor que nuestra diversidad cultural sea protegida contra los efectos de la homogeneización globalizante.

La cultura, en este sentido, no es sólo un conjunto de conocimientos, artes y técnicas que se adquiere a través del aprendizaje, sino que implica una verdadera conformación de la personalidad de los individuos al imbuirles las pautas de conducta y el sistema de valores vigentes en una determinada sociedad. En la Conferencia Mundial sobre Políticas Culturales de 1982, celebrada en México, se impulsó una nueva dimensión de cultura más allá de los ejes tradicionales de las bellas artes y el patrimonio cultural material; a ellos se le agregaron los derechos fundamentales del ser humano, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias.²²

²⁰James A. R. Nafziger, Robert Kirkwood Paterson y Alison Dundes Renteln, *Cultural Law, International, Comparative and Indigenous*, Nueva York, Cambridge University Press, 2010, p. 31.

²¹James A. R. Paterson Nafziger, , Robert Kirkwood y Alison Dundes Renteln, *Cultural Law, op. cit.*, p. 32.

²²Véase la Conferencia Intergubernamental sobre Políticas Culturales en Europa (Helsinki, 1972); Conferencia Intergubernamental sobre Políticas Culturales en Asia (Yogyakarta, 1973); Conferencia Intergubernamental sobre Políticas Culturales en África (Accra, 1975); Conferencia Intergubernamental sobre Políticas Culturales en América Latina y el Caribe

El acceso a la cultura no se acota en los bienes y servicios, sino que se extiende también a la oportunidad de elegir un modo de vida colectivo que sea pleno, satisfactorio, valioso y valorado, en el que la existencia humana pueda florecer en su integridad;²³ significa finalmente su integración al sistema social.

Debe también puntualizarse que en los instrumentos internacionales la referencia a la cultura se focaliza en ocasiones al derecho a la cultura o a la protección de la diversidad cultural. En esta forma, en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁴ expresamente se determina que en aquellos Estados en donde existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se debe impedir que las personas que pertenezcan a ellas gocen de su cultura, profesen su religión o empleen su propio lenguaje.

En una interpretación de su artículo 27 se especifica que la cultura se manifiesta en muy diversas formas, inclusive en tipos particulares de vida íntimamente vinculados con la noción particular de la tierra, como es el caso de las comunidades indígenas. El uso y goce de estos derechos exige medidas legales positivas que permitan asegurar una participación efectiva, previa e informada de cada miembro de la comunidad en las decisiones que le afecten.

En forma sucesiva, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁵ la cultura está vinculada a las actividades creativas en las que participan los individuos; se halla igualmente asociada a la adquisición del conocimiento, rituales asociados a una forma de vida y a diversas formas de comunicación. De acuerdo con este enfoque, es importante mencionar que la cultura no entraña una acumulación de obras y de conocimiento producidos por una élite y que no se acota en obras de arte. Entendida así, la cultura se refiere a significados simbólicos, dimensiones artísticas y valores culturales que expresan identidades culturales. A este efecto, se debe precisar que las expresiones culturales son aquellas que provienen de la creatividad de individuos, grupos, comunidades o sociedades.

El concepto culturas resultó expansivo; comprende “los valores, las creencias, los idiomas, los conocimientos y las artes, las tradiciones, las instituciones y los modos de vida mediante los cuales una persona o un grupo expresa los significados que otorga a su existencia y a su desarrollo.”²⁶ Éstos son los elementos de composición de lo que en la actualidad se conoce como derecho a la identidad cultural. La cultura en esta vertiente abarca las diferentes formas de vida de grupos o comunidades, por lo que la cultura viene a ser el resultado del conjunto de hábitos socialmente valorados.

La esencia de las culturas mexicanas consiste en los conocimientos tradicionales, especialmente los que se asocian a valores sociales. En consecuencia, el sistema cultural

(Bogotá, 1978), y la Declaración Final adoptada por la Conferencia Mundial sobre Políticas Culturales en México del 6 de agosto de 1982 (Mondiacult).

²³ Beatriz González Moreno, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, op. cit., p. 70.

²⁴ DOF del 20 de mayo de 1981.

²⁵ DOF del 12 de mayo de 1981.

²⁶ Proyecto de Declaración sobre los Derechos Culturales, apéndice C, “Derechos culturales: El punto de vista de las ciencias sociales”, en la obra colectiva *¿A favor o en contra de los derechos culturales?*, dir. Halina Niec, Ediciones Unesco, Los Derechos Humanos en Perspectiva, 2001, p. 319.

es producto de la acción social, pero al mismo tiempo es un condicionante de acciones sociales posteriores. En este orden, las tradiciones resultan ser claramente construcciones sociales en la consecución de objetivos políticos. Eric Hobsbawn²⁷ las denomina *tradiciones inventadas* y postula que son las élites las responsables de la elaboración y la maleabilidad de la noción de cultura para la obtención de sus objetivos políticos.

Sección primera. Los derechos culturales

Capítulo primero. El régimen de legalidad de los derechos culturales

La disertación sobre la noción de los derechos culturales hubiera sido sorprendente, si no es que francamente incomprensible, hasta hace cerca de medio siglo.

Las exigencias ciudadanas en materia de cultura y las convicciones de las élites²⁸ están en el origen de lo que pueden llamarse derechos culturales, los cuales adquieren la forma de leyes, reglamentos y jurisprudencia, de muy diversa naturaleza: pública o privada, institucional o contractual. El acaecer de las manifestaciones culturales tiene una incidencia importante en los planteamientos que suscitan las reglas de derecho, tan variadas en su origen como las provenientes del Legislativo, de la autoridad administrativa o de la jurisdicción, entre otras muchas.

Por ello intentar adscribir los derechos culturales a una disciplina jurídica específica conduciría ciertamente a resultados equívocos. No existe una naturaleza jurídica común para los derechos sociales, sino normas positivas de muy distinta jerarquía.²⁹ Los derechos culturales comportan una vastedad de fenómenos sociales expresivos, funciones estatales y reglas de derecho de diferente naturaleza, rango y eficacia.³⁰ Debe tenerse igualmente claro en el espíritu que la elaboración de un modelo para contenidos sociales, económicos y culturales que sea común a los textos constitucionales resulta imposible; cada disposición relativa muestra su pleno significado en su contexto y en su propio texto.³¹

²⁷Eric Hobsbawn, "Introduction. Inventing Traditions", en Eric Hobsbawn y Terence Ranger (eds.), *The Invention of Tradition*, Cambridge University Press, 2012, p. 35.

²⁸*Ibidem*, p. 30.

²⁹Beatriz González Moreno, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, op. cit., p. 79.

³⁰La literatura española ha intentado esbozar un principio de definición de los derechos culturales: "Los derechos culturales pertenecen a los derechos humanos, en el ámbito sistemático de los derechos económicos, sociales y culturales, que agrupa los derechos y libertades fundamentales, los derechos de prestación y las determinaciones constitucionales de los fines del Estado en materia cultural, cuyo objeto es la búsqueda de la propia identidad personal y colectiva que sitúe al individuo en su medio existencial en cuanto a su pasado --por la tradición y la conservación de su patrimonio histórico y artístico--, su presente --por la admiración, la creación y la comunicación cultural-- y su futuro --por la educación y el progreso cultural, la investigación científica y técnica y la protección y restauración del medio ambiente". En Beatriz González Moreno, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, op. cit., pp. 96 y 97.

³¹*Ibidem*, p. 216.

Su origen

Las reflexiones sobre los “derechos culturales” hasta antes del siglo XX eran dubitativas. Su punto de origen puede ubicarse en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de agosto de 1789,³² que si bien no contenía ninguna mención a los “derechos culturales”, su artículo 11 disponía que “la libre comunicación de pensamientos y de ideas es uno de los derechos más preciados del hombre: todo ciudadano tiene por lo tanto el derecho de hablar, escribir, imprimir libremente, salvo cuando deba responder por el abuso de esa libertad en los casos previstos por la ley”. Es en esta forma como se da expresión inicial a las libertades de pensamiento y de comunicación, a la igualdad jurídica de las creencias, a los derechos de los informadores y de los informados.

La Declaración postuló el pluralismo ideológico y cultural. La preservación del carácter pluralista de las diversas corrientes de opinión adquirió con esta pretensión un carácter universal. El orden social era el único medio que limitaba la libertad individual a través de las nociones jurídicas del orden público y de las buenas costumbres, que por su parte se encontraban y encuentran en constante evolución.

Su ámbito material de validez

El derecho cultural comprende un amplio panorama de la conducta humana, de expresiones y de actividades que inciden en las normativas familiar y social y puede extenderse al folclor, al arte, la religión, la arquitectura, la recreación, la música, el lenguaje, la literatura o al drama, entre otras, y que describen los vínculos significativos con estos fenómenos.

El derecho cultural se conceptualiza de manera más operativa por sus diferentes funciones que se relacionan con un amplio espectro en las ciencias sociales; en consecuencia, el derecho cultural se refiere a los vínculos entre cultura y derecho, los cuales se observan en la forma en que éste la personifica y formaliza su normativa; en la forma en que promueve, protege, condiciona y limita los atributos culturales y sus expresiones.

Así también se advierte cuando el derecho aporta mecanismos de solución de controversias que emergen por diferencias culturales, reafirma los derechos en este entorno y provee de normativas internacionales. Por su parte la cultura vigoriza las reglas jurídicas, condiciona y construye la adopción, la interpretación y la vitalidad de las mismas. Las expresiones culturales y su simbología promueven los vínculos jurídicos.³³

La expresión derechos culturales exige una definición de su ámbito material de validez, que justamente por su enorme carácter polémico no está desprovisto de ambigüedades. El análisis de los derechos culturales se inicia con la precisión de dos constataciones: la primera refiere que la cultura ha permeado, bajo diversas modalida-

³² André-Hubert Mesnard, *Droit et Politique de la Culture*, op. cit., p. 150.

³³ James Nafziger, A. R. Paterson, Robert Kirkwood y Alison Dundes Renteln, *Cultural Law*, op. cit., p. 64.

des y expresiones, en amplios sectores de la sociedad, específicamente en todos los vehículos de comunicación y expresión que transmutan formas de vida.

La segunda constatación evidencia que el derecho también ha sufrido profundas e importantes metamorfosis. Debe quedar claro en el análisis que, por definición, el derecho es el reflejo de las aspiraciones, frustraciones, dificultades y costumbres de una sociedad de las que igualmente participa la cultura. En la medida en que ésta es una actividad humana, suscita irremediabilmente vínculos jurídicos que se traducen en derechos y obligaciones.

Por extensión se ha querido agregar esos derechos al régimen de los económicos, sociales, civiles y políticos. Esto puede atribuirse a que existe una construcción dogmática de los derechos sociales ya desarrollada, lo que propicia hacerla efectiva en relación con los derechos culturales.³⁴ Sin embargo, la pretendida correspondencia unívoca entre los derechos culturales y los sociales está en entredicho. Las diferentes clasificaciones en la búsqueda de una mejor sistematización de los derechos sociales así lo acreditan.

En esa forma los derechos sociales han sido clasificados como individuales o colectivos, en función del sujeto, por la clase de libertades que expresan, como la de autonomía y la de participación, que es el criterio funcional, y por su contenido temático, el caso de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.³⁵

La conclusión es clara: es perceptible una interdependencia y correspondencia entre los derechos culturales y otros derechos que han sido objeto de una mayor sistematización, como los económicos y sociales, e incluso los civiles y políticos. Los derechos culturales, empero, carecen de un estatuto jurídico definido que explicita la extensión de los derechos y obligaciones y que haga viable un desarrollo jurisprudencial. Ante la ausencia de una dogmática propia, los derechos culturales conservan aún un carácter contingente,³⁶ lo que de ninguna manera acota su dimensión, sino que destaca su complejidad.

*El derecho frente al espejo de las culturas*³⁷

Es una obviedad sostener que los derechos individuales se explican siempre en contextos sociales. No lo es, sin embargo, afirmar que a cada individuo le asisten deberes para su comunidad, en donde únicamente es posible el desarrollo de su personalidad.³⁸

³⁴J. Jesús Prieto de Pedro, *Cultura, culturas y constitución*, op. cit., p. 119; en el mismo sentido, véase Beatriz González Moreno, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, op. cit., p. 93.

³⁵J. Jesús Prieto de Pedro, *Cultura, culturas y constitución*, op. cit., p. 202; en el mismo sentido, véase Beatriz González Moreno, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, op. cit., p. 93.

³⁶J. Jesús Prieto de Pedro, *Cultura, culturas y constitución*, op. cit., p. 202 y ss; en el mismo sentido véase Beatriz González Moreno, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, op. cit., p. 94.

³⁷Christoph Eberhard, *Le Droit au miroir des cultures. Pour une autre mondialisation*, Droit et Société, Recherches et Travaux, 13 Série Anthropologie, Librairie General de Droit et Jurisprudence, 2006, p. 15.

³⁸*Our creative diversity*, op. cit., p. 26.

La determinación de los sujetos titulares de los derechos culturales, a quienes les asiste la legitimidad procesal activa para hacerlos efectivos, está aún sujeta a debate. Lo que está claro es que no es una prerrogativa exclusiva del Estado establecer las condiciones para materializarlos, sino de la sociedad en su conjunto. Esta aseveración legitima las actividades culturales de instituciones públicas, privadas y de la sociedad en general.

El carácter colectivo de la cultura determina la complejidad de los derechos culturales; la interrogante es previsible: ¿son derechos individuales o colectivos? Las respuestas han sido variadas. En tanto algunos autores los perciben como colectivos,³⁹ otros los visualizan como derechos individuales ejercidos con respecto a una colectividad;⁴⁰ otros más los consideran comunitarios.⁴¹ El común denominador de estas tres perspectivas es concebirlos como una contribución a la protección del grupo, en cuya ausencia no podría entenderse el ejercicio de sus derechos colectivos.⁴²

La libertad cultural es la que determina la noción de derechos culturales y, simultáneamente, la libertad cultural colectiva. Esta última se refiere al derecho del grupo o comunidad de seguir o adoptar la forma de vida de su elección,⁴³ y se ha convertido a su vez en un prerequisite para que pueda florecer la libertad cultural individual.⁴⁴ La libertad cultural se constituye como una garantía para la libertad *in extenso*; protege no solamente a la colectividad, sino también los derechos culturales de cada individuo. Si bien éstos existen independientemente de los colectivos, la existencia de derechos colectivos propios de la libertad cultural provee de protecciones adicionales a la libertad individual.

De las anteriores consideraciones se puede concluir que en todo Estado liberal los derechos culturales son elementos del orden social y posiblemente de los más preciados.

Su dimensión

A partir de la reforma constitucional del artículo 4º párrafo decimosegundo resulta una tarea imprescindible definir el significado que tendrá ahora la expresión derechos culturales en el sistema mexicano. Éstos reclaman no una simple abstención del Estado, sino su acción positiva para hacerlos viables.

Las prerrogativas contenidas en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de agosto de 1789⁴⁵ presuponían, para hacerse efectivas, la abstención del Estado, al que se le exigía “no hacer”, al igual que “no prohibir”. El individuo podía beneficiarse plenamente de sus derechos si el Estado no intervenía y

³⁹Lyndel Prott, “Entenderse acerca de los derechos culturales”, en la obra colectiva: *¿A favor o en contra de los derechos culturales?* Dirección: Halina Niec, Ediciones Unesco, Los Derechos Humanos en Perspectiva, 2001, p. 267.

⁴⁰*Idem.*

⁴¹*Idem.*

⁴²Rodolfo Stavenhagen, “Derechos culturales: El punto de vista de las ciencias sociales...”, *op. cit.*, p. 28.

⁴³*Our creative diversity...*, *op. cit.*, p. 26.

⁴⁴*Ibidem*, p. 25.

⁴⁵André-Hubert Mesnard, *Droit et Politique de la Culture...*, *op. cit.*, p. 150.

si obstaculizaba sus acciones. Esta concepción presuponía una actitud permanente de los individuos de velar por sus intereses.

Después de las profundas metamorfosis del Estado y de las sociedades, el reclamo se hace imprescindible: sólo el poder del Estado es capaz de corregir cierto número de mecanismos económicos o sociales perniciosos. En lo que concierne a los derechos culturales debe asumir en lo sucesivo su responsabilidad para hacer efectivo lo que ahora ordena la reforma constitucional.

La legislación mexicana desarrolla la dogmática del régimen jurídico del patrimonio cultural en dos ejes fundamentales: el valor cultural y el derecho de acceso a la cultura.⁴⁶ El primero se identifica en el régimen jurídico del patrimonio cultural tangible con el interés cultural arqueológico, histórico y artístico, y lo hace en la perspectiva del esquema tradicional del régimen de propiedad en sus múltiples variantes: el dominio público o privado, sujeto este último a restricciones importantes de diversa índole. Es el interés público el que legitima la intervención administrativa.⁴⁷ En este orden, el valor cultural resulta ser una cualidad inherente del bien cultural que determina su régimen patrimonial.

Capítulo segundo. Los derechos culturales y los derechos humanos

Este debate se inserta en uno de mayor amplitud: el postulado de la universalidad de los derechos humanos y la intervención humanitaria, de enorme trascendencia en nuestro país. Resulta claro que en México existe un consenso nacional en torno a la noción de derechos humanos, si bien con peculiaridades importantes sostenidas desde el ángulo cultural. En donde hay un franco debate es en lo relativo a la forma en la que éstos deben interpretarse y ser aplicados.

El universalismo de los derechos humanos y el relativismo cultural

En otra perspectiva el régimen de derechos humanos está estructurado sobre los principios y normativa de una cultura dominante impulsada por occidente. En esta óptica los derechos humanos en México representan principios básicos universales que protegen y respetan la dignidad y el bienestar humano, con abstracción del contexto cultural. Como consecuencia de lo anterior se ha argumentado que la propensión *universalista* de los derechos humanos representa los valores occidentales, que son insensibles a la diversidad cultural, social, económica y política de comunidades culturales tan heterogéneas como las de nuestro país.

La actitud de occidente ha sido fuertemente criticada, pues se estima que a través de la retórica de derechos humanos disfraza objetivos económicos y políticos. A ello

⁴⁶Beatriz González Moreno, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa...*, op. cit., p. 217.

⁴⁷*Idem.*

habría que agregar que el énfasis en occidente es esencialmente individualista y está por encima del comunitario, propio de la estructura de gran parte de las comunidades culturales, en especial las indígenas. En la misma Conferencia de las Naciones Unidas de Derechos Humanos de 1993⁴⁸ se hicieron valer propuestas para que la aplicación de los derechos humanos considere una serie de perspectivas culturales.⁴⁹

El análisis obliga a considerar los derechos humanos bajo una óptica universal e integral. Los tratados internacionales que México ha ratificado no dejan lugar más que a una interpretación unívoca: los derechos humanos son universales, indisociables, interdependientes y vinculados. En consecuencia, no pueden sustraerse a un análisis aislado de su contexto comunitario, lo que implica que no pueden ser sustraídos de su osamenta. Su indivisibilidad es una base de interpretación y de aplicación de los derechos humanos.

Estas reflexiones repercuten de manera amplia en el análisis de la intersección entre los derechos culturales y los humanos en nuestro país. Esto impulsa a analizar a los grupos y comunidades culturales mexicanos en forma diferenciada, pero no inmutable; se les debe estudiar más como construcciones sociales que como esencialmente imperturbables. Así, las políticas culturales mexicanas deberían considerar las especificidades culturales y simultáneamente identificar puntos de *comunalidad* entre ellas.⁵⁰

En este debate se distingue el *modelo relativista cultural*, que aboga por la diferencia de cada cultura y de sus prácticas, y el *modelo universalista* que lo hace a favor de estándares nacionalistas a los que todas las culturas nacionales deberían adherirse. Ninguno de estos modelos está exento de cuestionamientos.

En el relativista se advierten graves obstáculos para definir la noción misma de cultura; en él existen fuerzas disímbolas que intentan hacer prevalecer su paradigma al momento de determinar las prácticas culturales.

En el modelo universalista las cuestiones básicas —quién o quiénes deciden qué normas deben considerarse “nacionales”, y si es el consenso el que debe prevalecer— quedan irresueltas, pero en él se percibe la dominancia de grupos de élite nacionales. Debe admitirse empero que ciertas prácticas tradicionales, expresiones culturales en sentido técnico, entran en colisión con los derechos humanos con vocación universalista, en un tiempo y espacio determinados.⁵¹

Finalmente, en una consideración sustantiva, los derechos culturales se han conceptualizado como la categoría más reciente de los derechos humanos, que forman sin duda parte importante del sistema legal mexicano. Este postulado, sin embargo, ha suscitado intensas controversias, ya que su promoción requiere de algunas limitaciones de otros derechos humanos.

⁴⁸La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos fue celebrada en Viena del 14 al 21 de junio de 1993.

⁴⁹James Nafziger, A. R. Paterson, Robert Kirkwood y Alison Dundes Renteln, *Cultural Law*, op. cit., p. 33.

⁵⁰*Ibidem*, p. 35.

⁵¹Rodolfo Stavenhagen, “Derechos culturales: El punto de vista de las ciencias sociales...”, op. cit., p. 271.

La imbricación entre derechos culturales y derechos humanos

En otra vertiente, la cultura, conforme a la Declaración de México de 1982 sobre políticas culturales, vigoriza el sentimiento de pertenencia de individuos y comunidades. A partir de este postulado los derechos humanos solamente tiene viabilidad si se salvaguarda la cultura y, con mayor razón, la identidad cultural de la comunidad nacional, entendida ésta como el conjunto de elementos que caracterizan a un grupo o comunidad que lo hace único y diferente de otros.

La cultura es un fenómeno social y no puede desarrollarse en un solipsismo. Para dar una respuesta a las necesidades y aspiraciones humanas, debe protegerse al individuo y a la comunidad. Este movimiento demuestra que los derechos humanos no obedecen a una construcción ideológica, sino a realidades concretas de la vida cotidiana comunitaria.

En esta nueva perspectiva, se observa un vínculo indisoluble entre cultura y derechos humanos en el cual se reconoce que los derechos culturales de individuos y comunidades tienen la misma relevancia. La esencia de estos derechos es defender y salvaguardar el legado cultural y transmitirlo a las futuras generaciones.

La cultura permea en todos los ámbitos de la existencia humana y tiene por ello una enorme influencia en la aplicación concreta y eficiente de los derechos humanos. La cultura, pues, se convierte en un parámetro indispensable en la aplicación de los derechos humanos, ya que le da a la legislación de la materia su peso específico, su contenido y su perspectiva. La cultura define el sentido de los derechos humanos y la forma en la que éstos deben ser ejercidos y respetados. Así, la cultura en México se convierte en un componente de los derechos humanos que determina su estructura, percepción y ejecución.

La culturalización de los derechos humanos

En la *culturalización* de los derechos humanos en este país se advierten tres aproximaciones: la aceptación cultural, su asimilación y su legitimación. La comunidad nacional percibe que la protección de su patrimonio cultural es socialmente oportuna y necesaria, pues forma parte de su identidad. El derecho de acceso a la cultura se entiende por lo tanto como un derecho humano básico del individuo y de la colectividad.⁵²

De estas reflexiones puede colegirse que la titularidad del patrimonio cultural le corresponde a la comunidad en su conjunto; más aún, es una referencia categórica a la naturaleza colectiva de los derechos humanos y evoca el proceso evolutivo de sus postulados, en los que se reconocen tres fases: los derechos humanos de la “primera generación”, alusivos a los derechos civiles y políticos; los de la “segunda generación”, revisados en términos de la nueva taxonomía impulsada por Karel Vasak en la década

⁵²Federico Lenzerini, *The Culturalization of Human Rights Law*, 1a. ed., Reino Unido, Oxford University Press, 2014, p. 4.

de los setenta del siglo XX.⁵³ Estos mismos derechos, aún de contenido fuertemente individualista, se explican ahora con base en la perspectiva de solidaridad en donde el individuo se realiza dentro de un contexto de grupo o comunidad. Esta nueva concepción posibilitó la emergencia de los derechos humanos de “tercera generación”, de franca naturaleza colectiva.⁵⁴

La Corte Interamericana de Derechos Humanos enarboló el liderazgo en lo que atañe a esta nueva perspectiva; ha sostenido reiteradamente el criterio de que los derechos humanos no pueden quedar desvinculados del grupo o comunidad y no pueden realizarse sino dentro de ellos. Este carácter individual y colectivo pertenece a un mismo *unum*, que es la dignidad humana en una comunidad multidimensional percibida en su conjunto.⁵⁵

Los derechos colectivos no son una mera proyección de los derechos individuales de una comunidad; son plenamente autónomos, sin menoscabo de su estrecho vínculo con estos últimos. Es por eso que la comprensión holística de los derechos humanos resulta la más adecuada para explicar la estructura, el significado y el propósito de su actual legislación. Los derechos humanos se insertan en un paradigma complejo con un claro sustrato de acreencias de la experiencia humana en donde se advierte una clara intersección entre los derechos humanos individuales y los colectivos.⁵⁶

El abandono paulatino de esta taxonomía de las *tres generaciones* de derechos humanos les da a éstos la misma relevancia y con ello favorece su *culturalización*, lo que facilita su aplicación en comunidades culturales diferentes, en donde parecieran de mayor importancia los derechos de grupo o comunitarios.⁵⁷

La doctrina ha sustentado que los derechos culturales inherentes a todos los seres humanos resultan ser tan trascendentes como otros derechos humanos; el relativo a la identidad cultural es fundamental, y su naturaleza colectiva debe ser observada en sociedades democráticas, multiculturales y pluralistas.⁵⁸

Lo anterior obliga al Estado a consultar a las comunidades o grupos culturales en todos aquellos asuntos que puedan alterar sus valores, tradiciones, costumbres y formas de organización. La Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió incluso —criterio que retomó la Comisión Nacional de los Derechos Humanos— que el derecho de consulta debe ser previo, libre y mediante un consentimiento informado de acuerdo con las costumbres y tradiciones.⁵⁹ Desde entonces este criterio ha sido constantemente reiterado, como en el caso de la demanda interpuesta por el pueblo Kichwa de Sa-

⁵³Karen Vasak, *Human Rights: A Thirty-year Struggle: The Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights*, 30, Unesco, correo, 1977, p. 11.

⁵⁴Ana Filipa Vrdoljak, “Liberty, Equality, Diversity: Status, Cultures and International Law”, en la obra colectiva editada por Ana Filipa Vrdoljak, *The Cultural Dimension of Human Rights*, 1a ed., Oxford University Press, 2013, pp. 60 y ss.

⁵⁵Federico Lenzerini, *The Culturalization of Human Rights Law*, op. cit., pp. 174 y ss.

⁵⁶Mylène Bidault, *La protection internationale des droits culturels*, 1a. ed., Bruylant, volumen 10, colección del Centre des Droits de l’Homme de la Universidad Católica de Louvain, 2009, Bruselas, pp. 263 y ss.

⁵⁷Federico Lenzerini, *The Culturalization of Human Rights Law*, op. cit., pp. 216 y ss.

⁵⁸*Ibidem*, pp. 4 y ss.

⁵⁹Disponible en http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia/ficha.cfm?nId_Ficha=288&lang=es.

rayaku contra Ecuador⁶⁰ a raíz de los trabajos de exploración y explotación petrolera realizados en territorio de esa etnia.

El modelo legal mexicano responde al impulsado desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en diferentes resoluciones ha construido un sistema de libertades culturales, no solamente adscritas a las comunidades indígenas, sino en forma expansiva a favor de las comunidades y grupos culturales.

Los derechos culturales son indispensables para la dignidad humana; su objetivo es claro: proveer a los miembros de una comunidad y a ésta misma de la posibilidad de enfrentar su entorno en sus propios términos. Es mediante su ejercicio como una comunidad, a través del prisma de su concepción, enriquece su herencia cultural y perenniza su genuina contribución al legado cultural de la humanidad.

Durante buena parte del siglo XX, la importancia de la alta cultura y de sus manifestaciones se destacó por su función en las artes y en la ciencia. La concepción de los derechos culturales era esencialmente individualista, con la pretensión de armonizarlos con los derechos humanos y políticos para hacer viable la integración del individuo en la sociedad.

A finales del siglo XX se constató, sin embargo, que la igualdad efectiva de las personas no podía lograrse solamente con el ejercicio individual de los derechos humanos, sin asegurar a los distintos grupos y comunidades el acceso a los entornos culturales y a los espacios públicos. Se concluyó que la cultura no expresa verdades, como se había imaginado, sino que es un sistema normativo que se constituye en el código genético espiritual de una comunidad o grupo.

Esta nueva concepción indujo a reinterpretar la función social de los derechos culturales en una perspectiva colectiva. En nuestra época, la estabilidad social, para ser viable, requiere de la participación efectiva de las comunidades y grupos culturales que integran una sociedad.⁶¹

Esta versión antropológica de la cultura quedó expresada en la Declaración de México sobre Políticas Culturales de 1982⁶² y obligó a variar el sentido de la interpretación de los derechos humanos, así como a radicarlos en una multiplicidad de identidades que responden a las afiliaciones más variadas: comunitarias, culturales y religiosas, entre otras. La diversidad de sus características es igualmente compleja, como el género, la orientación sexual y la etnicidad.

En la consecución de esta nueva orientación, la reforma constitucional prescindió del modelo que sostenía que al individuo le asistía el derecho a la cultura nacional, y lo sustituyó por el que postula que cada individuo tiene derecho a su propia cultura. La identidad cultural se insertó en lo sucesivo en la diversidad.

La diversidad cultural es una noción que gobierna el concepto de cultura en el umbral del siglo XXI; no sólo tiene como fundamento un principio de igualdad social,

⁶⁰ Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf.

⁶¹ Alessandro Chechi, *New Rules and Procedures for the Prevention and Settlement of Cultural Heritage*, en la obra colectiva editada por Federico Lenzerini y Ana Filipa Vrdoljak, *International Law of Common Goods*, Oregon, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2014, pp. 249 y ss.

⁶² Disponible en http://portal.unesco.org/culture/es/files/35197/11919413801mexico_sp.pdf/mexico_sp.pdf.

sino que se le considera un activo social. Se postula que la diversidad es a la humanidad lo que la biodiversidad es a la naturaleza. En esta tendencia, los instrumentos internacionales se multiplicaron en diferentes foros y el proceso culminó con la aprobación de la Declaración sobre los Derechos Indígenas en septiembre del 2007 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Este instrumento posee un marcado carácter simbiótico entre los derechos humanos y los culturales.⁶³

El cambio de la hoja de ruta de los órganos protectores de derechos humanos era, pues, predecible. Una lectura detenida de los informes anuales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos conduce a una conclusión inequívoca: la salvaguarda de los derechos humanos debe ser extensiva a la colectividad. Pero esta salvaguarda no se agota en las comunidades indígenas; debe ser obsequiada a todo grupo o comunidad que tenga una necesidad cultural distintiva, por virtud de la cual estas medidas sean indispensables para preservar su identidad y su integridad. La cultura es por ello una *conditio sine qua non* para que los derechos humanos puedan encontrar en la práctica una realización concreta.

La interpretación de la reforma constitucional debe desarrollarse en conjunción con los instrumentos internacionales que vinculan los derechos humanos con el ámbito de la cultura, los cuales han sido ratificados por el Estado mexicano y que en consecuencia son parte de nuestro sistema jurídico; entre ellos destacan la Declaración de los Derechos del Hombre de 1948,⁶⁴ la Declaración Americana de los Derechos Humanos, también de 1948,⁶⁵ la Convención Americana sobre los Derechos Humanos,⁶⁶ el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966,⁶⁷ y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como el Protocolo de San Salvador de 1988,⁶⁸ para mencionar sólo algunos.

La interacción entre derechos culturales y derechos humanos

En lo que atañe a esta interpretación, puede concluirse que en los derechos culturales vigentes en nuestro sistema jurídico se observan cuatro vertientes: La primera hace referencia al derecho a la formación en su doble aspecto: el derecho a la instrucción, que comprende los conocimientos básicos escolares y el derecho a la educación; los primeros deben ser de tal suerte útiles que le posibiliten al ser humano su participación en la vida social y civil. En esta vertiente el derecho cultural constituye una condición

⁶³ Disponible en http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf.

⁶⁴ Disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/ABCAnnexesp.pdf>.

⁶⁵ Disponible en https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf.

⁶⁶ DOF del 7 de mayo de 1981.

⁶⁷ DOF del 12 de mayo de 1981.

⁶⁸ DOF del 1 de septiembre de 1998.

necesaria para que el ser humano pueda tener acceso a otros derechos culturales,⁶⁹ en tanto que la vida cultural, las prácticas religiosas y los aspectos lingüísticos resultan indisociables. La educación, por su parte, es uno de los medios que permiten realizar plenamente todas las manifestaciones de la cultura. La Declaración Universal de la Unesco sobre la Diversidad Cultural del 2001⁷⁰ es contundente:

“Toda persona tiene derecho a una educación y a una formación de calidad que respete plenamente su identidad cultural. Toda persona tiene el derecho de participar de la vida cultural de su elección y ejercer sus propias prácticas culturales dentro de los límites que le imponen el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales”.

La segunda vertiente supone asegurarle al ser humano el derecho a una participación en la vida cultural que le permita el uso y goce de las manifestaciones culturales de la comunidad a la que pertenece o a otras. En ella puede identificarse un derecho que le asegure al ser humano la posibilidad del uso y goce de bienes culturales, sean materiales o inmateriales, en su diversidad cultural.⁷¹

En la tercera vertiente el derecho a la expresión cultural es el que le permite al ser humano la manifestación plena de su creatividad; este derecho constituye un aspecto de la libertad de expresión y del derecho a manifestar el pensamiento y las opiniones.

En la cuarta y última vertiente se ubica el derecho a la remuneración por las creaciones culturales que le permitan al artista obtener un beneficio económico conforme a sus capacidades. Debe considerarse que los derechos de autor, y en general de la propiedad intelectual, remiten a una categoría específica que hace de la creatividad una profesión o una fuente de ingresos.⁷²

La protección del patrimonio cultural y los derechos humanos

La protección del patrimonio cultural mexicano y la reforma constitucional de los derechos humanos comparten valores y objetivos; la práctica de los derechos humanos relativa a la cultura se desarrolla en sistemas de valores, tradiciones y creencias; es pues un sistema de interacción cultural. Su transversalidad es clara: implica a sujetos en sentido extenso con lecturas diferentes. Estos sujetos culturales tienen su propia especificidad; es el caso de las minorías, la diversidad cultural y las comunidades indígenas, entre otros muchos.

Los derechos humanos se hallan esencialmente asociados a la dignidad y las libertades fundamentales, y están imbuidos de simbolismos con diferentes connotaciones

⁶⁹James A. R. Nafziger y Tullio Scovazzi, *Le patrimoine culturel de l'humanité/The Cultural Heritage of Mankind*, Leiden/Boston, Académie de Droit International de La Haye, Martines Nijhoff Publishers, 2008, p. 10.

⁷⁰Disponible en http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13179&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

⁷¹James A. R. Nafziger y Tullio Scovazzi, *Le patrimoine culturel de l'humanité/The Cultural Heritage of Mankind*, op. cit., p. 11.

⁷²*Idem*.

desde ángulos muy diversos: ideológicos, políticos, morales y éticos. La dignidad humana consiste en un grado importante en el respeto a la diversidad cultural.

El postulado consiste por lo tanto en una simbiosis en la que se reconoce que no existe protección del patrimonio cultural sin observar los derechos humanos y las libertades fundamentales y viceversa; la promoción y el respeto a los derechos humanos deriva irremisiblemente en la preservación y salvaguarda del patrimonio cultural en todas sus expresiones y riquezas. La noción que amalgama la protección del patrimonio cultural y los derechos humanos son los derechos culturales y, por lo tanto, la diversidad cultural se identifica como su centro de gravedad.

La protección del patrimonio cultural y los derechos humanos son dos ámbitos que comparten el mismo tema con objetivos comunes: enraizar la práctica de los derechos humanos en la cultura, entendida como un conjunto de prácticas sociales, sistemas de valores, tradiciones y de creencias.⁷³

En el centro de gravedad de la protección del patrimonio cultural de la humanidad, y en el de la preservación de los derechos humanos, está el ser humano. La protección del patrimonio cultural y la de los derechos humanos comparten el mismo *Ursprung*. La preservación del patrimonio cultural en sus dos diferentes dimensiones, materiales e inmateriales, es promover y salvaguardar los derechos humanos. Proteger el patrimonio tangible y el simbólico es finalmente reconocer que el derecho de cada ser humano, tanto en su individualidad como en su ámbito comunitario, consiste en usar y gozar de su cultura.⁷⁴

En cuanto a las fuentes de interpretación, al unísono de la reforma constitucional los textos de los tratados internacionales relativos a los derechos humanos, los que provienen de la Unesco y de otros organismos internacionales, permiten identificar principios generales sobre la protección y promoción de los derechos humanos, así como la salvaguarda del patrimonio cultural en sus diferentes expresiones.

De la interacción de estos tratados, que por su naturaleza pueden considerarse textos fundacionales en nuestro sistema jurídico, el principio subyacente que postulan es que los derechos humanos forman parte del patrimonio de la humanidad y que el patrimonio cultural de la humanidad participa de una visión universal, que es la de los derechos humanos. La conclusión es clara: no puede entenderse la protección del patrimonio cultural sin el respeto a los derechos humanos.⁷⁵

Al sujeto de los derechos culturales se le debe considerar no como un individuo aislado, sino inserto en su medio; es la única forma válida que propicia el desarrollo de su capacidad de apropiación del patrimonio cultural y de reconocerse en él. Más

⁷³Mohammed Zakaria Abouddahab, en la obra colectiva *Le patrimoine culturel de l'humanité/The Cultural Heritage of Mankind*, James A. R. Nafziger y Tullio Scovazzi (eds.), *Le patrimoine culturel de l'humanité/The Cultural Heritage of Mankind*, op. cit., p. 251.

⁷⁴Mohammed Zakaria Abouddahab, en la obra colectiva *Le patrimoine culturel de l'humanité/The Cultural Heritage of Mankind*, James A. R. Nafziger y Tullio Scovazzi (eds.), *Le patrimoine culturel de l'humanité/The Cultural Heritage of Mankind*, op. cit., p. 257.

⁷⁵Mohammed Zakaria Abouddahab, en la obra colectiva *Le patrimoine culturel de l'humanité/The Cultural Heritage of Mankind*, James A. R. Nafziger, y Tullio Scovazzi (eds.), *Le patrimoine culturel de l'humanité/The Cultural Heritage of Mankind*, op. cit., p. 270.

aún, le da sentido a sus pertenencias sociales, lo que constituye una libertad cultural fundamental. Esta capacidad de apropiación por parte del sujeto es particularmente significativa en la miríada de derechos culturales, ya que es ella la que determina la libertad del sujeto de reconocer su identidad en estrecho vínculo con el patrimonio.⁷⁶

El Estado mexicano, en términos de la reforma constitucional, debe hacer viable el ejercicio de los derechos culturales, preservar la igualdad de las culturas y el acceso sin discriminación al patrimonio cultural del país, asegurar la promoción y la protección de las formas de expresión auténticas de las culturas, así como proveer de los medios que lo hagan posible.

En conclusión, es mediante la protección del patrimonio cultural como se protege al ser humano. Promover y salvaguardar los derechos humanos es preservar la cultura en sus diferentes expresiones, tanto las correspondientes al patrimonio cultural tangible como al intangible. Este vínculo entre derechos culturales y derechos humanos es intercambiable y simbiótico. Los derechos culturales se constituyen así en una noción operativa en la conjunción entre patrimonio cultural y derechos humanos. Toda expresión de los derechos culturales tiene dos dimensiones: una individual y otra colectiva. La segunda obliga a los Estados a respetar y preservar las culturas y los bienes culturales de los grupos sociales.

Capítulo tercero. La diversidad y la democracia cultural

El enunciado de la reforma constitucional del artículo cuarto, párrafo decimosegundo es contundente: cada persona, cada grupo y comunidad cultural poseen el derecho de disfrutar de su propia cultura, profesar su propia religión, emplear su propia lengua, formar sus propias asociaciones y definir su propio estilo de vida. Es precisamente la democracia cultural lo que hace viable la convivencia entre actores con diferencias culturales específicas, para cuyo caso el Estado debe proveer las mismas oportunidades.⁷⁷

La democracia cultural

El arraigo de la democracia cultural asegura a los ciudadanos su participación en las instituciones que inciden en la formación y desarrollo de su personalidad y en el desenvolvimiento de los grupos y comunidades culturales. Estas instituciones deben asegurar la libertad de la cultura, el acceso a ella, su multiplicidad y su progreso.

La diversidad y pluralidad de culturas deben ser permanentemente afirmadas y estimuladas en nuestro ámbito. El valor de la diversidad radica en la capacidad que

⁷⁶Mohammed Zakaria Abouddahab, en la obra colectiva *Le patrimoine culturel de l'humanité/The Cultural Heritage of Mankind*, James A. R. Nafziger y Tullio Scovazzi (eds.), *Le patrimoine culturel de l'humanité/The Cultural Heritage of Mankind*, op. cit., p. 271.

⁷⁷*Our creative diversity...*, op. cit., p. 240.

tiene cada cultura de abrir nuevas perspectivas y aportar nuevos elementos que enriquezcan la experiencia humana; es justamente la diferencia la que asegura el crecimiento humano. La diversidad cultural encuentra una de sus mejores expresiones en el Preámbulo de la Declaración Mundial de Políticas Culturales, celebrada en México en 1982⁷⁸ en el marco de los trabajos de la Unesco, la cual sostiene que: “Cada cultura representa un conjunto de valores único e irremplazable... la humanidad se empobrece cuando se ignora o destruye un grupo determinado”.⁷⁹

Al posibilitar diferentes formas de vida la libertad cultural colectiva estimula la creatividad, la experimentación y la diversidad, elementos esenciales para el desarrollo humano. La Unesco ha postulado con razón que la multiculturalidad y la creatividad generan la diversidad, lo que hace a las sociedades más dinámicas, más innovadoras y más duraderas.⁸⁰

La igualdad de la dignidad de las culturas

Se debe partir del postulado de la igualdad de las culturas. Toda cultura es igualmente digna. Cada cultura es un fin en sí misma que otorga sentido al proyecto de vida de las personas que participan en ella. La diversidad cultural es diferente y desigual porque las distintas instancias e instituciones que la construyen tienen distintas posiciones de poder y legitimidad.

El mandato constitucional es claro al incorporar los principios de la tolerancia y el respeto como las normas de conducta que posibilitan la coexistencia de las culturas nacionales. El artículo cuarto de la Constitución preceptúa: “El Estado atenderá la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones...”. Este precepto tiene un fin educativo explícito: la enseñanza de la tolerancia, pero habría que agregar otro más: el “respeto a otras culturas y pueblos”.

Este respeto vincula la protección nacional y la protección internacional de bienes culturales y “contribuye a que el ser humano vaya erguido como ciudadano del Estado y del mundo”.⁸¹ El patrimonio cultural universalmente protegido es manifestación de multiculturalismo,⁸² fundamenta el universalismo cultural y es una noción correlativa de las garantías y pactos universales e interestatales sobre derechos humanos.

En la última parte del siglo XX pueden identificarse enmiendas constitucionales de diferentes Estados nacionales, similar a la mexicana, con el propósito explícito de reconocer el pluralismo cultural. Un común denominador las motiva: la diversidad cultural es connatural al ser humano cuya personalidad se desarrolla en ambientes y contextos culturales determinados. A estos dos elementos habría que agregar el de

⁷⁸ Disponible en http://portal.unesco.org/culture/es/files/35197/11919413801mexico_sp.pdf/mexico_sp.pdf.

⁷⁹ Disponible en http://portal.unesco.org/culture/es/files/35197/11919413801mexico_sp.pdf/mexico_sp.pdf.

⁸⁰ *Our creative diversity*..., op. cit., p. 18.

⁸¹ Peter Häberle, *Verfassungsprinzipien als Erziehungsziele*, en Festschrift für Ernst Rudolf Huber, 1981.

⁸² *Our creative diversity*..., op. cit., p. 16.

la dignidad. Toda cultura tiene una dignidad y un valor que deben ser respetados y protegidos.⁸³

De las diferentes concepciones antropológicas puede concluirse que la cultura consiste en la memoria colectiva hereditaria. En este orden el ser humano se ve determinado no solamente por la herencia biológica y genética, sino por otra clase de herencia: la cultural.⁸⁴

La reticencia del Estado mexicano a la aceptación del pluralismo cultural obedecía a la confusión que primaba al considerar la unidad cultural como una noción operativa de la unidad del Estado. La unidad territorial, se argumentaba, era el soporte de la comunidad o unidad de la cultura. A la cultura se le consideraba un fenómeno total e indivisible, lo que explica la resistencia burocrática de atribuir la formación cultural a otros protagonistas culturales. La cultura no era una materia, sino un valor único que el Estado mexicano debía proteger y fomentar.

La cultura y las culturas, sin embargo, no son privativas del gobierno: le pertenecen a toda la sociedad, y en especial a los grupos o comunidades culturales que la integran.

La identidad cultural

La diversidad cultural ha obligado a considerar que la comunidad mexicana está compuesta por una multiplicidad de grupos o comunidades culturales con diversas prácticas y convicciones. Todos ellos buscan defender su identidad cultural, resistir las aculturaciones forzadas o impuestas, evitar diluirse en la metrópolis de las zonas conurbadas y alejarse del cosmopolitismo monocultural, marcadamente individualista y migratorio, con aspiraciones que no pueden ser entendidas sino como meras ilusiones.⁸⁵

La identidad cultural no debe convertirse en un mecanismo excluyente de nuevas formas de expresión. Todo individuo, grupo o comunidad tiene derecho a la creatividad en su acepción más extensa, así como a la innovación individual y colectiva, que le permita encontrar nuevas formas de convivencia y nuevos sentidos para el futuro. El desafío en lo que respecta al desarrollo de los derechos culturales consiste en la conciliación de la identidad de un grupo social con el pluralismo y la diversidad cultural.⁸⁶

Como un efecto correlativo de este debate, surge la noción de patrimonio común de la humanidad. El vocablo *humanidad*, que en su expresión habitual se denomina *patrimonio de la humanidad* o *patrimonio común de la humanidad*, es extensivo a “todos los Estados en su conjunto”.⁸⁷ Más aún, debe hacerse extensivo a todos los in-

⁸³ Artículo 1º de la Declaración de la Unesco sobre los Principios de la Cooperación Cultural Internacional de 1966.

⁸⁴ J. Jesús Prieto de Pedro, *Cultura, culturas y constitución...*, op. cit., p. 31.

⁸⁵ Richard A. Shweder, *Culture: Contemporary Views*, en 5 *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences* 3151, Neil Smelser and Paul Baltes Editores.

⁸⁶ Beatriz González Moreno, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa...*, op. cit., p. 67.

⁸⁷ James A. R. Nafziger y Tullio Scovazzi, *Le patrimoine culturel de l'humanité/The Cultural Heritage of Mankind*, op. cit., p. 3.

dividuos. La dignidad del ser humano exige la difusión de la cultura y de la educación como un presupuesto de la justicia, la libertad y la paz.

Los derechos culturales, conforme a la Declaración de la Unesco sobre la Diversidad Cultural del 2001,⁸⁸ determinan que los mismos son garantes de la diversidad cultural y, más aún, que son parte de los derechos humanos, los cuales son universales, indisociables e interdependientes. En este orden la diversidad cultural debe ser protegida y promovida dentro del ámbito de los derechos humanos y las libertades fundamentales, como la libertad de expresión, de información y de comunicación, así como de la libertad de elección de todo ser humano para elegir sus expresiones culturales.⁸⁹

La reforma constitucional obliga a desarrollar el análisis bajo diferentes enfoques: el de las decisiones constitucionales fundamentales, el relativo al vínculo entre derechos humanos y al patrimonio cultural, el de la emergencia de los derechos culturales, el alusivo a la libertad cultural y el del acceso a la cultura, entre otros.

La protección y promoción de la diversidad cultural en todas sus expresiones implican el reconocimiento de la igualdad, dignidad y respeto de todas las culturas, incluso aquellas que comprenden a todos los seres humanos pertenecientes a minorías y pueblos autóctonos. Los derechos culturales están por lo tanto asociados a diferentes nociones, lo que denota la centralidad del vocablo “cultura” pero también refleja la complejidad de la noción. Así, la identidad cultural está asociada irremisiblemente a la cultura.⁹⁰

El concepto de diversidad cultural se ubica en el centro de la comunidad. Esta noción se entiende a su vez como el conjunto de referencias culturales a través de las cuales una persona o grupo de personas se definen, se manifiestan o desean ser reconocidas. La identidad cultural incluye las libertades inherentes a la dignidad de la persona, a integrarse en un proceso permanente de diversidad cultural, a lo particular y lo universal, a la memoria y al proyecto.⁹¹ Esto obliga a determinar al sujeto de la identidad que el Grupo de Friburgo identificó en la comunidad cultural, entendida ésta como un grupo de personas que comparten referencias culturales constitutivas de una identidad común, las cuales desean preservar y desarrollar como un elemento de su dignidad cultural, en el ámbito de los derechos humanos.⁹²

El sentido y significación del vocablo cultura dependen en gran medida del contexto donde se emplee. Todo Estado que haga profesión de fe democrática debe reconocer y salvaguardar los derechos humanos. La consolidación de la democracia depende básicamente de la construcción de las condiciones en las que los seres humanos puedan desarrollar su identidad cultural.

⁸⁸Disponible en http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13179&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

⁸⁹Fernando Sérgio Tenorio de Amorim, “La diversité et l’unité du marché : les défis de la Convention de l’Unesco sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles”, en la obra colectiva *Le patrimoine culturel de l’humanité/The Cultural Heritage of Mankind*, editada por James A. R. Nafziger y Tullio Scovazzi, *Le patrimoine culturel de l’humanité/The Cultural Heritage of Mankind*, op. cit., p. 358.

⁹⁰Mohammed Zakaria Abouddaha B., en la obra colectiva *Le patrimoine culturel de l’humanité/The Cultural Heritage of Mankind*, James A. R. Nafziger y Tullio Scovazzi (eds.), *Le patrimoine culturel de l’humanité/The Cultural Heritage of Mankind*, op. cit., p. 279.

⁹¹Artículo 1º párrafo b del proyecto de declaración de derechos culturales elaborado por el Grupo de Friburgo.

⁹²Artículo 1 párrafo c del proyecto de declaración de derechos culturales elaborado por el Grupo de Friburgo.

El vínculo entre la dimensión política del Estado y su dimensión cultural no constituye un vínculo causal o de determinación; es la diversidad cultural la que se significa como una condición importante para la construcción del espacio verdaderamente democrático. El hecho de que el Estado mexicano garantice la protección de los derechos humanos a sus ciudadanos equivale en última instancia a garantizar la participación efectiva de éstos como miembros de un grupo o comunidad cultural. Por lo tanto, el reconocimiento de la igualdad jurídica conduce al reconocimiento de la igualdad de culturas.⁹³

La atribución a las comunidades o grupos culturales mexicanos de derechos culturales conlleva la aceptación en términos de la cual las colectividades poseen una identidad particular que las hace diferentes de otros grupos o comunidades que existen en México. Esta identidad se materializa en el derecho a emplear su propia lengua, adoptar prácticas sociales específicas y participar en sistemas de creencias y valores que les son comunes a los grupos o comunidades culturales.⁹⁴

El Estado mexicano está, en consecuencia, obligado a proporcionar los medios para que cada persona pueda libremente reconocerse como miembro de una comunidad, adherirse a sus valores y promover su desarrollo. La acción política del Estado mexicano resulta por lo tanto fundamental, especialmente en lo que respecta al trazo de políticas públicas orientadas a permitir la inclusión social para fomentar mecanismos de protección y promoción de la participación colectiva en la vida cultural.

Sólo mediante el respeto a los intereses divergentes que cohabitan en el país el Estado mexicano será capaz de provocar la adhesión de diversas comunidades a un proyecto político y democrático que sirva de base a la constitución y reconocimiento de una sociedad pluralista. Bajo este esquema, la diversidad cultural se convierte en elemento de construcción de una identidad cultural nacional, lo que no supone una identidad restrictiva en su sentido y significación, una homogeneidad simbólica que reduciría la diversidad cultural a una cultura nacional uniforme. Antes al contrario, la unidad nacional se enriquece cuando en el contexto democrático se constata que el Estado mexicano atribuye a los diferentes sectores de la sociedad una voz activa, en aras de la construcción de una sociedad pluralista, libre y democrática.⁹⁵

El derecho a la diferencia es uno de los ejes sociales relevantes en los que mejor puede percibirse el respeto a los derechos fundamentales. Al Estado mexicano le incumbe, a partir del reconocimiento a las diversas identidades culturales, proveer los medios de desarrollo pluralista en nuestra sociedad, que no pueden ser entendidos de manera restrictiva. Por la parte de las comunidades y grupos culturales, es importante que conciben que el modelo democrático es el único capaz de fomentar su desarrollo cultural.⁹⁶

⁹³Fernando Sérgio Tenorio de Amorim, “La diversité et l’unité du marché : les défis de la Convention de l’Unesco sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles”, en la obra colectiva *Le patrimoine culturel de l’humanité/The Cultural Heritage of Mankind*, editada por James A. R. Nafziger y Tullio Scovazzi, *Le patrimoine culturel de l’humanité/The Cultural Heritage of Mankind*, op. cit., p. 358.

⁹⁴*Ibidem*, p. 390.

⁹⁵*Ibidem*, p. 360.

⁹⁶*Ibidem*, p. 370.

En armonía con la misma reflexión, es necesario considerar la riqueza cultural mexicana, que propicia la constitución de una identidad nacional realmente pluralista. Sin embargo, los bajos índices de desarrollo humano impiden el funcionamiento de políticas públicas capaces de promover y proteger esta diversidad.

La creación de mecanismos protectores de la diversidad cultural resulta indispensable en una sociedad como la mexicana. El análisis multidisciplinario, sobre todo entre el derecho y la antropología, es fundamental para la comprensión de las costumbres. El sistema jurídico por sí solo no proporciona todas las respuestas que plantea el tema de la salvaguarda de la diversidad cultural. Los postulados del relativismo cultural, la tolerancia y el respeto a la significación del universo de las comunidades y grupos culturales mexicanos constituyen conceptos básicos para la diversidad cultural.⁹⁷

La protección jurídica de los valores y expresiones de una cultura exige una toma de conciencia de parte del Estado mexicano cuyas eventuales propuestas no tienen cabida en un universalismo reductor fundado exclusivamente en la cultura occidental.

La supervivencia de un sistema social exige garantizar, a través de una organización eficaz, la transmisión de su herencia cultural. Los medios de transferencia cultural, que han variado históricamente, están a su vez relacionados con el sistema político y económico, de tal manera que si se produce un cambio en los contenidos culturales de una sociedad, este hecho puede considerarse una fuente de cambios sociales.

Conclusiones de la sección primera

Discutir sobre cultura es aventurarse en un ámbito en donde existe tanta variedad de definiciones como discusiones. Aun en recientes debates sobre el tema, el valor heurístico y las limitaciones políticas de las variedades como elementos de análisis han dado lugar a que los derechos culturales estén circundados por grandes interrogantes.

Los poderes públicos en México se ven ahora confrontados por realidades que los obligan a diseñar nuevas políticas públicas culturales, en las cuales el apoyo a nuevas y emergentes manifestaciones culturales de ninguna manera pueda entenderse como un subsidio al consumo, sino como una inversión en el desarrollo humano. La reforma constitucional obliga a estos poderes a implementar una política cultural que debe enfocarse a las actividades multiculturales, ya que la diversidad ha resultado ser una fuente inagotable de creatividad.

La diversidad de las culturas nacionales, su originalidad y su singularidad, constituyen la base para el progreso humano.⁹⁸ Los poderes públicos en México deben rediseñar las políticas públicas y reconocer la dimensión cultural del desarrollo: afirmar y enriquecer las identidades nacionales culturales y aumentar su participación en la vida cultural.⁹⁹ En este aspecto tiene que privar una gran claridad: no hay política

⁹⁷*Ibidem*, p. 394.

⁹⁸Véanse los puntos resolutivos de la Conferencia de Venecia, en Beatriz González Moreno, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa...*, op. cit., p. 69.

⁹⁹Beatriz González Moreno, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa...*, op. cit., p. 70.

cultural eficaz si no se garantiza la adecuada protección jurídica de los procesos creativos.¹⁰⁰ El gran desafío de individuos, grupos y comunidades culturales consiste en adaptarse a las nuevas condiciones, sin renegar de los elementos esenciales de sus tradiciones y de su herencia cultural.

Este desafío se debate en dos extremos: en uno de ellos es la modernidad la que impulsa la promoción de la creatividad indispensable para la productividad industrial y la innovación; en el otro extremo es la modernidad la que enfrenta a la tradición, lo que da lugar a procesos de aculturación y provoca suspicacias por el proceso inverso de *desculturación*.

El entorno de los derechos culturales seguirá fatalmente predestinado por la noción de cultura. La cultura determina al derecho, como el derecho determina a la cultura. La exploración de los vínculos entre uno y otra producirá los frutos esperados cuando se trasciendan las categorías jurídicas tradicionales.

La interrogante en lo que atañe a las condiciones bajo las cuales es posible comprender el derecho que pueda regular la cultura, o la cultura que pueda coadyuvar con los juristas para mejor entender el derecho, tiene una fuerte connotación histórica. Esta connotación nos obliga, sin embargo, a abandonar todo paradigma vigente ahora para estudiar al derecho y la cultura. Los paradigmas prevalecientes pueden incluso llegar a confundir si se atiende a las inestabilidades inherentes, las cuales provienen de las oportunidades que ofrecen las más recientes investigaciones históricas entre el derecho y la cultura.

Los temas centrales implicados en materia de derechos culturales, de identidad cultural y de su diferenciación, de legado cultural y de conocimiento tradicional, son de importancia cardinal para la sociedad mexicana, puesto que se refieren a las mismas raíces de nuestros grupos o comunidades culturales.

Los procesos sociales correlativos son simultáneamente significativos y complejos. La narrativa de estos procesos sociales ubica irremisiblemente el debate sobre cultura y derecho en las ciencias sociales dentro de una perspectiva interdisciplinaria. El desafío es conjuntar de manera constructiva y coherente el derecho y la cultura. Resulta claro en el análisis que esta conjunción ha sido notoriamente ambigua e inestable en el transcurso del tiempo, en donde prevalecen los dilemas de las definiciones. Ello destaca la relevancia de exponer los aspectos sustantivos de las nociones inherentes y de sus características.

Se ha dicho con razón que las controversias jurídicas conducen a escenarios vitales, como los económicos, sociales, históricos o culturales, y que con ello inducen a variados entendimientos respecto a la forma en que la experiencia humana incide en

¹⁰⁰Véase el informe de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo presentado en la Conferencia Intergubernamental sobre Políticas Culturales para el Desarrollo de Estocolmo de 1998. El artículo 9º de la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural dispone: “Las políticas culturales, en tanto que garantizan la libre circulación de las ideas y las obras, deben crear condiciones propicias para la producción y difusión de bienes y servicios culturales diversificados, gracias a industrias culturales que dispongan de medios para desarrollarse en los planos local y mundial. Cada Estado debe, respetando sus obligaciones internacionales, definir su política cultural y aplicarla, utilizando para ello los medios de acción que juzgue más adecuados, ya se trate de apoyos concretos o de marcos reglamentarios apropiados”.

los procesos legales. La interacción entre cultura y derecho en contextos específicos de expresiones culturales y otras prácticas --artísticas, de conocimiento tradicional, etc., enriquece estos debates.

Un modelo específico de vinculación entre cultura y derecho debe analizar los términos en los que se ha articulado una y otro, sin soslayar desde luego las peripecias políticas que han provocado su desestabilización, o bien fomentar su reestabilización en diferentes circunstancias históricas. Lejos de determinar de manera definitiva y autoritaria la forma en que el derecho y la cultura interactúan, se debe privilegiar el análisis de las fuerzas históricas en juego y que finalmente han sido las articuladoras de esta interacción. El análisis debe concentrarse en cómo han interactuado el derecho y la cultura, y en cómo esta interacción se ha visto alterada por el poder público, que así como legitima algunas identidades deslegitima otras.

Nuestra época se caracteriza más por sus interrogantes inquietantes que por sus afirmaciones serenas. Lo que antes abundaba en certezas, hoy prolifera pero en cuestionamientos. En todos los ámbitos las certezas adquiridas han sido sustituidas por posibilidades; los modelos culturales propuestos han sido modificados y la simplicidad ha sido reemplazada por la complejidad. El ocaso del siglo XX y el umbral del XXI¹⁰¹ se caracterizan por el fin de las certezas. Las características de la actualidad son la inestabilidad, la fluctuación y las tendencias evolutivas; conceptos como caos, violencia, terrorismo, migración y miedo empiezan a hacerse presentes. El elemento narrativo de la naturaleza es el que gobierna el desarrollo científico, y tampoco debe serle ajeno al derecho.

La crisis actual es de los valores laicos que sucedieron a la crisis de los valores religiosos: ciencia, progreso, emancipación de los pueblos... Es esta crisis la que se reflejó en la imposición de un contrato social en nuestro país que concibió únicamente obligaciones entre sujetos iguales y vinculados por relaciones fundadas en cláusulas recíprocas. Este contrato ignoró los ámbitos sociales en los que prevalecían y prevalecen graves asimetrías, y terminó provocando enormes distorsiones sociales. En la actualidad, lo que resulta claro en México es que el desarrollo humano radica en el comportamiento de los individuos y no en las decisiones del gobierno.

La reforma en México ha impelido a imaginar un nuevo contrato cultural. Alain Touraine¹⁰² sostiene que contrato y cultura son en apariencia conceptos contradictorios y excluyentes. Existen los sintagmas *contrato natural* y *contrato social*, pero difícilmente se podría conciliar cultura y contrato. Sin embargo, concomitantemente con la democracia política y social, se debe ahora debatir sobre la democracia cultural; en qué forma se puede conciliar la participación en las nuevas tecnologías y, de manera simultánea, salvaguardar la capacidad de mantener, reinterpretar e incluso inventar una o varias identidades.

Se debe partir de la igualdad de las culturas, lo que supone una noción correlativa de la conciencia democrática. Todas tienen dignidad humana y les asiste un derecho

¹⁰¹ *Our creative diversity...*, op. cit., p. 27.

¹⁰² Alain Touraine, *Reconstruir la cultura*, en la obra colectiva *¿A dónde van los valores? Coloquios del Siglo XXI*, París, Ediciones Unesco, Icaria Editorial, 2004, p. 204.

igual al reconocimiento. La democracia política es esencialmente *civil*. La *civilidad* le da sustento y está sometida a la legislación. La *democracia cultural*, por el contrario, valora el origen cultural, y los derechos culturales se abandonan a la libre apreciación de sus defensores.¹⁰³ La comunicación y la manera en que ésta se realiza resultan pues determinantes. Ese es uno de los grandes desafíos de la cultura en México.

En este nuevo contrato cultural deberá por lo tanto prevalecer la reconsideración de la conciencia cultural. También será importante evitar, en todos los ámbitos nacionales, hacer de los orígenes una razón superior, de la convicción un derecho, de la diferencia un culto, de la pertenencia una vanidad y de la identidad cultural una virtud.

A la sociedad mexicana se le impuso un modelo de desarrollo de estricta valoración económica, con lo que se la convirtió irremediabilmente en una sociedad filistea. Filisteo es el espíritu que ha acotado su percepción en aras de la utilidad inmediata y de los valores materiales; es por lo tanto incapaz de visualizar los objetos culturales, que desprecia por inservibles.

La reminiscencia bíblica del término filisteo sugiere un enemigo superior frente al cual se puede sucumbir fácilmente. La sociedad mexicana sucumbió de manera fatal frente a él; a los valores culturales les da el mismo tratamiento que a los otros: valores de cambio. Al mexicano se le ha convertido en un ser humano con una mentalidad exclusivamente utilitaria, pero con gran incapacidad para pensar y juzgar independientemente de la función y de la utilidad de los bienes del mercado.

El legado cultural mexicano ha dejado de estar precedido de un testamento. El testamento es el que determina al heredero lo que será legítimamente suyo, el que asigna un pasado al porvenir. En el testamento cultural es precisamente la tradición la que le asigna el nombre al legado. Ante la pérdida de sus tradiciones, a la sociedad mexicana se le ha revocado su testamento cultural, y con ello ha visto desvanecer su legado para el futuro. La pérdida del legado cultural resultó inevitable y se ha consumido paulatinamente a causa del olvido y de una ausencia de memoria pública por parte no sólo de los herederos, sino de los actores, de los testigos y de aquellos que en un tiempo fugaz tuvieron la responsabilidad de su custodia.

La memoria pública se desvanece si carece de referencias culturales preestablecidas; el espíritu humano es incapaz de retenerla si no se encuentra vinculada a referentes culturales específicos. Se ha privilegiado el efecto mediático efímero sobre el arraigo de los valores culturales. La tragedia se ha podido visualizar en las últimas décadas, tiempo durante el cual la sociedad mexicana ha menguado significativamente su conciencia para cuestionar, meditar y recordar. Sin la articulación de la memoria pública no existe ningún legado cultural que pueda ser transmitido, y esto ocurre en nuestro país justo cuando, paradójicamente, la preservación de nuestro legado cultural y la creación artística, junto con el desarrollo científico, son los mejores logros de nuestra generación; carente de un testamento cultural, la sociedad mexicana se conduce ahora con un gran aturdimiento.

¹⁰³ *Our creative diversity...*, op. cit., p. 240.

Sección segunda. El Estado de cultura en México

La reforma constitucional introduce tardíamente en nuestro sistema legal el sintagma del Estado de cultura. Esta noción introduce un nuevo modelo cultural en México, con las consecuentes tensiones en la sociedad.

De estas reflexiones se colige que los grupos o comunidades culturales no son el sujeto, sino el objeto de los derechos culturales.

Capítulo primero. Sus orígenes

Los primeros atisbos de la noción de Estado de cultura pueden identificarse en el pensamiento idealista alemán de inicios del siglo XIX.¹⁰⁴ Esta corriente de pensamiento sostenía que la finalidad del Estado es precisamente la cultura.¹⁰⁵ El Estado, se aseguraba, tiene como obligación primaria asegurar la autonomía de la cultura en la sociedad; debe garantizar la libertad de creación intelectual y artística.

El Estado de cultura (*Kulturstaat*)¹⁰⁶ debe enfocarse en promover y velar por la actividad cultural y abstenerse de definir el contenido de la cultura. La cultura es autónoma y únicamente en un Estado de cultura se le puede asegurar al ser humano su plena libertad.¹⁰⁷ Precisamente la función de la cultura impulsó al Estado a transformarse en un Estado de cultura, lo que entre otros efectos “lo subrogaría a la Iglesia como educador del pueblo y defensor de la moralidad”.¹⁰⁸

Durante el siglo XIX la tradición alemana exploró la noción de *Kulturstaat* y le atribuyó un significado jurídico,¹⁰⁹ al sostener que los intereses culturales determinan en forma especial la vida de un pueblo; de esta manera surge el Estado de cultura. La Constitución de Weimar incorporó el concepto, paralelamente al sintagma del Estado de derecho.¹¹⁰ El Estado de cultura tiene como propósito específico la promoción, el desarrollo y el progreso cultural de la colectividad.¹¹¹

El Estado de derecho, el Estado democrático y el Estado social son la tríada constitutiva de la concepción moderna del Estado.¹¹² El Estado de cultura es el que resca-

¹⁰⁴J. Jesús Prieto de Pedro, *Cultura, culturas y constitución...*, op. cit., p. 313.

¹⁰⁵Beatriz González Moreno, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa...*, op. cit., p. 31.

¹⁰⁶Peter Häberle, *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht*, Darmstadt, 1982, p. 3.

¹⁰⁷Beatriz González Moreno, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa...*, op. cit., p. 32.

¹⁰⁸Luis Legaz y Lacambra, “Estado de derecho”, *Revista de Administración Pública*, núm. 6, 1951, pp. 17. y ss. Citado por J. Jesús Prieto de Pedro, *Cultura, culturas y constitución...*, op. cit., nota 354.

¹⁰⁹J. Jesús Prieto de Pedro, *Cultura, culturas y constitución...*, op. cit., p. 213.

¹¹⁰*Ibidem*, p. 214.

¹¹¹Ernst Rudolf Huber, *Zur Problematik des Kultursaaits*, J.C. B. Mohr, Tübingen, 1958, p. 26.

¹¹²J. Jesús Prieto de Pedro, *Cultura, culturas y constitución...*, op. cit., p. 218. En el mismo sentido véase Enrico Spagna Musso, *Scritti di Diritto Costituzionale*, tomo I, Seminario Giuridico della Università di Bologna, Miscellanea 31, Giuffrè Editore, 2002, pp. 422 y 423.

ta la importancia del elemento cultural en el arraigo de la democracia cultural¹¹³ y adquiere la misma trascendencia de los otros tres sintagmas: Estado de derecho, Estado democrático y Estado social, pero con una significación específica: “es el principio humanizador de la acción del Estado”.¹¹⁴

Estas ideas preliminares servirían posteriormente a la literatura contemporánea¹¹⁵ para identificar los fundamentos del Estado de cultura en los principios de desarrollo de la cultura y el de la libertad de la cultura. Dichos fundamentos responden en su sentido más puro al siguiente postulado: “El arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza son libres”.¹¹⁶ El Estado, en tanto que Estado de cultura, debe garantizar el libre cultivo de la ciencia y su transmisión por cualquier vía, incluso la docente en todos los grados e instituciones del sistema educativo.¹¹⁷

Los límites de la cultura, se sostiene, son más amplios que los del Estado, al cual le asiste la obligación pública de contribuir al enriquecimiento de la cultura y su progreso. De ahí que uno de los deberes primarios del Estado¹¹⁸ sea la tutela del patrimonio histórico-artístico y del paisaje.¹¹⁹

Capítulo segundo. La constitucionalización de la cultura

Desde su texto inicial, la Constitución de 1917 llegó a disponer en su artículo tercero que la educación en México debería ser nacional para acrecentar la cultura nacional; que el Estado apoyaría la investigación científica y tecnológica y alentaría el fortalecimiento y difusión de la cultura nacional.

Sin embargo, a partir de la promulgación de la Constitución, y al margen de la libertad de enseñanza, hubo una total preterición del acceso a la cultura y de los derechos culturales hasta la reforma del artículo 4º constitucional en su actual párrafo decimosegundo.

La constitucionalización de la cultura como objeto de un derecho fundamental implica una visión plena y articulada de los diversos fenómenos que conlleva lo cultural, y resulta ser un catalizador en la valoración pública de la cultura. Mediante la

¹¹³Our creative diversity..., op. cit., p. 240.

¹¹⁴J. Jesús Prieto de Pedro, *Cultura, culturas y constitución...*, op. cit., p. 223.

¹¹⁵Enrico Spagna Musso, *Scritti di Diritto Costituzionale*, op. cit., p. 422.

¹¹⁶Véase la resolución del Tribunal Constitucional Federal alemán del 5 de marzo de 1974 que calificó el artículo 5.3 de la Constitución alemana como *Kulturstaatsklausel*. Véase igualmente los artículos 9º y 33 de la Constitución italiana; el 9º preceptúa: “La República promueve el desarrollo de la cultura y la investigación científica y técnica. Tutela el paisaje y el patrimonio histórico y artístico de la Nación”.

¹¹⁷Véase al respecto la sentencia del Tribunal Supremo español del 23 de enero de 1974 en el que se sancionó a un profesor “por resultar evidente que en sus explicaciones filosóficas se atuvo, como él mismo reconoce, a las más rigurosa racionalidad científica y experimental, con exclusión de toda intervención divina en la vida sobrenatural de una persona, así como el origen mismo de la vida, sin que ello sea obstáculo el que se haya podido ajustar a la determinación de doctrinas científicas”. En la actualidad esta tendencia se halla totalmente superada, como es de verse en las sentencias STC 153/1985, STC 153/1985, FJ 5º y STC 121/1989, FJ 2º.

¹¹⁸Beatriz González Moreno, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa...*, op. cit., p. 37.

¹¹⁹A. M. Sandulli, “La tutela del paesaggio nella Costituzione”, *Rivista giuridica edilizia*, 1967, p. 70.

reforma constitucional la noción de cultura despliega toda su plenitud a través de una función totalizadora: el acceso y fomento del patrimonio cultural material e inmaterial, la dimensión pública de los ciudadanos frente al poder público y la síntesis de los diversos contenidos derivados del concepto étnico de cultura como derecho a la diferencia. Es claro que la noción de cultura, más que una conceptualización abierta o poliforme, es holística, ya que es una manera de considerar diferentes realidades como una totalidad.¹²⁰

La protección de los bienes culturales es sólo un componente del sistema cultural. La Constitución está pues en lo sucesivo animada por una dimensión cultural genérica: a la protección anterior habría que agregar la de las libertades específicas de la cultura, de las cláusulas expresas sobre el patrimonio cultural y de los elementos generales del Estado de cultura. Se puede llegar a sostener incluso que el Estado nacional, al definirse, lo hace también por sus culturas, que preconstituyen un elemento adicional en sus notas características. La *constitucionalización de la cultura* convirtió a nuestra norma fundamental no solamente en un texto jurídico o en una obra de regulación normativa, “sino también en la expresión de una situación de desarrollo cultural y el fundamento de esperanzas”.¹²¹

Capítulo tercero. El Estado de cultura en México

La “constitucionalización de la cultura” en México tiene como consecuencia inmediata la emergencia de la noción del Estado de cultura y la expresión plena de las libertades culturales. El Estado de cultura¹²² enfatiza la trascendencia del desarrollo y difusión de la cultura en la consecución de ese objetivo.

Las actividades del Estado se conceptúan como deberes jurídicos y no como meras proclamas morales. Es en esta perspectiva en donde deben insertarse los deberes culturales públicos del Estado mexicano: la promoción y preservación de la cultura y de la educación; deberes que deben ser cumplidos cabalmente, ya que son la educación y la cultura las que garantizan el libre y pleno ejercicio de la democracia. Ambas crean el presupuesto básico de la libertad de conocer, la capacidad para decidir y la facultad de discernimiento. La cultura y la educación constituyen los elementos primarios para el desarrollo de la personalidad y la libertad ideológica. De ahí proviene el postulado en el sentido de que “el poder de humanización y emancipación de la educación y de la cultura debe hacerse accesible a todos los ciudadanos”.¹²³

¹²⁰El vocablo holismo ha sido empleado para designar un modo de considerar ciertas realidades --y a veces todas las realidades en cuanto tales-- primariamente como totalidades o todos, y secundariamente como compuestos de ciertos elementos o miembros. En José Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1965, tomo I, p. 865.

¹²¹Peter Häberle, “La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 54, septiembre-diciembre de 1998, p. 28.

¹²²Enrico Spagna Musso, *Scritti di Diritto Costituzionale...*, op. cit., p. 431.

¹²³A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 1990, p. 486, cita por Beatriz González Moreno, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa...*, op. cit., p. 37, nota 24.

Mediante su transformación jurídica la reforma amalgamó la relación entre cultura y democracia. Este aforismo merece una precisión: la cultura se manifiesta como una exigencia de la personalidad del individuo en una sociedad y constituye la fuerza motriz del proceso de desarrollo humano.¹²⁴ El funcionamiento de nuestro Estado democrático asocia ahora a esta dinámica la participación efectiva de todos los ciudadanos. La democracia cultural significa precisamente dar participación y representación a todos los agentes que actúan en el espectro social: personas, grupos y comunidades culturales; pero, más significativamente, darles el acceso a las decisiones que les atañen. La libre participación de las personas en los sistemas culturales es un elemento inherente a la democracia cultural.

El Estado de cultura en México se articula en lo sucesivo en función de tres principios básicos: la libertad, el pluralismo y el progreso, con un común denominador: la cultura. Son estos principios los que aseguran el libre desarrollo de la personalidad de los conciudadanos, la garantía y promoción de las condiciones necesarias para su progreso y la participación en la democracia cultural de los individuos.¹²⁵ Se debe dar cuenta, por lo tanto, de estos principios básicos, uno de los cuales queda subsumido en la noción de la diversidad cultural.

La libertad cultural

Las libertades culturales habían quedado en México relegadas hasta la reforma del artículo 4º constitucional, párrafo decimosegundo, que somete la libertad de la cultura a la tutela constitucional y obliga a los poderes públicos a una nueva actitud que, al menos, no confronte esta exigencia jurídica.

Existe ahora un vínculo postulante entre el Estado y la cultura que debe insertarse en la naturaleza liberal-democrática de la Constitución, en donde la democracia interactúa con la cultura.¹²⁶ Este vínculo crea una nueva regulación, compleja y orgánica, que responde a los siguientes fundamentos: la protección genérica de la creación humana, el reconocimiento de la libertad de la cultura y el de su desarrollo y la intervención positiva de los poderes públicos.

La garantía de participación ciudadana preserva tanto sus elementos exteriores como sus factores constitutivos, pero ahora bajo la tutela constitucional: la libertad de creación se extiende no solamente a su manifestación, sino a su formación. La libertad cultural es sustancialmente diferente de otras libertades en donde el énfasis está en el individuo: la libertad cultural es esencialmente una libertad colectiva y se explica en los derechos de la colectividad; es individual por origen, pero colectiva por destino.¹²⁷

¹²⁴ Enrico Spagna Musso, *Scritti di Diritto Costituzionale*..., op. cit., p. 402.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 425.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 492.

¹²⁷ *Our creative diversity*..., op. cit., p. 25. Véase igualmente Beatriz González Moreno, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*..., op. cit., p. 91.

El desarrollo de la cultura determina la amplitud de la formación cultural del ciudadano, que representa uno de los intereses primarios de la sociedad en su conjunto. La tutela constitucional procura por ello el desarrollo de la personalidad del ciudadano en toda su plenitud. No solamente ello; obliga a que la acción estatal promueva el incremento de las manifestaciones culturales, atendiendo a su naturaleza específica. Simultáneamente, postula la necesidad de la autodeterminación de la cultura en donde las fuerzas culturales evolucionen libremente.¹²⁸ Por lo tanto, los poderes públicos deben abstenerse de asumir una dirección de desarrollo cultural de carácter obligatorio, exclusivo y excluyente.

La intervención estatal cobra relieve en relación con el principio del desarrollo de la cultura si al atender una categoría específica de los derechos culturales la correlaciona con el principio de la libertad cultural. Esa intervención debe admitirse cuando tenga un interés específico en el impulso de cualquiera de las manifestaciones culturales, siempre que se respete el principio de la autodeterminación de la cultura. En el análisis de contraste de la pluralidad de políticas públicas culturales debe ponderarse su desarrollo, sin permitir que alguna obtenga una posición de privilegio sobre la otra.

El ámbito de la libertad cultural es de una gran riqueza; comprende tanto los derechos de libres creaciones literarias, artísticas, científicas y técnicas, calificadas como libertades intelectuales, así como el producto de esa creación que sustancia los derechos de autor. A estas libertades se les consideró inicialmente parte de la libertad de expresión, cuando tienen sin embargo especificidades que las singularizan.

Irremediable y fatalmente la libertad de pensamiento ha infringido de manera recurrente el *statu quo*,¹²⁹ pues toda limitación es contraria a su esencia. Mientras que a este último se le considera un bien adquirido y estable, la libertad de pensamiento, por su propia naturaleza, está orientada a la creación y es contraria a toda acotación.

No debe sorprender la constante colisión entre el *status quo* y la libertad de pensamiento. Esto es válido para la libertad cultural, ya que la cultura es a la vez memoria y alma de toda sociedad,¹³⁰ y toda cultura evoluciona paralelamente con la metamorfosis de la sociedad. Toda restricción de la libertad cultural entraña el riesgo de debilitar a la sociedad, y paradójicamente se convierte en un catalizador de los sucesos que pretende impedir.¹³¹

El debate de la extensión de la libertad de la cultura se inserta en referentes que le son propios. La creación cultural se caracteriza por la generación de valores simbólicos y signos de identidad, incluso hasta el cuestionamiento de los precedentes.

La reforma postula el principio de creación humana y el de su desarrollo, y tuvo la atingencia de sustraerla de cualquier situación subjetiva. El texto constitucional evitó hacer una distinción explícita entre la creación artística y la científica; al hacerlo favoreció el desarrollo de la creación en toda su plenitud. Por lo tanto, preserva el arte y la ciencia como ejes formativos de la cultura en su sentido más amplio. Igual-

¹²⁸ Enrico Spagna Musso, *Scritti di Diritto o Costituzionale...*, op. cit., p. 437.

¹²⁹ André-Hubert Mesnard, *Droit et Politique de la Culture*, Francia, Presses Universitaire de France, 1990, p. 160.

¹³⁰ *Idem*.

¹³¹ *Ibidem*, p. 161.

mente preconiza la libertad de creación humana mediante un concepto jurídico único y omnímodo, ya que arte y ciencia forman un todo de común aceptación, y proclama al unísono la libertad de creación del todo y, con ello, la de sus componentes.¹³²

La libertad de creación artística y científica escolta así mismo otros intereses fundamentales que se refieren a diversas opciones, sociales en género y políticas en especie,¹³³ y lleva implícita la libertad de comunicación cultural, que asegura la libre transmisión de la cultura mediante múltiples manifestaciones, así como la libertad para la formación y organización, sostenimiento y gestión de organizaciones *ad hoc* no gubernamentales.

La reforma constitucional evitó circunscribir la libertad de creación a las artes o a la ciencia para que no tuviera que precisar uno y otro concepto; desplazó su definición al análisis de la estructura subjetiva en el ámbito cultural de cada una de ellas. De igual manera, creó una noción jurídica autónoma relativa a la creación humana genérica, y con ello un ámbito constitucional diferente, evaluable en su propio entorno, lo que evita su acotación mediante la interpretación constitucional referenciada, especialmente en el aspecto de la libertad de pensamiento y de expresión.

Más aún, la determinación del objeto de la libertad de creación artística presenta sin discusión una indudable dificultad: enunciarla hubiera provocado desproveerla de un significado concreto o la obligaría a calificar jurídicamente un determinado producto del ingenio humano como obra de arte.¹³⁴ Esto hubiera conducido irremediablemente al contrasentido de elaborar una teoría estética legislativa o jurisprudencial. La enorme dificultad consistiría en hacer efectiva la tutela constitucional al subordinar el reconocimiento de una obra a su valor artístico intrínseco o a la individualización del carácter artístico, prescindiendo de la consecución de un cierto nivel artístico. De una parte se hubiera negado la protección constitucional en cuanto no fuese una manifestación artística exitosa; de la otra, para la determinación de su valor artístico se habría requerido de un juicio de valor extremadamente subjetivo, y por consecuencia restrictiva de la tutela constitucional, lo que abriría un espacio enorme para la censura.

Con base en elementos puramente exteriores, es fácil concluir que el arte es un bien espiritual no definible;¹³⁵ intentar definirlo equivaldría a sostener que el valor artístico de una obra estaría obligado a expresar un fin, conllevar un objetivo o poseer un carácter estético, lo que entorpecería considerablemente la efectividad de la tutela constitucional. La misma complicación se presentaría si se quisiera hacer efectiva la tutela constitucional por la pertenencia de una obra a un género tradicionalmente considerado artístico¹³⁶ —la pintura, la escultura, la música—, pues se llegaría al absurdo de negarle la protección constitucional a la creación humana que no pudiera encuadrarse en cualquiera de esos géneros.¹³⁷

¹³² Enrico Spagna Musso, *Scritti di Diritto Costituzionale*..., op. cit., p. 461.

¹³³ *Ibidem*, p. 431.

¹³⁴ Enrico Spagna Musso, *Scritti di Diritto Costituzionale*..., op. cit., p. 495.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 498.

¹³⁶ *Idem*.

¹³⁷ *Idem*.

El enunciado de la libertad de creación científica hubiera tenido un grado mayor de objetividad si se definiera mediante la identificación del método empleado. La libertad de creación científica puede evaluarse por el empleo de métodos científicamente aceptados. Sin embargo, una creación científica que pretendiera ser evaluada conforme al resultado obtenido o el método empleado estaría sujeta a un juicio de valor muy controversial.¹³⁸ No debe soslayarse que arte y ciencia son manifestaciones esencialmente culturales que pertenecen a órdenes diversos.¹³⁹

Una mención especial merece la importancia de la libertad de creación científica que conlleva un proceso discursivo metódico, racional y contrastado, a diferencia del arte, en donde no existe ningún método específico. En la libertad de creación científica el método resulta más relevante que el resultado.¹⁴⁰

Se ha polemizado en cuanto a los límites de la libertad de creación que se caracterizan como artísticos o científicos; en torno a los primeros, con base en el resultado obtenido, y respecto a los segundos, con base en el método empleado. La reforma hizo posible que, para su tutela constitucional, arte y ciencia no constituyeran un obstáculo de orden conceptual, y menos jurídico.

Debe considerarse que existe una diferencia clara entre el “ámbito de la obra” y “el ámbito de eficacia de la obra”. El mandato constitucional en ambos supuestos a partir de la reforma constitucional es concluyente: en ningún caso se puede afectar *ex ante* la libertad cultural, ni la comunicación de su creación. En la determinación del contenido de la libertad artística y científica les asiste a los poderes públicos una obligación negativa primaria: no impedir el pleno ejercicio de una y otra. La aplicación de ciertos límites a las libertades artística, literaria, científica y técnica, como puede constatare, es relativa, ideológica, contraproducente y productora de efectos deletéreos.¹⁴¹

La reforma al artículo 4º constitucional, párrafo decimosegundo le impone el deber al Estado mexicano de promover la difusión y el desarrollo de la cultura, así como de atender a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones, con pleno respeto a la libertad creativa.¹⁴²

El pluralismo cultural

Uno de los postulados básicos del pluralismo cultural radica en el principio de solidaridad, cuya función es desarrollar un deber jurídico de corresponsabilidad de todas las unidades integrantes del sistema jurídico. Este principio asegura la unidad necesaria entre el conjunto diverso y la autonomía de las partes, así como la lealtad cultural. La lealtad cultural se articula en la buena fe como regla de actuación de los agentes culturales para propiciar el funcionamiento eficiente del sistema jurídico en la materia.

¹³⁸*Ibidem*, p. 499.

¹³⁹*Ibidem*, p. 471.

¹⁴⁰*Ibidem*, p. 501.

¹⁴¹André-Hubert Mesnard, *Droit et Politique de la Culture...*, *op. cit.*, p. 160.

¹⁴²*Our creative diversity...*, *op. cit.*, p. 18.

Finalmente, otro de los principios que gobiernan el desarrollo de la personalidad y que garantizan el multiculturalismo¹⁴³ es el progreso de la cultura, que obliga al poder público a favorecer no solamente el pleno ejercicio de la libertad de creación cultural y el desarrollo de la diversidad cultural, sino también la adopción de medidas positivas enfocadas a hacer accesibles los bienes culturales a toda la sociedad.

A partir de la reforma, los poderes públicos no deben soslayar su deber primario de tutelar y promover el acceso a la cultura, garantizar el derecho a la educación, promover la ciencia y la investigación, así como garantizar la conservación y la promoción del enriquecimiento del patrimonio cultural y la autonomía de la cultura.

El Estado tiene un mandato constitucional contundente: reconocer la existencia de diferentes culturas, asegurar el derecho de los conciudadanos a participar en igualdad de circunstancias en su vida cultural y sus componentes, y adoptar las medidas legislativas, administrativas y financieras que hagan viable el ejercicio de los derechos culturales,¹⁴⁴ lo cual lo obliga a asumir una intervención activa.

Por el contrario, una actitud pasiva del Estado en la implementación de acciones específicas para proteger la existencia de culturas minoritarias lo haría incurrir en lo que se ha denominado *negligencia benigna*. Su obligación mínima consiste en proteger la existencia de grupos, especialmente minoritarios, de su aniquilación y de su asimilación cultural contra su voluntad, así como en preservar los elementos esenciales de su identidad y establecer las condiciones mínimas que hagan viable el pluralismo cultural.

El pluralismo cultural no debe considerarse un fin en sí mismo, sino entenderse como el reconocimiento de que las diferencias preconstituyen una *conditio sine qua non* para el diálogo. En este orden se postula la necesaria reconciliación de la pluralidad con una ciudadanía común, el reconocimiento de la pluralidad por parte del Estado sin perder su integridad. Las diferencias culturales obligan al reconocimiento del derecho de minorías y de los pueblos indígenas. El pluralismo cultural es una nota distintiva de las sociedades contemporáneas, y la identificación étnica es un valladar contra los efectos nocivos de la globalización.

El progreso de la cultura

Como puede constatar, el planteamiento expuesto emerge del postulado del Estado democrático y parte de una antítesis de origen:¹⁴⁵ la participación estatal en el desarrollo de la cultura contradice conceptualmente la necesidad de la autodeterminación de la cultura.¹⁴⁶ Esta antítesis es sólo consistente en su punto de inicio; se desvanece rápidamente cuando los dos principios se compenetran necesariamente en el ordenamiento legal, sea para anularse recíprocamente, o bien para asumir un significado preciso y hacerlo operativo con consecuencias determinadas.

¹⁴³Our creative diversity..., *op. cit.*, p. 17.

¹⁴⁴Enrico Spagna Musso, *Scritti di Diritto Costituzionale...*, *op. cit.*, p. 449.

¹⁴⁵*Ibidem*, p. 432.

¹⁴⁶*Ibidem*, p. 431.

Capítulo cuarto. El orden público constitucional y las buenas costumbres

Tradicionalmente, a través de las nociones de orden público y de buenas costumbres se ha intentado crear una moralidad pública¹⁴⁷ y con ello fijar los límites de la libertad de creación artística y científica.¹⁴⁸ Sin embargo, difícilmente la consecución de una obra artística o científica constituye *per se* un peligro para las buenas costumbres o que éstas pudieran interferir en el proceso de su formación.

Al orden público le asiste una naturaleza diferente. En el equilibrio constitucional de una comunidad institucionalmente organizada o, en un sentido análogo, de un sistema de valores o de principios que informan el ordenamiento general del Estado,¹⁴⁹ los derechos culturales pueden transformarse en un referente como límite operativo para el orden público. Este último propiciaría un equilibrio al integrar a su ámbito el contenido de los derechos culturales.¹⁵⁰

En su nueva concepción,¹⁵¹ el orden público es un mecanismo jurídico al servicio de la garantía de los derechos y libertades y de su tutela constitucional; ésta es su verdadera esencia funcional y su justificación. La reforma obliga a interpretar y aplicar la noción de orden público como límite al ejercicio de los derechos fundamentales conforme a parámetros objetivos y normativos en el ámbito constitucional. Su función se convierte en una garantía *positiva* en el ejercicio de la libertad.¹⁵²

Apelar recurrentemente al concepto de orden público, como ha sido proclive el Estado mexicano, no justifica una intervención indebida de los poderes públicos en el ámbito de las libertades legítimas de los ciudadanos. A partir de la reforma, éstos deben evitar la tendencia a monopolizar la *res publica*, y menos la *res publica cultural*. Antes al contrario, deben abandonar el contrasentido de uniformar a una sociedad tan heterogénea como la nuestra.

La reforma obliga a los poderes públicos a permitir el pluralismo cultural y la libertad que se deriva de ese pluralismo; a superar su conceptualización de orden público estatista anterior a nuestro novísimo régimen democrático; a desterrar su actitud recelosa ante la evolución progresiva de las ideas y de las instituciones;¹⁵³ a abandonar el orden público como criterio de exclusión. Con la reforma, la noción de orden público queda liberada del ancla a la que la tenía sometida la praxis estatal mexicana.¹⁵⁴

La reforma tiene el efecto de propiciar el rechazo del orden público como una función de *clausula generalis*¹⁵⁵ limitadora de los derechos en cuanto un recurso defensivo del Estado frente a un supuesto exceso en el ejercicio de las libertades. En su

¹⁴⁷ Enrico Spagna Musso, *Scritti di Diritto Costituzionale...*, op. cit., p. 550.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 442.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 558.

¹⁵⁰ *Idem*.

¹⁵¹ María Elósegui Itxaso, *Derechos humanos y pluralismo cultural*, 1a. ed., Madrid, Iustel, 2009, p. 36.

¹⁵² *Ibidem*, p. 37.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 51.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 39.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 63.

función anterior a la reforma, quedaba degradado en su valor jurídico y su noción se confundía con la de mera limitación arbitraria de las libertades.¹⁵⁶

La nueva noción de orden público lo ha convertido ya no en una limitación, sino en la salvaguarda de la libertad; transita de una visión eminentemente negativa, estática y limitadora a una concepción positiva y dinámica: la de fomento y promoción de las libertades.¹⁵⁷ El contenido de la *clausula generalis* de orden público está regida en lo sucesivo por los propios valores constitucionales.¹⁵⁸

Para poder entender el límite en el ejercicio de los derechos culturales es necesario atender ahora a su modalidad sin incidir en su contenido. El orden público constitucional será exclusivamente aplicable cuando satisfaga los presupuestos de esta nueva noción.

La extensión de la reforma es contundente: tutelar el desarrollo libre del arte y la ciencia significa garantizar la actividad y la posibilidad de manifestarse y desarrollarse libremente; el único límite es la necesidad de equilibrarla conforme al orden público constitucional.

Para explorar el significado del límite en el ejercicio de los derechos culturales y el de su protección se puede recurrir de igual manera al principio de fidelidad a la Constitución (*Loyalty*¹⁵⁹ o *Verfassungstreue*¹⁶⁰), a la que todo ciudadano está obligado y con mayor razón el gobierno mexicano y sus servidores públicos. La fidelidad a la Constitución constituye un límite al orden general¹⁶¹ en el ejercicio de los derechos culturales, el cual obliga a adherirse al complejo de valores que integran el sustrato político-ideológico del ordenamiento constitucional y compele a los ciudadanos a ajustar su conducta a ellos.

Si se considera que nuestra comunidad no es homogénea, debe excluirse, por lo tanto, la aceptación de determinada ideología y de pretender conferirle un valor vinculante. La imposición de una ideología impediría, por una parte, aceptar la Constitución como un sistema de democracia protegida,¹⁶² que es la que legitima la defensa de los valores de la ley fundamental; y, por la otra, igualmente grave, restringiría el ejercicio de los derechos de los sujetos, de las personas físicas y morales y sus libertades. La autonomía en el ejercicio de los derechos culturales encuentra su único límite en

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 54.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 40.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 64.

¹⁵⁹ La tesis de la fidelidad de la Constitución ha sido desarrollada ampliamente sobre todo en el ámbito de la literatura jurídica norteamericana y alemana. Véase en la literatura jurídica Brown Jr., *Loyalty and Security*, New Haven, 1958; MacJver, *Academic Freedom in Our Time*, Nueva York, 1955; J. Marshall, "The Defense of Public Education from Subversion", *Columbia Law Review*, 1951, pp. 587 y ss; Sorensen, "Legislative Control of Loyalty in the School System", *Nebraska Law Review*, 1950, pp. 485 y ss.

¹⁶⁰ Véase la tesis de la fidelidad en la literatura alemana Thoma, *Die Lehrfreiheit der Hochschullehrer und ihre Begrenzung durch das Bonner Grundgesetz*, Tübingen, 1952; Friesenhann, *Staatslehre und Verfassung*, Krefeld, 1950; Köttgen, *Die Freiheit der Wissenschaft und die Selbstverwaltung der Universität*, en Neumann-Nipperdey-Scheuner, *Die Grundrechte*, vol. 1, pp. 290 y ss; Wehrhahn, *Lehrfreiheit und Verfassungstreue*, Tübingen, 1952.

¹⁶¹ Enrico Spagna Musso, *Scritti di Diritto Costituzionale*..., op. cit., p. 556.

¹⁶² *Ibidem*, p. 557.

el principio de la fidelidad a la Constitución y a los fundamentos democráticos que la sustentan.¹⁶³

Arte y ciencia no admiten una predeterminación externa a su forma de ser. Una manifestación del pensamiento no puede tolerar o consentir una directriz en su desarrollo impuesta coactivamente. De manera correlativa, a esta libertad le asiste la obligación de fidelidad que exige su adecuación a los valores fundamentales del ordenamiento constitucional.

Capítulo quinto. El derecho de acceso a la cultura

La reforma refiere al derecho de acceso a la cultura y no al derecho a la cultura. Esta es una figura novedosa que se separa de la tipología normativa convencional de las Constituciones liberales y, desde luego, pudiera sugerir su escasa o francamente nula eficacia jurídica.¹⁶⁴ Tal aseveración encuentra su fundamento en la distinción entre los derechos fundamentales y los principios rectores en el texto constitucional. Conforme a esta tesis, el derecho a la cultura, por ser un principio rector, carecería de un contenido esencial, lo que conllevaría que no pudiera ser considerado como un derecho público subjetivo y una carencia total de exigibilidad jurídica.¹⁶⁵ Esta distinción empero, tiene que ser matizada; debe diferenciarse claramente entre aquellos principios que participan simultáneamente de la naturaleza de principios y derechos, y otros exclusivamente de derechos.¹⁶⁶

Los derechos y libertades, tal y como se consignan en el texto constitucional, no dependen de una regulación secundaria para ser exigibles.

Los principios rectores, por su parte, requieren para su eficacia de una regulación específica; por ello la reforma al artículo 4º constitucional, párrafo decimosegundo estuvo acompasada con la reforma a las fracciones XXV y XXIX-Ñ del artículo 73.

En lo que concierne al patrimonio cultural material, la distribución competencial reservó a la Federación su regulación, y la legislación federal permaneció incólume, por lo que el principio rector del acceso a la cultura tuvo un contenido específico con efecto inmediato y pleno de juridicidad.

Por lo que respecta al patrimonio cultural inmaterial, es el Congreso general el que debe concitar a la Federación, entidades federativas, municipios y el Distrito Federal, ahora Ciudad de México, para que coordinen sus acciones y se establezcan los mecanismos de participación de los sectores social y privado a efecto de cumplir los fines previstos en el párrafo decimosegundo del artículo 4º constitucional.

El Estado deberá acatar el mandato constitucional y promulgar la legislación secundaria que asegure a los conciudadanos su derecho a la cultura y al disfrute de los

¹⁶³*Ibidem*, p. 560.

¹⁶⁴Beatriz González Moreno, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad...*, op. cit., p. 168.

¹⁶⁵José Ramón Cossío Díaz, *Estado Social y derechos de prestación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 256-258.

¹⁶⁶En Beatriz González Moreno, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, op. cit., p. 168.

bienes y servicios; y que provea de los mecanismos para el acceso y participación en cualquier manifestación cultural.

Asimismo, la normatividad secundaria deberá conferirle al principio rector del derecho al acceso a la cultura, en el ámbito del patrimonio cultural inmaterial, la juridicidad necesaria; con la promulgación de esta legislación secundaria, la haría vinculante a los poderes públicos y los obligaría a una actuación específica para preservar el reconocimiento, respeto y protección del patrimonio cultural inmaterial.¹⁶⁷

El significado del derecho a la cultura consiste en una especificidad del diseño de la actividad pública. El mandato constitucional comporta la garantía, por parte de los poderes públicos, de abrir, extender y generalizar la creación, la comunicación y la conservación del patrimonio cultural tangible e intangible.¹⁶⁸

A partir de la reforma la función de los poderes públicos en México consiste en limitarse a favorecer el acceso a la cultura y respetar de manera irrestricta la libertad individual. Por su propia naturaleza excluyen la imposición de cualquier modelo cultural o cualquier prestación directa en materia cultural. Si bien esta función instrumental es modesta, no por ello deja de ser esencial. La reforma excluye igualmente el modelo cultural hegemónico, que terminó por hacer florecer, entre otros efectos perversos, el arte oficial y el academismo, lo que condujo irremediabilmente a la fosilización de la creación y a la perversión de la función cultural por parte de los poderes públicos.

Los vehículos naturales generadores de cultura son la autodeterminación y autonomía de ésta, es la sociedad la que identifica la composición del patrimonio cultural tangible e intangible y determina el interés general; al hacerlo obliga a los poderes públicos a crear las condiciones que posibiliten su acceso.¹⁶⁹ La actuación de estos poderes se da en dos momentos: primero, cuando la manifestación cultural ha sido creada o comunicada o determina los símbolos de identidad colectiva a través de la memoria pública colectiva, que obliga a los poderes públicos a su conservación; segundo, cuando la manifestación cultural se encuentra en gestación, lo que obliga a dichos poderes a crear las condiciones para su floración, ya sea mediante la educación, la valoración o la percepción de las manifestaciones culturales en los diferentes ámbitos: literarios, científicos, artísticos...¹⁷⁰ Esta es la genuina promoción cultural que ordena la reforma constitucional.

El problema a dilucidar es complejo: la exigencia no versa sobre la propuesta de un modelo cultural específico a los ciudadanos, sino brindar los medios para acceder a la cultura. Este planteamiento es tanto más complejo cuanto que la experiencia histórica ha demostrado que los poderes públicos en México han acusado una falta singular de percepción, lo cual les ha impedido visualizar la evolución cultural, y han visto de soslayo las expresiones artísticas más significativas de su tiempo. Uno de los medios más importantes para facilitar el acceso a la cultura debe ser, por lo tanto, la democratización de la cultura.

¹⁶⁷ Enrico Spagna Musso, *Scritti di Diritto Costituzionale*..., op. cit., p. 464.

¹⁶⁸ Beatriz González Moreno, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*..., op. cit., p. 175.

¹⁶⁹ *Idem*.

¹⁷⁰ Beatriz González Moreno, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*..., op. cit., p. 175.

Con esta reforma, los poderes públicos están obligados a favorecer actividades culturales que abandonen la noción monolítica de cultura nacional y abonen más en la aceptación de la diversidad étnica y de las elecciones individuales y colectivas.¹⁷¹ La democracia cultural está íntimamente vinculada a la noción de derechos culturales.¹⁷² El derecho cultural básico de cada individuo consiste en su participación plena en la vida cultural. Para que el pluralismo cultural cobre un principio de vigencia debe ir acompañado de iniciativas democráticas culturales que provean de los medios para que las comunidades puedan expresar su imaginación creativa en formas tangibles.

Si bien la introducción de los derechos culturales fomenta la creación de una nueva política cultural, la falta de asignación de recursos provoca un gran escepticismo que podría agravar la frustración social. Pero la reforma obliga a los poderes públicos a ir mucho más lejos: los nuevos deberes primarios del Estado, por lo que se refiere al acceso a la cultura, son el reconocimiento, la protección y la promoción de la identidad cultural.¹⁷³

Capítulo sexto. El debate sobre la política cultural

El acceso a la cultura presupone necesariamente la elaboración de una política cultural. El término tiene una resonancia decididamente contemporánea¹⁷⁴ y evoca el vínculo entre cultura y poder público. La historia de la interacción de la cultura con el poder público nunca ha sido lineal; se presenta como una evolución entre dos polos opuestos: en uno de ellos la carencia de toda política cultural y del otro una política cultural, mala o buena, restringida o extensiva, pero con trazos perfectamente definidos. Esta evolución ha estado preñada de motivaciones sustancialmente diferentes que llaman a la prudencia en el análisis, en especial en lo que respecta a la evaluación en el tiempo de las distintas perspectivas de la política cultural.

La función pública cultural

Tanto la política cultural del Estado como el reconocimiento de los derechos culturales deben tener como consecuencia no sólo acciones culturales, sino un verdadero desarrollo de esos derechos, cuyo vértice es considerar a la cultura como una actividad de interés general y el objeto de una función pública. Esta última tiene como propósito dar satisfacción a una necesidad de interés público.

¹⁷¹ *Our creative diversity...*, op. cit., p. 26.

¹⁷² *Ibidem*, p. 240.

¹⁷³ Sally Holt, "Family, Private Life, and Cultural Rights", en la obra colectiva *Universal Minority Rights. A commentary on the Jurisprudence of International Courts and Treaty Bodies*, Marc Weller (ed.), Oxford University Press, 2007, p. 223.

¹⁷⁴ Jean Marie Pontier, op. cit., p. 280.

Afirmar la función pública en un contexto específico es sostener una posición de principio: es reconocer que este ámbito presenta un carácter de interés general que necesariamente deben atender los poderes públicos y respecto del cual no pueden eludir su responsabilidad; inevitablemente deben reglamentarlo y financiarlo.

La expansión del ámbito cultural se realiza de manera continua, a través de conquistas sociales sucesivas y convergentes. El contorno exacto de la función pública cultural continúa, por tanto, siendo volátil y controvertido, y se delimita en función de las adaptaciones a las necesidades de las acciones culturales.

El derecho público, tal y como se le ha desarrollado en México, es jerárquico y autoritario y se adapta con dificultad a la cultura; existe una clara inadecuación entre el elemento del *imperium* del Estado mexicano y los derechos culturales.

En el mismo tenor se disipa el grave equívoco de recurrir a la noción clásica orgánica de servicio público para explicar las actividades culturales, en particular las de conservación patrimonial. Empero, debe quedar claro en el espíritu que la cultura no es un producto del poder público, sino de la sociedad.

Bajo la forma dinámica de la acción y la iniciativa cultural, la cultura no se *da* como la enseñanza pública, y menos aún se *ordena*. En México las instituciones y agencias públicas, junto con los mecanismos de derecho público, han demostrado recurrentemente su insuficiencia para desarrollar las acciones culturales y, con ello, la cultura misma. En el Estado liberal mexicano, es justamente la participación libre del individuo, indispensable en el ámbito social, tanto en la escala individual como en la colectiva, lo que pone en predicamento la noción orgánica clásica del servicio público y reafirma por el contrario el concepto de política pública cultural.

La tendencia a aproximar la actividad cultural al servicio público ha dado pie a intentos de asimilar las actividades culturales a las formas de actos de comercio, cuando históricamente se ha constatado que dichas actividades carecen de un carácter rentable. Los elementos de *preponderancia económica* o de *especulación mercantil* han demostrado reiteradamente su insuficiencia en la caracterización de las actividades culturales. Es así como puede entenderse la franca incompatibilidad de la actividad cultural con los procedimientos clásicos de gestión administrativa y con el régimen comercial tradicional que han distinguido al servicio público.

La función pública cultural parte de postulados que le son particulares. Como se ha sostenido una y otra vez,¹⁷⁵ los gobiernos no pueden determinar la cultura de los pueblos; antes al contrario, es la cultura la que los determina.¹⁷⁶ La protección y promoción de la identidad cultural reclama no solamente la tolerancia a la diversidad,¹⁷⁷ sino una actitud positiva del pluralismo cultural por parte de los poderes públicos y de la sociedad mexicana.

¹⁷⁵ *Our creative diversity...*, op. cit., p. 15.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 25.

¹⁷⁷ *Idem*.

El postulado que gobierna esta función pública, empero, no es el principio de la tolerancia,¹⁷⁸ sino el principio rector del respeto.¹⁷⁹ El respeto es una noción más comprensiva que el de la tolerancia, pues implica una actitud positiva hacia la cultura y la posibilidad de recrearse de ella. Las diferencias culturales no deben considerarse hostiles o inaceptables; deben asumirse como experimentos de formas distintas de vida que comportan conocimientos invaluableles y constituyen fuentes de información fascinantes.

Los órganos legislativos no pueden imponer legalmente el respeto, y menos obligar a la sociedad a observarlo; no obstante, sí están obligados a preservar la libertad cultural como uno de los fundamentos del Estado y a salvaguardar el acceso a la cultura. La reforma obliga a los poderes públicos a tomar las medidas legislativas, administrativas y financieras para proteger y fomentar, en igualdad de circunstancias para todos los conciudadanos, el pleno ejercicio de sus derechos culturales.

En lo que existe unanimidad respecto a la función cultural de los poderes públicos es en asignarles la guarda y custodia del patrimonio cultural tangible, que en su esencia consiste en la salvaguarda y restauración de los bienes culturales, y en su propósito específico la preservación del conocimiento universal.

El patrimonio cultural nacional finalmente es el eje de la identidad de la sociedad mexicana. La política cultural patrimonial se distingue del resto de la actividad cultural en que se articula en función de los *bienes culturales* que en su conjunto integran el patrimonio cultural tangible del Estado mexicano; bajo este esquema, dicho patrimonio debe descubrirse, conservarse, acrecentarse y difundirse. La noción de patrimonio cultural tangible no cesa de transformarse, ya que los bienes culturales tienden a diversificarse en respuesta a los intereses colectivos.

Al respecto, el jurista alemán Häberle¹⁸⁰ ha afirmado:

La protección nacional de los bienes culturales sólo es un aspecto de algo más complejo: cada Constitución propia de un Estado Constitucional parece animada por la dimensión de lo cultural; la protección de bienes culturales, las libertades especiales de la cultura, las cláusulas expresas sobre el patrimonio cultural y los artículos generales sobre el Estado de cultura no son más que especificaciones de la genérica dimensión cultural de la Constitución.

La Secretaría de Cultura

Una de las decisiones más controvertidas actualmente en el país es la relativa a la creación de la Secretaría de Cultura, dependiente del Poder Ejecutivo Federal, y la conse-

¹⁷⁸Respecto de la tolerancia véase el artículo 2.1 de la Constitución de la República Federal de Alemania, que preceptúa: “los derechos de los otros como límite al libre despliegue de la personalidad”. Este precepto tiene para Häberle un efecto educativo: la enseñanza de la tolerancia. En Peter Häberle, *Verfassungsprinzipien als Erziehungsziele*, en Festschrift für Ernst Rudolf Huber, 1981.

¹⁷⁹*Our creative diversity...*, op. cit., p. 15.

¹⁸⁰Peter Häberle, “La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 54, septiembre-diciembre de 1998, p. 28.

cuenta disolución del Consejo Nacional para la Cultura y las Artes (Conaculta).¹⁸¹ Resulta claro que un cambio burocrático por sí solo no alterará el curso de la política cultural; no obstante ello, permite plantear otra vez la conveniencia de constreñir la política cultural a las instancias burocráticas.

Uno de los aspectos que más inquietan es la inercia centralista que caracteriza a la política cultural, lo que supone evitar que en los hechos un sistema cultural sea monocultural y homogéneo al ser impuesto en forma horizontal desde la cúspide, y que obedezca a una estructura de dominación. A ello habría que agregar justamente que en los procesos de globalización en los que México está inmerso resulta fundamental vigorizar las dimensiones culturales rizomatosas¹⁸² y aceptar decisiones que no obedezcan a subordinaciones jerárquicas provenientes de polos de dominación.

Este proceso obliga a incorporar otras voces y otros territorios estables con epicentros de poder propios para evitar que uno prevalezca sobre otro. Las expresiones culturales son totalmente horizontales y heterogéneas, y su funcionalidad reside en la interacción con diferentes ámbitos culturales, que se caracterizan por el hecho de generar cultura y observarla.

Resulta claro que el ámbito cultural está dominado por su heterogeneidad consustancial. Visto así, las responsabilidades correspondientes se ejercen a través de múltiples funciones que, a su vez, responden a objetivos transversales en todo el ámbito cultural. Estos objetivos no se reducen a un capítulo más de la acción gubernamental, sino que tienen una dimensión nacional. La democracia cultural, por más utópica que pudiera parecer, debe ser una práctica constante en dicho ámbito, dominado por la falta de rigor y la subjetividad.

Al respecto, cabe resaltar que la democracia cultural permite proteger y promover la diversidad. Así pues, la participación activa como parte de este nuevo ejercicio democrático por parte de los grupos y comunidades culturales, les da la oportunidad de ponderar las decisiones de política que afectan su calidad de vida cultural.

Esta práctica democrática contribuye a la asignación equitativa de recursos para hacer viable el acceso a la cultura. En su difícil tránsito social, esta nueva fórmula democrática, ahora bajo la tutela del artículo 4º, párrafo decimosegundo constitucional, es el mandato cultural al que a él, y sólo a él, todos debemos responder.

¹⁸¹DOF del 17 de diciembre del 2016.

¹⁸²Terminología empleada por Gilles Deleuze y Félix Guattari.

Pobreza y exclusión social como factores determinantes
para el acceso a la vivienda, al agua potable y al saneamiento

Introducción

Como resultado de una gran reforma constitucional en materia de derechos humanos, orientada a la garantía y efectividad de éstos, el actual artículo 1º de la Constitución federal mexicana ha dado lugar al denominado “bloque de constitucionalidad”, categoría jurídica que parte del supuesto según el cual, además de las normas insertas en las constituciones, existen otras de igual rango que no aparecen expresamente en el texto constitucional (Uprimny, 2008); de manera que el bloque de constitucionalidad permite la integración de derechos de fuente internacional al orden constitucional, tal como hacen los tratados hacia normas más protectoras internas, ejemplo de ello es el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que dispone: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] b. Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

Así, el párrafo primero del artículo 1º de la Constitución federal mexicana, reformado el 10 de junio de 2011, establece:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.
[...].

Sumario

Introducción	401
Pobreza y exclusión social	403
El enfoque de los derechos humanos en las estrategias de desarrollo.	404
Las obligaciones de los estados en materia de derechos humanos	405
Derecho humano a la vivienda digna	407
Derecho humano al agua y al saneamiento.	409
Reflexiones finales.	411
Bibliografía	412

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

[...].

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

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.

A partir de este nuevo andamiaje jurídico, se asume el planteamiento realizado desde 1977 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que afirma: “todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes”, por lo que debe dárseles la misma atención y urgente consideración respecto de su aplicación, promoción y protección; ya que la plena realización de los derechos civiles y políticos es imposible sin el goce de los derechos sociales (Naciones Unidas, 1977: 160).

Aunado a lo anterior, desde el ámbito regional, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), se erige en un referente vinculante que debe ser considerado por el Estado mexicano, tanto en el ejercicio hermenéutico llevado a cabo por todas las autoridades, como en el desarrollo de políticas públicas orientadas a la materialización de los derechos.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte IDH ha sostenido que la responsabilidad internacional de los Estados, en el marco de la CADH, surge en el momento de la violación de las obligaciones generales recogidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado (CIDH, 2005). De estas obligaciones generales derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre (CIDH, 2006), como extrema pobreza o marginación.

Ello es de gran relevancia para un país como México en el que el 46.6 por ciento de la población total vive en condición de pobreza y exclusión social, pues según datos oficiales, para el año 2014, 55.3 millones de personas vivía en condiciones de pobreza y 11.4 millones estaba en pobreza extrema (Coneval, 2014).

Bajo ese contexto analizamos la relación entre pobreza y exclusión social como elementos que limitan el ejercicio de los derechos humanos a la vivienda y al acceso al agua potable y al saneamiento a efecto de identificar las barreras que debe superar el Estado mexicano para evitar incurrir en responsabilidad internacional y cumplir con su obligación de primer garante de los derechos.

Pobreza y exclusión social

Las aproximaciones teóricas en torno a la pobreza y exclusión social son diversas; sin embargo, no es objeto de este análisis profundizar en ello, por lo que nos apoyamos en los planteamientos que abonan a la relación de ambas categorías y la limitación en el ejercicio de los derechos.

De acuerdo con la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), la pobreza es: “el resultado de un proceso social y económico —con componentes culturales y políticos— en el cual las personas y los hogares se encuentran privados de activos y oportunidades esenciales por diferentes causas y procesos, tanto de carácter individual como colectivo, lo que le otorga un carácter multidimensional” (CEPAL, 2004). En consecuencia, la pobreza comprende dimensiones subjetivas que van más allá de la mera subsistencia material. Así, hablar de ésta no sólo hace referencia a ingresos bajos o nulos, sino a la carencia de bienes y servicios indispensables para vivir dignamente (agua potable, vivienda, salud, educación, vestido, entre otros); esto es, a los derechos humanos.

Aunado a ello, es importante advertir la relación que existe entre pobreza y medio ambiente, que va en doble sentido; ya que, por un lado, los pobres padecen los efectos del deterioro y de la contaminación ambiental y, por el otro, ellos impactan el medio ambiente y los recursos naturales al verse obligados a desarrollar acciones para sobrevivir (Iglesia-Caruncho, 2002).

Por otro lado, el concepto de exclusión social, de acuerdo con Amartya Sen (2000), supera el aspecto relacionado con la falta de ingresos para considerarle como un fenómeno multidimensional vinculado con la idea de privación de capacidades, es decir, una carencia de libertad real para vivir una vida digna. Esta perspectiva muestra cómo la falta de acceso a bienes básicos da lugar a una dificultad de interacción en la vida de la comunidad, lo cual provoca múltiples privaciones concretas (afectaciones a derechos específicos). En este sentido, la exclusión constituye un proceso o un círculo de vínculos causales, que induce, en última instancia, la vida empobrecida de los que la padecen. Es aquí donde cobran especial relevancia los mecanismos y acciones del Estado.

Como vemos, tanto la pobreza como la exclusión social enfatizan la naturaleza multidimensional de los problemas. Sin embargo, parece ser que la pobreza es el punto de partida para llegar a la exclusión social, la cual, a su vez, es resultado del distanciamiento —voluntario o no— respecto a las normas sociales (Clerc, 1989: 625), lo que conduce a la marginación.

De esta manera estamos ante la combinación perversa: pobreza y exclusión social, ya que quienes viven en situación de pobreza, con frecuencia sufren de exclusión social y marginación, por lo que no tienen incidencia alguna en la toma de decisiones de carácter público que pudiera mejorar su condición.

El enfoque de los derechos humanos en las estrategias de desarrollo

Dado que el Estado es el primer obligado en materia de garantía de los derechos humanos, las estrategias de desarrollo, entendido como un derecho humano inalienable en virtud del cual todos los seres humanos y todos los pueblos están facultados a participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él (Naciones Unidas, 1986); así como la reducción de la pobreza se vinculan directamente con las obligaciones asumidas en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos que involucren su cumplimiento en el ámbito interno.

Por ello, desde la década de los noventa, Naciones Unidas ha impulsado diversas iniciativas que pretenden integrar un enfoque basado en derechos humanos en las estrategias de desarrollo y erradicación de la pobreza (OACDH, 2004). Esta confluencia se apoya en la concepción del desarrollo como expansión de las capacidades y libertades reales de las que disfrutaban las personas.

Este enfoque se ha definido como:

Un marco conceptual para el proceso de desarrollo humano que desde el punto de vista normativo está basado en las normas internacionales de derechos humanos y desde el punto de vista operacional está orientado a la promoción y la protección de los derechos humanos. Su propósito es analizar las desigualdades que se encuentran en el centro de los problemas de desarrollo y corregir las prácticas discriminatorias y el injusto reparto del poder que obstaculizan el progreso en materia de desarrollo (OACDH, 2006: 16).

Por ello, quienes se encuentran en una situación de subordinación prolongada ven limitado severamente su poder político (Fiss, 1999:144), lo cual les coloca en una condición desventajosa. Esta situación se traduce en diversas exigencias para el Estado por parte de los sectores excluidos y marginados en cuanto a la materialización de sus derechos, lo cual, a su vez, requiere de mecanismos de monitoreo, rendición de cuentas y justiciabilidad, así como de la participación libre y activa de dichos sectores en la implementación, seguimiento y evaluación de las políticas públicas económicas, sociales y ambientales que les implican.

Como en la sociedad no todas las personas están en una misma posición, el otorgar un mismo trato a quienes ~~que~~ se encuentran en posiciones desiguales solamente incrementaría las desigualdades existentes. Por ello el Estado, además de abstenerse de realizar acciones que profundicen la exclusión y marginación de determinados grupos, debe revisar las normas que son en apariencia neutrales, pero que tienen un impacto discriminatorio sobre grupos en situación de exclusión (Comisión IDH, 2007) y adoptar “acciones afirmativas” o “medidas especiales” para favorecer su integración a la sociedad, su acceso a bienes sociales y el pleno ejercicio de sus derechos.

En esta línea, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (Naciones Unidas, 1966), compromete a los Estados con la satisfacción

de un nivel de vida adecuado para las personas (alimentación, vestido, vivienda y mejora continua de las condiciones de existencia) en tanto que el Protocolo de San Salvador añade el derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos, en condiciones de dignidad (Eide, 2001).

Ya en fecha más reciente, en el seno de las Naciones Unidas, se desarrollaron y adoptaron por los países miembros de la organización 8 objetivos, denominados: Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), orientados a abatir la pobreza que impera en el mundo para el 2015. Llegado el plazo y tras no haber obtenido los resultados esperados, en la Cumbre para el Desarrollo Sostenible, celebrada en septiembre de 2015, los Estados miembros de Naciones Unidas discutieron y aprobaron la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, instrumento que retoma los 8 ODM y los desagrega en 17, ahora llamados: Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), los cuales están orientados a poner fin a la pobreza, luchar contra la desigualdad y la injusticia, y hacer frente al cambio climático. (Naciones Unidas, 2015).

Los nuevos Objetivos de Desarrollo Sostenible van mucho más allá de los ODM, ya que abordan las causas fundamentales de la pobreza y la necesidad universal de desarrollo que funcione para todas las personas.

La Agenda 2030 es un plan de acción en favor de las personas, el planeta y la prosperidad, que reconoce que la erradicación de la pobreza en todas sus formas y dimensiones, incluida la pobreza extrema, es el mayor desafío a que se enfrenta en el mundo y constituye un requisito indispensable para el desarrollo sostenible (Naciones Unidas, 2015).

Cabe señalar que, tanto en los Objetivos del Milenio como en los recién aprobados Objetivos de Desarrollo Sostenible han estado las metas de erradicar la pobreza extrema y el hambre y lograr el acceso a viviendas dignas, lo que incluye agua potable y saneamiento.

De manera que las políticas públicas deben considerar las dimensiones del enfoque de derechos humanos a fin de lograr la realización progresiva de todos y cada uno de los derechos; así como el bienestar y la vida digna de todos los seres humanos, independientemente de su condición económica, pues la dignidad constituye la columna vertebral, el eje articulador de los derechos humanos (Anglés, 2016: 225).

Es así que con base en el principio de dignidad humana, cuyo fundamento se halla en el derecho fundamental a la vida, que comprende “no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a condiciones que le garanticen una existencia digna” (CIDH, 1999), analizamos la interdependencia, interrelación e indivisibilidad de los derechos humanos a la vivienda y al acceso al agua potable y saneamiento.

Las obligaciones de los estados en materia de derechos humanos

Trabajar en aras de lograr la efectividad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante, DESCA) involucra diversas obligaciones a cargo de los

Estados. En este sentido, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC), como órgano encargado de interpretar los artículos 11 y 12 de PIDESC ha identificado tres tipos: *a)* respetar, *b)* proteger, y *c)* cumplir.

La obligación de “respetar” es la principal y de ella derivan las demás; implica que los Estados no adopten medidas que impidan el acceso a los derechos o menoscaben el disfrute de los mismos y que prohíban prácticas discriminatorias en relación con el ejercicio de los derechos (IIDH, 2008). Ello involucra a todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), en todos los niveles de gobierno (federal, estatal y municipal).

En cuanto a la obligación de “proteger”, ésta constriñe a los Estados a adoptar medidas para evitar o prevenir que sus propios agentes y los particulares vulneren los derechos. Fredman (2008) refiere que esta obligación implica restringir a los particulares de la misma forma en que el Estado debe hacerlo a sí mismo para asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Por último, la obligación de “cumplir” exige a los Estados reconocer los DESCAs en los sistemas legales y adoptar políticas y medidas, de cualquier índole, destinadas a satisfacerlos (IIDH, 2008: 130). En definitiva, la obligación de cumplimiento comprende la adopción por parte del Estado de todas aquellas medidas que sean necesarias para garantizar a todas las personas bajo su jurisdicción el pleno disfrute de todos los DESCAs.

Por último, cabe enfatizar que el mismo artículo 2 del PIDESC, en su párrafo 2, dispone que: “Los Estados Partes en el Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Dicho mandato ha sido retomado por la Corte IDH (1988) en la sentencia Velásquez Rodríguez y reiterada hasta la fecha, bajo el siguiente argumento: la obligación de garantizar “no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.

Además, a partir de tesis de jurisprudencia P/J.21/2014 ha quedado establecido que las sentencias de la Corte IDH, independientemente de que el Estado mexicano haya sido parte en la controversia ante dicho tribunal, son vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la CADH, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado con el ánimo de lograr el respecto de éstos en la región. Así, la fuerza vinculante de los criterios de la Corte Interamericana deriva del mandato establecido en el artículo 1o. de la Constitución federal que obliga a los jueces nacionales a resolver cada caso a partir de la interpretación más favorable a la persona, esto es, con base en el principio pro persona. Por lo que en atención a este precepto, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: *a)* cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico se determina al verificar la existencia de las mismas razones que motivaron el pronuncia-

miento; b) en todos los casos en que sea posible debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional, y c) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.

Derecho humano a la vivienda digna

Tener un lugar seguro donde vivir es fundamental para la dignidad humana, la salud física y mental, la calidad de vida y el bienestar. Por lo que la Conferencia de Hábitat II, auspiciada por Naciones Unidas (1996), sostuvo que: una “vivienda adecuada”, es mucho más que tener un techo bajo el cual guarecerse. Significa también disponer, entre otras, de un lugar privado, espacio y ventilación suficientes, infraestructura básica adecuada que incluya servicios de abastecimiento de agua, saneamiento y eliminación de desechos y factores apropiados de calidad del medio ambiente, todo ello a un costo razonable.

Cabe advertir que los fenómenos migratorios del campo a la ciudad inciden en una mayor demanda de vivienda en las urbes. En México se identifican 384 ciudades de más de 15 mil habitantes, 59 zonas metropolitanas, 78 conurbaciones y 247 centros urbanos. En estas 384 ciudades, al 2012, habitaban 81.2 millones de personas, es decir, cerca del 72 por ciento de la población nacional (Conapo, 2012). Según estimaciones del Consejo Nacional de Población (Conapo), para 2030 el 81 por ciento de la población vivirá en ciudades (Conapo, 2007). Pero, paradójicamente, son las ciudades las que concentran la mayor pobreza y desigualdad social: 40 por ciento de la población urbana se encuentra en condiciones de pobreza (Sedesol, 2010). Los más pobres se ven orillados a vivir en la periferia urbana o en zonas de riesgo, con carencias de acceso a servicios básicos y generalmente en condiciones de irregularidad de la propiedad de la tierra que ocupan (Iracheta, 2012).

Ahora bien, en cuanto a la protección jurídica del derecho a la vivienda, es importante advertir que este existe un gran desarrollo normativo tanto internacional como nacional. El reconocimiento internacional se encuentra en diversos instrumentos: artículo 25, inciso 1) de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 11, inciso 1) del PIDESC; artículo 27, inciso 3) de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículo 14, inciso h) de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; artículo 5, inciso e), numeral iii de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, y párrafo 61 del Programa de Hábitat II.

Interesa especialmente el PIDESC, que dispone: “Los Estados Partes [...] 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.”

Lo anterior es relevante porque el CDESC, a partir de la interpretación de los artículos 11 y 12 del PIDESC elaboró la Observación General número 4 (en adelante, OG4), a efecto de profundizar en los elementos y el contenido mínimo que una vivienda debe

tener para poder considerar que las personas tienen garantizado su derecho a ésta. Así, la OG4 refiere en su apartado 2. Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura, que una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables, entre ellos, acceso permanente a agua potable, instalaciones sanitarias y drenaje.

En esta línea se evalúa la condición de precariedad de las viviendas y el limitado acceso a opciones de vivienda por parte de la población en pobreza que se manifiestan en tres vertientes y que, a su vez, definen el rezago habitacional de los hogares: 1) Las características de ocupación de las viviendas (hacinamiento); 2) Los componentes y materiales utilizados en su edificación (adecuación cultural) y, 3) El acceso a infraestructura social básica (agua potable, saneamiento y electricidad).

Dada la relevancia de estas condiciones, el CDESC exhorta a los Estados Partes a aplicar ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la Organización Mundial de la Salud (OMS), que consideran a la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades; dicho de otro modo, que una vivienda carente de servicios básicos como agua potable y saneamiento se asocia, invariablemente, a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas.

De conformidad con la misma OG4, los Estados Partes del Pacto deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial. Las políticas y la legislación, en consecuencia, no deben destinarse a beneficiar a los grupos sociales ya aventajados a expensas de los demás.

En el contexto interno, nuestra Constitución federal, en su artículo 4º, prevé 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.” En consonancia con lo anterior, el artículo 2º de la Ley de Vivienda en México señala que:

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.

No obstante, datos de la Encuesta Intercensal realizada por del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) (2015), muestran que hay serias deficiencias en la garantía del derecho a una vivienda digna bajo los parámetros del Derecho internacional de los derechos humanos, pues al 15 de marzo de 2015, de las viviendas particulares habitadas el 3.6 por ciento tenían piso de tierra, pero tratándose de viviendas de población indígena el porcentaje llega al 14 por ciento; 71.1 por ciento tenía agua entubada dentro de la vivienda y 20.4 por ciento fuera de ella, pero dentro del terreno, aunque tratándose de viviendas de población indígena, el porcentaje de cobertura de agua al interior de la vivienda llegó apenas al 38.4 por ciento y, en materia de drenaje,

6.1 por ciento carecía éste, 1.3 por ciento descargaba en una barranca, cuerpo de agua u otro lugar y 16.3 por ciento estaba conectada a una fosa séptica. Cabe señalar que el reporte en este rubro ni siquiera menciona cuál es la situación de la población indígena, por lo que a todas luces la situación en la que viven estos últimos grupos es mucho más precaria que quienes no son indígenas.

Entre los factores que inciden en la existencia de esta problemática se encuentran una alta prevalencia de pobreza entre la población, el crecimiento desordenado de las ciudades, rezagos en la dotación de infraestructura social básica y un sistema financiero que no logra cubrir aún a la mayoría de la población (Sedesol, 2010).

Es importante tener claro que a mayores niveles de pobreza, el gasto para satisfacer las necesidades básicas representa un mayor porcentaje del ingreso. Por consiguiente, los hogares con bajos ingresos y en situación de pobreza son los que tienen mayores probabilidades de habitar viviendas en estado precario, pues no tienen posibilidad de ahorrar para poder acceder a un patrimonio o destinar una porción de su gasto a mejoras habitacionales.

Derecho humano al agua y al saneamiento

El agua potable y el saneamiento son indispensables para la vida y la salud, y fundamentales para la dignidad de toda persona (OACDH, 2011). Sin agua, la vida no puede sostenerse más allá de unos pocos días y la falta de acceso a suministros adecuados del vital líquido conduce a la propagación de la enfermedad (WHO, 2002: 156), la cual puede llegar a culminar en la muerte. De ahí la importancia entre agua, pobreza y enfermedad, pues quienes no disponen de un suministro de agua suficiente y limpio son, invariablemente, los más pobres, por lo que se estima que si el abastecimiento de agua limpia y el saneamiento básico fueran ampliados a aquellos que hasta el día de hoy no tienen acceso a esos servicios, la carga de las diarreas infecciosas se reduciría en un 17 por ciento anual; y si se llevase a cabo un suministro de agua bien regulado de conducción universal por cañerías y un saneamiento completo, se reduciría la carga en alrededor del 70 por ciento anual (UNESCO, 2010).

Además, tener acceso a servicios de agua potable y saneamiento contribuye a una mayor disponibilidad para trabajar, al desarrollo y crecimiento económico (De Albuquerque, 2012). Pese a ello, el reconocimiento formal del derecho humano al agua y al saneamiento fue hecho apenas en el año 2002 por el CDESC, mediante la interpretación de los artículos 11 y 12 del PIDESC que dio lugar a la Observación General número 15 (OG15), denominada: El Derecho al Agua, por virtud de la cual determina que: “El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico” (CDESC, 2002). Asimismo, la OG15 establece su relación con otros derechos —como vida digna, salud, alimentación y vivienda, entre otros—, su contenido normativo y las obligaciones de los Estados Partes, violaciones a este derecho, aplicación en el plano nacional y, por último, las obligaciones de los agentes que no son Estados Partes. Luego de ocho años

de haber sido expedida la OG15, la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la resolución A/RES/64/292 aprobada el 28 de julio de 2010, proclamó que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano. En consonancia con lo anterior, el 8 de febrero del año 2012, se reformó el artículo 4º de la Constitución federal mexicana para reconocer que:

Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.

Al respecto, el Poder Judicial federal ha elaborado una argumentación basada en la preferencia del uso del agua desde una perspectiva de beneficio colectivo, mediante la siguiente tesis:

El Estado garantizará que el derecho al agua sea seguro, aceptable, accesible y asequible tanto para uso personal como doméstico, erigiéndose como un beneficio colectivo que debe basarse en criterios de solidaridad, cooperación mutua, equidad y en condiciones dignas, por lo que se ha proclamado de prioridad y de seguridad nacional la preferencia del uso doméstico y público urbano en relación con cualesquier otro uso, razones que excluyen la posibilidad de que pueda ser concebido atendiendo a intereses particulares o de grupos minoritarios, pues de ser así, imperaría un régimen de aprovechamiento del agua sin visión humana y social, con lo cual se atentaría contra la dignidad humana. (Tesis aislada XI.1o.A.T.1K, 2012).

Sobre la necesidad de garantizar el acceso a las personas vulnerables, el Poder Judicial federal de México se ha pronunciado como sigue:

El agua como recurso imprescindible para los seres humanos cumple primordialmente la necesidad de consumo y usos domésticos de todos los individuos. Así, en la asignación de los recursos hídricos debe concederse prioridad al derecho a utilizarla cuando se pretenda con su suministro garantizar los derechos fundamentales a la vida, salud, dignidad humana y alimentación. Por tanto, al ser necesaria para fines domésticos o personales, o para evitar el hambre y las enfermedades, su suministro deberá hacerse prioritariamente. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sostenido que si bien el derecho al agua potable es aplicable a todos universalmente, los Estados deben prestar especial atención a las personas que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercerlo. (Tesis aislada I.9o.P68, 2014).

Por lo que hace al ejercicio hermenéutico en la región americana, el juez Ventura Robles, en su voto razonado en el caso de la comunidad indígena Sawhoyamaya *vs.* Paraguay explica que la violación al derecho a la vida se da en sí por la falta de atención oportuna del Estado para proveer a las personas de agua potable, ya que esto repercute

directamente en la existencia digna de las personas; por otra parte, hace notar que el derecho a la vida no debe interpretarse de forma restrictiva y para la determinación de la responsabilidad del Estado por la privación de la vida se deben tomar en cuenta los factores de riesgo de los que tenía conocimiento el Estado y sobre los cuales no hubiera tomado medidas necesarias, en este caso se habla de las condiciones insalubres de la poca agua disponible (CIDH, 2006).

Como se advierte, el reconocimiento y garantía del acceso al agua como derecho humano genera una serie de obligaciones para el Estado y sus órganos, ya que se trata de un elemento clave para el combate a la pobreza, un detonante para el desarrollo económico y determinante para la salud pública y la vida misma.

No obstante, en México la Comisión Nacional del Agua (Conagua) estimó que al cierre del año 2013, la cobertura de agua potable fue de 92.3 por ciento, desglosándose en 95.4 por ciento en zonas urbanas y 81.6 por ciento rurales (Conagua, 2014b): 94). Esta situación evidencia una cobertura diferencial y, por tanto, una clara relación con la pobreza, la exclusión y la marginación, ya que datos de la misma Conagua muestran que en las localidades de muy alto y alto grado de marginación se concentra aproximadamente el 22.7 por ciento de la población, de la que aproximadamente el 9.1 por ciento carece de dichos servicios, lo que significa que más de 2.2 millones de personas en nuestro país dependen de sistemas informales de abastecimiento de agua (Conagua, 2014a: 10), lo cual puede dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado.

Tal como se evidenció en el “caso comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, en el que la Corte IDH refirió que las condiciones de pobreza extrema en que se encontraba la comunidad y la afectación que ello tenía en el acceso a la vivienda y al agua potable de sus miembros, afectaba su existencia digna. Por ello, la Corte desarrolló a mayor profundidad el concepto de “vida digna” a través de una interpretación evolutiva del derecho a la vida en relación con el deber general de garantía contenido de la CADH (artículo 1.1) y con el deber de desarrollo progresivo (artículo 26), así como con los derechos contenidos en el Protocolo de San Salvador: derecho a la salud, a un medio ambiente sano, a la alimentación, a la educación y a los beneficios de la cultura (artículos 10 a 14).

A tales fines resulta prioritaria la adopción de una estrategia nacional de vivienda que, basada en la Estrategia Mundial de la Vivienda (Naciones Unidas, 2013), se lleve a cabo previamente una consulta extensa con todas las personas afectadas, a fin de lograr su participación, inclusive de quienes no tienen hogar. Además, se debe asegurar la coordinación entre las secretarías de Estado y las autoridades locales con objeto de conciliar las políticas conexas (economía, agricultura, medio ambiente, energía, etc.) con las obligaciones dimanantes del artículo 11 del PIDESC.

Reflexiones finales

La integración del orden jurídico mexicano tanto por la normatividad nacional como por la interamericana, incluso los criterios emitidos por la Corte Interamericana en

materia de derechos humanos, exige que los operadores del Derecho orienten su actuación hacia el objetivo de garantizar progresivamente la realización de todos y cada uno de los derechos para todas las personas, con especial énfasis en los grupos vulnerables.

Garantizar el derecho humano a una vivienda digna debe incluir el acceso al agua potable y al saneamiento, fundamentales para el desarrollo de la calidad de vida y el bienestar de las personas; para reducir la pobreza, la exclusión social y la marginación, así como para avanzar en el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

La calidad del agua con la que deben contar las viviendas está en estrecha relación con la protección y mejora de la salud y el desarrollo; lo cual, a su vez, contribuye al crecimiento económico en los ámbitos locales, nacionales y regionales, de manera que los esfuerzos para lograr la cobertura total del vital líquido a todas las personas en condiciones de accesibilidad y asequibilidad debe verse como una inversión que reducirá los niveles de mortandad y morbilidad que se traducen en altos costos para el Estado.

Existe una clara asimetría entre la materialización de los derechos a la vivienda digna —que incluye el acceso al agua potable y saneamiento—, de quienes no son indígenas respecto de quienes sí lo son, lo cual debe resolverse a la brevedad, pues el ejercicio de los derechos debe efectuarse sin discriminación alguna y con una franca apuesta para lograr la eliminación creciente de las desigualdades, lo cual debe tener como eje articulador de los derechos humanos a la dignidad humana.

Bibliografía

- ANGLÉS HERNÁNDEZ, Marisol (2016), “La concreción del derecho a un medio ambiente sano en México”, en Guerrero Galván, Luis René y Pelayo Moller, Carlos María (coords.), *100 años de la Constitución mexicana: de las garantías individuales a los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- CADH. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, el 22 de noviembre.
- CDESC. (2002), *Observación General No. 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, Naciones Unidas, Ginebra, Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- CEPAL. (2004), *Panorama Social de América Latina 2002-2003*, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe.
- CIDH. (1988), caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, fondo, sentencia de 29 de julio, párr. 167.
- (1999), caso “de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, fondo, sentencia de 19 de noviembre, serie C, núm. 63, párr. 144.
- (2005), caso “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, fondo reparaciones y costas, sentencia 17 de junio de 2005, serie C, núm. 125, párr. 163.
- (2005), caso de la “Masacre de Mapiripán”, sentencia de 15 de septiembre, serie C, núm. 134; párr. 108 y 110.
- (2006), caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, sentencia de 29 de marzo, fondo, reparaciones y costas, Voto Razonado del Juez Ventura Robles, párr. 11.

- (2006), caso de la “Masacre de Pueblo Bello”, sentencia de 31 de enero, serie C, núm. 140, párr. 111 y 112.
- CLERC, D. (1989), “La dynamique économique de l’exclusion et de l’insertion”, *Revue de Droit Sanitaire et Sociale*, Paris, Vol. 25, Núm. 4.
- Comisión IDH. (2007), *Acceso a la justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, Washington, D. C., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68.
- Conagua (2014a), *Diagnóstico para el reforzamiento y ampliación del Programa Directo de Agua Limpia E004*, México, Comisión Nacional del Agua.
- (2014b), *Estadísticas del Agua en México, Edición 2014*, México, Comisión Nacional del Agua.
- Conapo (2007). *Proyecciones de la Población de México 2005-2050*, México, Consejo Nacional de Población.
- (2012), *Catálogo Sistema Urbano Nacional 2012*, México, Consejo Nacional de Población.
- Coneval (2014). *Medición de Pobreza 2014*, México, Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social.
- DE ALBUQUERQUE, Catarina (2012), *Derechos hacia el final: Buenas prácticas en la realización de los derechos al agua y al saneamiento*, Lisboa, Ongawa.
- EIDE, A. (2001), “The Right to an Adequate Standard of Living Including the Right to Food”, en Eide, A., Crause, C. y Rosas, A. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Kluwer Law International.
- FISS, O. (1999), “Grupos y la Cláusula de Igual Protección”, en gargarella, R., *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa Editorial.
- FREDMAN, Sandra (2008), *Human Rights Transformed. Positive rights and positive duties*, Oxford, Oxford University Press.
- IGLESIA CARUNCHO, Manuel de la (2002), *El impacto económico y social de la cooperación al desarrollo: el caso de Centroamérica*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- IIDH. (2008), *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- INEGI (2015), *Encuesta intercensal 2015*, México, Instituto Nacional de Estadística y Geografía.
- IRACHETA, Alfonso (2012). *Crisis Territorial en México: La hora de la reforma urbana*, México, Red de investigación sobre áreas metropolitanas de Europa y América Latina.
- Ley de Vivienda*, Diario Oficial de la Federación, México, 27 de junio de 2006, última del 20 de abril de 2015.
- Naciones Unidas (1966), *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Asamblea General, Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, en vigor a partir del 3 de enero de 1976.
- (1977), *Distintos criterios y medios posibles dentro del sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Resolución 32/130. Nueva York, Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.
- (1986), *Declaración sobre el derecho al desarrollo*, Resolución 41/128, Nueva York, Naciones Unidas.

- _____ (1996), *Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II)*, Estambul, Naciones Unidas.
- _____ (2013), *Estrategia Mundial de la Vivienda*, Nairobi, ONU-Hábitat.
- _____ (2015), *Cumbre de Desarrollo Sostenible*, Nueva York, Naciones Unidas.
- OACDH (2004), *Los derechos humanos y la reducción de la pobreza. Un marco conceptual* (HR/PUB/04/01), Ginebra, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos.
- _____ (2006), *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo*, Ginebra, Naciones Unidas.
- _____ (2011), *El derecho al agua*, Ginebra, Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- OMS (1990). *Principios de higiene de la vivienda*, Ginebra, Organización Mundial de la Salud.
- Sedesol (2010), *Diagnóstico del Programa Hábitat*, México, Secretaría de Desarrollo Social.
- SEN, Amartya (2000), “Social exclusion: Concept, application, and scrutiny”, *Social Development Papers*, núm. 1.
- Tesis Aislada XI.Io.A.T.1K. (2012), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, 10a. Época, libro XII, septiembre de 2012.
- Tesis aislada I.9o.P68. (2014), Tribunales Colegiados de Circuito, “Derecho fundamental al agua potable. Al ser las personas privadas de la libertad sujetos especialmente vulnerables, las autoridades carcelarias deben garantizarlo y reforzarlo en los centros de reclusión, con criterios de disponibilidad, calidad y accesibilidad”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, México, 10a. Época, libro 12, tomo IV, noviembre de 2014.
- Tesis de jurisprudencia P/J.21/2014. (2014), “Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona, *Semanario Judicial de la Federación*, México, 10a. Época, 25 de abril.
- UNESCO (2010), *Agua para todos, agua para la vida. Informe de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos en el Mundo*, París, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo (2008), *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*, 2a. ed. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura-Universidad Nacional de Colombia.
- WHO (2002), *World Health Report 2002: Reducing risks, Promoting Healthy Life*. Geneva, World Health Organization.

Violencia familiar: una visión a través de los derechos humanos de las mujeres

Introducción

La violencia familiar empieza como un problema socio-cultural y que es reconocido como un problema de derechos humanos, al ser abordado con una perspectiva de género por ser las mujeres y los niños los que más la sufren, lo cual no lleva a desconocer que este tipo de violencia perjudica también a otros integrantes de la familia. Es universal; es decir, es un problema que afecta a muchas sociedades en el mundo:

[...] más de cinco mujeres son golpeadas en este mismo instante, y más de dos niños son maltratados en estos momentos y cada 72 horas se presenta una queja de un hombre ante las diferentes instancias de justicia a nivel mundial por maltrato familiar.¹

Afecta a familias de cualquier nivel económico, social, educativo o de cualquier comunidad, urbana o rural y tiene su origen en cómo se aprende a relacionarse, fundamentalmente, en el ámbito de la familia. Se sustenta en relaciones de supra y subordinación, en relaciones abusivas de poder entre los integrantes de la familia, entre el agresor y la víctima de violencia familiar:

La familia es un sistema, lo que significa que la violencia en cualquier parte de la familia es igual a la violencia en todas partes. Abuso contra la mujer es un indicador primario de abuso de menores [...].²

¹Torres Falcón, Marta, *La violencia en casa*, México, Paidós, 2001, p. 235.

²Calderón, David, *Violencia Intrafamiliar en México y el mundo y sus avances jurídicos*, disponible en <http://violenciaenactualidad.jimdo.com/>. Consultado el 3 de mayo de 2016.

Sumario

Introducción	415
La perspectiva de género y la violencia familiar	416
Violencia familiar	419
Conferencias de Derechos Humanos vinculadas al problema de la violencia familiar con una perspectiva de género	425
La Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social	429
Conferencia de El Cairo	431
Instrumentos convencionales y no convencionales vinculados al problema de la violencia familiar con una perspectiva de género	437
Transversalidad y violencia familiar	445
Reflexiones finales	448

Éste es un problema muy grave que atender debido a las consecuencias que tiene en el desarrollo de la vida de las personas afectadas por ella. En los adultos influye de manera negativa en la salud física y emocional, presentando además enfermedades como depresión y bajo rendimiento laboral. En las niñas, niños y adolescentes igualmente ven un detrimento en su integridad física y psicológica, presentando entre otros problemas los de conducta, aprendizaje, socialización.

Es muy difícil de superar debido al círculo vicioso de la violencia, que caracteriza las formas en que se establecen las relaciones dolorosas y disfuncionales desde la familia, el noviazgo y hasta que se logra o no romper con ellas; en cualquier caso, las consecuencias físicas, en ocasiones, y las psicológicas no se logran superar del todo: “Las mujeres están más expuestas a la violencia en el hogar que en la calle, lo que tiene graves repercusiones para la salud femenina [...]. Es la importancia de sacar a la luz en todo el mundo la violencia doméstica y de tratarla como un grave problema de salud pública”.³

Es un problema que se viene trabajando, desde el ámbito nacional e internacional de los derechos humanos, ya hace más de cinco décadas y el objeto de dicho trabajo está dirigido a prevenirla, sancionarla y erradicarla de la convivencia familiar y de las prácticas sociales. Ya que obstaculiza el desarrollo integral de los miembros de la familia, al igual que afecta la salud, física y emocional de las personas impidiendo el adelanto de la mujer, crecimiento armónico de los hijos y la vida digna de las personas adultas mayores que conviven en la familia.

Respecto al enfoque que a este problema se le da, cabe recordar, como ya mencionamos antes, que desde siempre se ha identificado a la violencia familiar como un problema de la mujer, por ser éstas las principales víctimas de este tipo de violencia, lo que no impide desconocer que de forma menos frecuente o visible también los son otros miembros del núcleo familiar; a los que se protege, finalmente, de la misma forma que a las mujeres víctimas de este tipo de violencia.

Es la equidad de género el soporte fundamental para armonizar las relaciones familiares, y así evitar la violencia, todavía silenciosa, que frecuentemente se presenta y ejecuta en el hogar.

Por eso, el presente trabajo tiene como propósito brindar un panorama actualizado sobre el tema de la violencia familiar desde el derecho y con una perspectiva de género, aportando conocimiento acerca de las actividades e instrumentos internacionales sobre derechos humanos de la mujer que condenan la violencia contra la mujer y, que igualmente establecen medidas, acciones y compromisos para los Estados Parte, de los que México es parte, para prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia y la discriminación de género, que incluyen la violencia familiar.

La perspectiva de género y la violencia familiar

La perspectiva de género consiste en que exista un reconocimiento de la desigualdad, en el acceso a oportunidades, en el trato y en las relaciones de poder entre hombres y mujeres, que en este caso lleva implícita la violencia familiar:

³Organización Mundial de la Salud, *Salud femenina y violencia doméstica contra las mujeres*, OMS, 2005, p. 9.

El enfoque de género considera las diferentes oportunidades que tienen los hombres y las mujeres, las interrelaciones existentes entre ellos y los distintos papeles que socialmente se les asignan. Todas estas cuestiones influyen en el logro de las metas, las políticas y los planes de los organismos nacionales e internacionales y, por lo tanto, repercuten en el proceso de desarrollo de la sociedad. Género se relaciona con todos los aspectos de la vida económica y social, cotidiana y privada de los individuos y determina características y funciones dependiendo del sexo o de la percepción que la sociedad tiene de él.⁴

Se ha demostrado que la violencia familiar y otros tipos de violencia de que son víctimas las mujeres y que atentan contra sus derechos humanos, son consecuencia de roles, estereotipos y prejuicios socioculturales que las promueven y preservan, sobre la base de usos y costumbres discriminatorios y de mantener la práctica de relaciones abusivas de poder y de subordinación en las que, en más de las ocasiones, se estructuran tanto las relaciones familiares como las sociales:

Si bien las violaciones de los derechos humanos afectan tanto a los hombres como a las mujeres, su impacto varía de acuerdo con el sexo de la víctima. Los estudios sobre la materia permiten afirmar que toda agresión perpetrada contra una mujer tiene alguna característica que permite identificarla como violencia de género. Esto significa que está directamente vinculada a la desigual distribución del poder y a las relaciones asimétricas que se establecen entre varones y mujeres en nuestra sociedad, que perpetúan la desvalorización de lo femenino y su subordinación a lo masculino. Lo que diferencia a este tipo de violencia de otras formas de agresión y coerción es que el factor de riesgo o de vulnerabilidad es el solo hecho de ser mujer.⁵

En este sentido podemos afirmar que la discriminación de género se presenta cuando se valora positivamente a un género y negativamente a otro; es decir, al considerar la superioridad del hombre sobre la mujer, en cualquier ámbito de la vida y del desarrollo, en este caso en el ámbito familiar, y violencia de género al utilizar este argumento, que se manifiesta en actitudes, costumbres, valores o más bien desvalores sociales o comportamientos no aceptables, para justificar o ejecutar los actos de violencia en la familia.

Hace ya más de cinco décadas se observó, como hoy todavía se hace y afirma, la necesidad de contemplar los derechos humanos de las mujeres, de forma específica, en virtud de que los instrumentos generales de derechos humanos no han logrado que se consideren y respeten su condición y especificidades a fin de garantizar su derecho a la igualdad, a la no discriminación y a una vida libre de violencia. Es por esta razón que se crean instrumentos internacionales vinculatorios y no vinculatorios que consideren, desde la perspectiva de género, la condición de la mujer, considerando el respeto a la diferencia y previniendo y eliminando la discriminación y la violencia, en

⁴Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, II. *El enfoque de género*, disponible en <http://www.fao.org/docrep/004/x2919s/x2919s04.htm>. Consultado el 6 de mayo de 2016.

⁵Rico, Nieves, *Violencia de género: un problema de derechos humanos*, Chile, CEPAL, 1996, p. 5.

particular la que se da en la familia, que tienen su origen en el sistema androcentrista o patriarcal sexo-género:

El movimiento de las mujeres fue sin duda el primer denunciante de la violencia familiar y de género, empeñadas en visibilizar la magnitud y la crueldad del abuso silenciado por el simple hecho de que ocurre en el ámbito “privado” pero que en realidad esconde la discriminación hacia las mujeres y los niños sometidos en un mundo patriarcal al abuso de los hombres y los adultos. El movimiento de mujeres logró que este problema, que todavía afecta profundamente la vida de millones de mujeres en el mundo entero y que limita seriamente las posibilidades de desarrollo humano de la mitad de la humanidad, se reconozca como un asunto prioritario en la agenda de los Estados y en las políticas públicas gubernamentales. A los esfuerzos y denuncias de las mujeres se sumaron un poco más tarde las organizaciones de defensa de los derechos de los niños y las niñas [...].⁶

Por generaciones se ha considerado que la familia, como núcleo social primario, es el espacio de afecto, valores y formación ideal y primordial; sin embargo, la experiencia y la visibilidad que tiene ya la violencia familiar muestra que es ahí el lugar donde la violencia contra las mujeres, las niñas y los niños, así como hacia otros miembros de la familia, se presenta más cruenta y se transmite de generación en generación, en la mayoría de los casos perpetrada por hombres, quienes se ostentan como jefes o pilares de familia, bajo la idea de un poder patriarcal: “La violencia en el vínculo de la pareja la mayoría de las veces es una reproducción del contexto violento de las familias de origen de cada uno, moldeados por los arquetipos de género transmitidos”.⁷

Es aquí en donde aparece la equidad de género como la herramienta que permite visibilizar y crear condiciones para la igualdad de trato y oportunidades tanto para las mujeres como para los hombres en todos los ámbitos de su vida privada y pública, especialmente en la familia, donde deben imperar entre sus miembros, independientemente de si se es hombre o mujer, niño o niña, adulto mayor o persona con discapacidad, la consideración, la solidaridad, el respeto recíproco y a su dignidad.

La equidad de género, como señalamos, es el mecanismo que permite crear e implementar acciones y programas, de todos los sectores sociales y estatales con el fin avanzar tanto en el reconocimiento como en el efectivo goce y ejercicio de los derechos humanos de las mujeres, para lograr sociedades más justas y más humanas; en las que no haya cabida para actos de discriminación y violencia, mucho menos en la familia, en razón del sexo al que se pertenece, lo que definitivamente influye en el crecimiento y desarrollo individual, colectivo y estatal.

La perspectiva de género permite el estudio y conocimiento sobre las relaciones sociales entre los sexos, entre hombres y mujeres, lo que permite comprender las realidades en su interacción social y familiar, sus problemas, sus necesidades, sus inte-

⁶Secretaría de Salud, *Informe Nacional sobre Violencia y Salud*, México, SSA, 2006, p. VI.

⁷Aguiar, Elina, “Violencia en la pareja”, en *Violencia social y Derechos Humanos*, Buenos Aires, EUDEBA, 1998, p. 20.

reses, y cómo ello está afectado o determinado por los roles, los estereotipos, los usos, las costumbres y demás prácticas y competencias asignadas social y culturalmente.

Una vez identificado lo anterior se estará en posibilidad de crear y poner en marcha políticas públicas y acciones de toda índole, ya sea educativa, administrativa, laboral, económica, legislativa, jurídica y familiar que estén dirigidas a prevenir y eliminar las diferencias de género, en particular en el ámbito de la familia.

Violencia familiar

Tanto la Organización Mundial de la Salud como la Organización Panamericana de la Salud han establecido una definición de violencia familiar en el siguiente sentido: “Toda acción u omisión cometida por algún(a) miembro(a) de la familia en relación de poder, sin importar el espacio físico donde ocurra, que perjudique el bienestar, la integridad física, psicológica o la libertad y el derecho al pleno desarrollo de otro(a) miembro(a) de la familia”.⁸

La violencia contra la mujer en la familia, así como la que se realiza contra niños, niñas y adolescentes es reconocido actualmente como un problema de salud pública y de violación a los derechos humanos de las mujeres. La *violencia familiar se manifiesta en el* daño físico, psicoemocional, sexual y los actos de control que se ejercen por un miembro de la familia sobre otro.⁹

Todo acto de violencia [en este caso en la familia] dirigido contra el sexo femenino, que cause o pueda causar un daño o un sufrimiento físico, sexual o psicológico, inclusive la amenaza de ese acto, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto en la vida pública como en la privada.¹⁰

[...] toda acción u omisión cometida por algún miembro de la familia en relación de poder, sin importar el espacio físico donde ocurra, que perjudique el bienestar, la integridad física y psicológica o la libertad y el derecho pleno desarrollo de otro miembro de la familia.¹¹

Así las cosas, podemos afirmar que la violencia familiar se presenta cuando hay actos de acción u omisión intencional que se dirigen a dominar, someter, controlar o dañar física, verbal, psicoemocional, sexual, económica o patrimonialmente a un miem-

⁸Programa Mujer, Salud y Desarrollo de la Organización Panamericana de la Salud, *Hacia un Modelo Integrado de Atención a la Violencia Intrafamiliar: Ampliando y consolidando las intervenciones coordinadas del Estado y la Sociedad Civil*, San José, Costa Rica, OPS, 2001, p. 8.

⁹Organización Mundial de la Salud, *Violencia contra la mujer*, OMS, 2016, disponible en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs239/es/>. Consultado el 6 de mayo de 2016.

¹⁰La violencia intrafamiliar. Análisis de una epidemia social, disponible en http://apps.elsevier.es/watermark/ctl_servlet?_f=10&pident_articulo=13109809&pident_usuario=0&pco_tactid=&pident_revista=4&ty=94&accion=L&origen=zonadelectura&web=www.elsevier.es&lan=es&fi_hero=4v26n08a13109809pdf001.pdf. Consultado el 6 de mayo de 2016.

¹¹Sagot, Montserrat, *Ruta crítica de las mujeres afectadas por la violencia familiar en América Latina*, OPS, 2000, pp. 11-12.

bro de la familia por otro, en el domicilio familiar o lugar que habiten o, fuera de él, y que tiene como fin causar un daño.

Las definiciones tienen elementos comunes que coinciden en la descripción de este tipo de violencia. El problema de la violencia familiar se explica como aquél que nace del ejercicio desigual de la autoridad en las relaciones de poder que surgen entre los miembros del núcleo familiar, cuya aplicación se concreta mediante la ejecución cíclica y/o sistemática de actos que vulneran la integridad física, psicológica o sexual de uno o varios miembros de la familia.

*Clases de violencia familiar*¹²

Tanto la doctrina como la legislación realizan una clasificación de las formas en que aparece la violencia en la familia y son las siguientes:

Violencia física: deja huella corporal y es cualquier acto que inflige daño no accidental, usando la fuerza física o algún tipo de arma u objeto que pueda provocar o no lesiones ya sean internas, externas, o ambas, en los términos del artículo 6, Fracción II de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. El daño puede manifestarse desde las secuelas de un empujón, golpes, quemaduras o cualquier acto de esta naturaleza que lleve hasta la muerte al receptor de la violencia.

Violencia psicológica: Es la más frecuente y sus consecuencias son tan graves como las de la violencia física, ya que pueden llegar a causar igualmente la muerte de las víctimas. Consiste en cualquier acto u omisión que dañe la estabilidad psicológica, que puede consistir en: negligencia, abandono, descuido reiterado, celotipia, insultos, humillaciones, devaluación, marginación, indiferencia, infidelidad, comparaciones destructivas, rechazo, restricción a la autodeterminación y amenazas, las cuales conllevan a la víctima a la depresión, al aislamiento, a la devaluación de su autoestima e incluso al suicidio, de conformidad al artículo 6 fracción I de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

Violencia sexual: Este tipo de violencia vulnera la libertad sexual de los receptores, son conductas no deseadas, y está constituida por cualquier acto que degrada o daña el cuerpo y/o la sexualidad de la víctima y que por tanto atenta contra su libertad, dignidad e integridad física, como establece el artículo 6, fracción V de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Es una expresión de abuso de poder que implica la supremacía masculina sobre la mujer, al denigrarla y concebirla como objeto; tiene graves consecuencias psicológicas y sociales en la víctima que la sufre.

Si bien no suelen incluirse regularmente como formas de violencia familiar, lo cierto es que también forman parte del problema y de sus manifestaciones, y son las siguientes:

¹²Programa Mujer, Salud y Desarrollo de la Organización Panamericana de la Salud, *Hacia un Modelo Integrado de Atención a la Violencia Intrafamiliar: Ampliando y consolidando las intervenciones coordinadas del Estado y la Sociedad Civil*, San José, Costa Rica, OPS, 2001, pp. 9-10.

Violencia económica: limita el desarrollo, las necesidades y el normal desenvolvimiento o actividades del receptor de la violencia. Es cualquier acción u omisión del agresor que pone en riesgo la supervivencia económica, y porque no física, de la víctima. Se expresa con conductas dirigidas a limitar y controlar los ingresos y los gastos del receptor, como queda establecido en el artículo 6, fracción IV de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

Violencia patrimonial: por ejemplo, cuando el agresor destruye los bienes personales del otro, o cuando hace uso de los recursos económicos de la persona que está siendo víctima de la violencia, sólo para su propio beneficio y sin su consentimiento o bien con este último viciado por la violencia. En términos del artículo 6, fracción III de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, será cualquier acto u omisión que afecta la supervivencia de la víctima y que se expresa por medio de actos tendientes a la transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, documentos personales, bienes y valores, derechos patrimoniales o recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades e incluye los daños realizados a los bienes comunes o a los personales de la víctima.

Ciclo de la violencia familiar

El ciclo de la violencia familiar es un proceso perfectamente identificado por el que pasan el agresor y el receptor de violencia en su interrelación: consta de tres etapas la de acumulación, la de crisis o violencia y la de luna de miel. La etapa de acumulación consiste en la acumulación de tensiones, en las que el agresor va encontrando o buscando situaciones para justificar reaccionar con enojo, insultar, gritar haciendo responsable de ello a los receptores de violencia, mientras que estos últimos, teniendo disminuida su autoestima y su autoconfianza asumen, pasivamente, la responsabilidad de las situaciones que causan la violencia y, de esta forma, se empodera el agresor y se va incrementando la tensión. La etapa de violencia o crisis se presenta cuando la tensión rebasa el autocontrol del agresor y las reacciones ante cualquier evento son incontralables, ejecutando actos de violencia, en cualquiera de sus clases, contra el receptor, mientras que este último se subordina tratando de evitar más ataques de violencia. Para terminar la etapa de luna de miel, en la que pasados los episodios de violencia se presenta un periodo de calma, de tranquilidad, en la que el agresor se arrepiente manifestándolo al disculparse y prometiendo que no volverá a suceder y que cambiará; la víctima cree en las palabras del agresor y perdona, dándose un espacio de reconciliación de la pareja, y así se reinicia el círculo de la violencia, ya que se iniciará nuevamente la etapa de tensión.¹³

¹³Oficina de servicios para víctimas de la provincia de Manitoba, Winnipeg, Canadá, disponible en http://www.gov.mb.ca/justice/domestic/cycleofviolence/cycleofviolence_Spanish.pdf. Consultado el 8 de mayo de 2016.

Agresores y receptores de violencia familiar

De acuerdo con las leyes de violencia familiar, así como con los códigos civiles o familiares y penales de las entidades federativas los agresores y receptores de violencia pueden ser en términos generales:

1) *Leyes de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar*: Generadores de violencia familiar: son aquellas personas que realizan actos de maltrato físico, verbal, psicoemocional o sexual hacia otras personas con la que tengan o hayan tenido algún vínculo familiar.

Receptores de violencia familiar: las personas que sufren el maltrato físico, verbal, psicoemocional o sexual en cualquier ámbito de su desarrollo físico, psicológico o sexual, por personas con la que tengan o hayan tenido algún vínculo familiar.

2) *Códigos civiles o familiares*: Cualquier miembro de la familia; es decir, las personas que se encuentran unidas, unas a otras, por una relación de matrimonio, concubinato o por un lazo de parentesco de sangre, en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, o bien, colateral o afín hasta el cuarto grado, o aquellos unidos por el parentesco civil. Se establece que también serán agresores aquellos que ejecuten actos de violencia familiar contra los miembros de la familia cuando tienen a su cargo su guarda y custodia, protección, educación, instrucción o cuidado, siempre que el agresor y el receptor convivan o hayan convivido en la misma casa.

3) *Códigos penales*: El o la cónyuge, el o la excónyuge, la concubina, la exconcubina, el concubinario o el ex concubinario; el pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin límite de grado, o el pariente colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado; el adoptante o adoptado; el incapaz sobre el que se es tutor o curador; y la persona con la que se haya constituido sociedad en convivencia.

También lo serán los que realicen cualquiera de los actos de violencia familiar en contra de las personas que estén sujetas a su custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado o con quien tenga una relación de hecho o la haya tenido en un periodo hasta de dos años antes de la comisión del acto u omisión y que son: aquellos que mantengan una relación de pareja, aunque no vivan en el mismo domicilio, se encuentren unidos por una relación de padrinazgo o madrinazgo; los que se incorporen a un núcleo familiar aunque no tengan parentesco con alguno de sus integrantes; los que tengan relación con los hijos de su pareja, siempre que no los hayan procreado en común, y los que tengan relación con la pareja de alguno de sus progenitores.

Cabe señalar por su importancia, atendiendo a la vulnerabilidad de las víctimas de violencia familiar y siguiendo el criterio de las legislaciones más avanzadas, que este delito se perseguirá por querrela; es decir, a petición de parte, excepto cuando: la víctima sea menor de edad, incapaz o no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho; la víctima presente una discapacidad sensorial, física o mental, total o parcial, temporal o permanente; la víctima sea una mujer en estado de embarazo o durante los tres meses posteriores al parto; se cometa con la participación de dos o más

personas; se cometa con el uso de armas de fuego o punzocortantes; deje cicatriz permanente en alguna parte del cuerpo; se tengan documentados antecedentes o denuncia de violencia familiar cometidos por el mismo agresor contra la víctima, y cuando haya una imposibilidad material de la víctima de denunciar.

Características del agresor y del receptor de violencia familiar

El comportamiento de las personas involucradas en actos de violencia familiar está determinado por ciertas características que se identifican en ellos y que nos hablan del problema de autoestima y de la forma disfuncional de relacionarse:

1) *Agresor*: falta de seguridad en sí mismo, que proyecta a través de la realización de actitudes autoritarias al relacionarse con otros; dificultad para comunicarse o comunicar lo que piensan y sienten; sin capacidad y aptitudes para resolver los problemas o conflictos pacíficamente. Definitivamente, todo lo anterior nos habla de la existencia de baja autoestima, que finalmente se refleja en las relaciones familiares por ser en donde menos se expone al escrutinio de los demás, por darse en el ámbito de lo privado. Al final no le es necesario asumir la responsabilidad de los actos de violencia, ya que en su visión todos lo provocan o bien, encuentra justificación en las conductas de otros en las que no halla satisfacción.¹⁴

2) *Receptores de violencia*: también con problemas de autoestima, intensificados por la conducta del agresor, que favorecen pensamientos y sentimientos de culpa, incapacidad, subordinación y temor. Subestiman los actos de violencia que sufren y tienen conflicto para aceptar que son víctimas de un problema muy grave que les impide su sano desarrollo integral, personal, familiar y social. Son introvertidos y tienden a aislarse o ser aislados de su familia, amigos, inclusive de su lugar de trabajo, así como de personas o lugares que puedan proporcionar información y apoyo para poder superar el problema de la violencia familiar, ya que este tipo de limitaciones constituyen un mecanismo de control.¹⁵

Factores que desencadenan la reproducción de la violencia familiar:

Uno de los aspectos que pueden determinar que una persona sea agresor en el fenómeno que nos ocupa es el que haya sido víctima de violencia durante su infancia.¹⁶ Actualmente se ha comprobado que los niños, niñas y adolescentes receptores de la

¹⁴Molina Castro, Gloria M. y Fernández, Antonio, *Perfil del agresor de violencia doméstica*, Gurabo, Puerto Rico, Institute for Individual Group and Organizational Development, Inc., Programa A.F.A.N.A., 2005, pp. 6-8.

¹⁵Redondo Illescas, Santiago y Pueyo, Antonio Andrés, “Perfil y tratamiento del maltratador familiar”, *Cuadernos de la Guardia Civil-Revista de seguridad pública*, España, No. 30, 2004, pp. 25-36.

¹⁶Zarza Martín, Beatriz, *Los menores ante la violencia doméstica*, Salamanca, España, Universidad de Salamanca, 2011, pp. 22-23.

violencia familiar o testigos de ella, si son detectados y tratados física, afectiva y psicológicamente durante su infancia, pueden llegar a desarrollar una vida normal sin reproducir el ciclo de la violencia.

Existen factores sociales, económicos y de salud que pueden determinar, frecuentemente aunque no en todos los casos, la presencia de actos de violencia familiar, como por ejemplo: el divorcio, diferencias entre familiares, uniones matrimoniales o de hecho no aceptadas, padres solteros, los hogares resultado de familias nucleares reconstruidas, dobles jornadas trabajo, desempleo, bajos sueldos, así como cualquier otro factor que genere estrés en la familia. También se puede considerar la presencia de personas con discapacidad o enfermedades crónico degenerativas, hijos no deseados, niños con problemas de conducta, concentración o aprendizaje, como déficit de atención y/o la hiperactividad, entre otros.¹⁷

Las toxicomanías y el alcoholismo son factores que suman a la conducta violenta del agresor, ya que ayudan a eliminar la inhibición para manifestar sus estados de ánimo, sus frustraciones y sus deseos de agresión como respuesta al medio que lo rodea.

También la jerarquía entre los miembros de la familia, entendida como el producto de algunas prácticas culturales, usos y costumbres, así como sustentada en un sistema patriarcal, es un factor que tiende a fijar las reglas de convivencia y conducta en la familia y que establecen, por ejemplo, la obediencia, las actividades a realizar, los roles y estereotipos de los integrantes de la familia, el respeto, como quiera que sea entendido, las obligaciones y responsabilidades bajo las que se vivirá, y que quedan sujetas al reconocimiento, aprobación o desaprobación de quien detenta la más alta jerarquía en el hogar, que en este caso es el agresor.

Consecuencias de la violencia familiar:

Además del daño causado de forma física, psicológica, sexual, económica o patrimonial a los receptores de violencia, también se pueden ver repercusiones más generales en el ámbito del desarrollo humano que los afecta en su interrelación familiar, social y en el mismo desarrollo del Estado, como problema de salud, laboral, económico, jurídico, social.

1. La violencia intrafamiliar es una barrera para el desarrollo económico y social del país. Estudios recientes desarrollados por el Banco Interamericano de Desarrollo, han comprobado que las mujeres que son víctimas de violencia doméstica son menos productivas en el trabajo. Esta menor productividad representa una pérdida directa para la producción nacional, tanto del sector privado como del público.
2. La violencia contra la esposa afecta a los hijos e hijas, causando bajo rendimiento escolar, laboral y en las relaciones mutuas. La familia que cotidianamente recurra a la violencia, sin querer propondrá conductas que afectarán comportamientos sociales y serán la base de conductas delictivas. El maltrato deteriora el amor propio, disminuyendo así la autoestima. Cuando la presión es continua, la víctima es vulnerable al alcoholismo,

¹⁷Secretaría de Salud, *Informe Nacional sobre Violencia y Salud*, México, SSA, 2006, p. 20.

depresión, con intentos de suicidio. Las mujeres maltratadas se convierten en agresoras de otros miembros más vulnerables de su grupo.¹⁸

Ello igual aplica para el caso de los varones, ya que ellos también son víctimas de roles y estereotipos sociales y culturales que los afectan en su derecho a una vida libre de violencia, en este caso en la familia, cuando se encuentran bajo el yugo de la violencia familiar.

Conferencias de Derechos Humanos vinculadas al problema de la violencia familiar con una perspectiva de género

Los Derechos Humanos nacen como resultado de la imperante lucha por el reconocimiento y defensa de la dignidad humana y de las libertades fundamentales de las personas. Pero fue hasta después de la Segunda Guerra Mundial y con la creación de la Organización de las Naciones Unidas, cuando se expresa una conciencia, que produce cambios estructurales en la comunidad internacional, sobre la importancia de los derechos humanos y de la necesidad de vigilar el debido respeto, goce y disfrute de los mismos por todas las personas del mundo.

El trabajo de las Naciones Unidas comienza sin dilación y se refleja en una serie de instrumentos jurídicos de derechos humanos reconocidos como de carácter universal, entre los cuales se encuentran la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, de Derechos Civiles y Políticos. En el mismo sentido se reproduce esta actividad al nivel regional con la aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Estos esfuerzos no fueron suficientes para que se diera un efectivo reconocimiento y protección de los derechos humanos de todas las personas, en particular de las mujeres. Se continuaban haciendo distinciones o cometiendo actos de discriminación que les impedían la plena aplicación de los principios establecidos en ellos; se presentaba el problema fundamental de que la mujer sufría, como continúa sucediendo, de la violación a su derecho a una vida libre de violencia, así como al de igualdad y no discriminación, esto en virtud de su condición de ser mujer.

Por ello, la necesidad de celebrar conferencias especializadas y de crear instrumentos dirigidos a la protección de los derechos fundamentales de las mujeres, que aborden, entre otros problemas los de violencia y la discriminación contra la mujer, ya que se afirmó que la discriminación y la violencia son un impedimento para la paz, el desarrollo y adelanto de la mujer, así como un obstáculo para el acceso, goce y ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

¹⁸Herrera, Ernesto, “La violencia familiar y los Derechos Humanos”, en Jiménez, María (coord.), *Violencia Familiar en el Distrito Federal*, México, Universidad de la Ciudad de México y la Dirección General de Equidad y Desarrollo Social, D.F., 2003, pp. 42-43.

Conferencias internacionales de carácter universal

Son las conferencias especializadas organizadas por las Naciones Unidas, en las que, en este caso, se abordan los derechos de la mujer y problemas en su ejercicio, entre otros, la violencia contra la mujer, incluyendo la familiar y la discriminación, dándole seguimiento a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.

Beijing +5¹⁹ a +20

En junio de 2000 se convocó a una reunión extraordinaria a la que se denominó Beijing+5, para dar seguimiento a los compromisos de la Cuarta Conferencia sobre la Mujer de 1995. Durante las sesiones se expresó la preocupación por no lograr los avances esperados, lo que dio origen a un documento al que se llamó Declaración Política y Nuevas Medidas e Iniciativas para la Aplicación de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, Nueva York, 2000. Como resultado de este trabajo se plantearon recomendaciones destinadas a enfrentar y superar los obstáculos que se identificaron para evitar la discriminación y la violencia contra la mujer, objetivos fundamentales de la Conferencia de Beijing.

Se subraya, nuevamente, la importancia de prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres por éstas un obstáculo para el goce y ejercicio de sus derechos humanos, como queda expresado en el numeral 59:

La violencia contra las mujeres y las niñas es un gran obstáculo que impide lograr los objetivos de la igualdad entre los géneros, el desarrollo y la paz. La violencia contra la mujer dificulta o anula el disfrute de sus derechos humanos y libertades fundamentales y supone una violación de esos derechos y libertades. La violencia basada en el género, como las palizas y otros tipos de violencia doméstica, los abusos sexuales, la esclavitud y la explotación sexual, la trata internacional de mujeres y niños, la prostitución forzosa y el acoso sexual, así como la violencia contra la mujer basada en los prejuicios culturales, el racismo y la discriminación racial, la xenofobia, la pornografía, la depuración étnica, los conflictos armados, la ocupación extranjera, el extremismo religioso y antirreligioso y el terrorismo, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y deben ser combatidos y eliminados.

Los Estados Parte confirman su compromiso de tomar más medidas en todos los ámbitos de la vida del Estado y de las mujeres para superar los obstáculos y alcanzar los objetivos de la Plataforma de Acción. Así las cosas, entre las medidas comprometidas más sobresalientes se encuentran las siguientes:

¹⁹Naciones Unidas, Reunión celebrada en el Vigésimo Tercer Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General, Nueva York, 2000, A/RES/S-23/3.

68:

j) Adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación y la violencia contra las mujeres y las niñas por parte de cualquier persona, organización o empresa.

k) Adoptar las medidas necesarias en relación con el sector privado y las instituciones educativas para facilitar y mejorar el cumplimiento de las Leyes no discriminatorias.

69:

a) Como cuestión prioritaria, examinar y revisar la legislación, cuando proceda, con miras a introducir una legislación eficaz, en particular sobre la violencia contra la mujer, y adoptar otras medidas necesarias para velar por que se proteja a todas las mujeres y las niñas contra todas las formas de violencia, física, psicológica y sexual y se les permita recurrir a la justicia.

b) Procesar a los responsables de cualesquiera formas de violencia contra las mujeres y las niñas e imponerles condenas adecuadas, y adoptar medidas encaminadas a ayudar y motivar a los que perpetrar tales actos a que interrumpan el ciclo de la violencia y tomen medidas para proporcionar medios de reparación a las víctimas.

c) Tratar todas las formas de violencia contra mujeres y niñas de todas las edades como delito punible por la Ley, incluida la violencia basada en todas las formas de discriminación.

d) Establecer leyes y fortalecer los mecanismos apropiados para encarar las cuestiones penales relativas a todas las formas de violencia en el hogar, incluso la violación en el matrimonio y los abusos sexuales contra mujeres y niñas, y procurar que tales casos sean llevados rápidamente ante la justicia.

e) Preparar, aprobar y aplicar plenamente leyes y otras medidas que se consideren convenientes, como políticas y programas educativos, para erradicar las prácticas consuetudinarias o tradicionales nocivas, entre ellas, la mutilación genital femenina, los matrimonios tempranos y forzados y los delitos denominados de honor que vulneran los derechos humanos de mujeres y niñas y constituyen obstáculos para el pleno disfrute por la mujer de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales, e intensificar los esfuerzos, en cooperación con los grupos locales de mujeres, para crear conciencia a nivel colectivo e individual de la manera en que esas nocivas prácticas tradicionales o consuetudinarias vulneran los derechos humanos de la mujer.

f) Seguir realizando investigaciones para lograr una mejor comprensión de las causas fundamentales de todas las formas de violencia contra la mujer, a fin de formular programas y tomar medidas para eliminar esas formas de violencia.

g) Tomar medidas para hacer frente, por medio de políticas y programas, al racismo y a la violencia contra mujeres y niñas por motivo de raza.

h) Adoptar medidas concretas, como cuestión prioritaria y con su participación plena y voluntaria, para hacer frente a las consecuencias de la violencia contra las mujeres indígenas a fin de poner en práctica programas y servicios eficaces y adecuados para eliminar todas las formas de violencia.

i) Promover el bienestar mental de mujeres y niñas, integrar los servicios de salud mental en los sistemas de atención primaria, elaborar programas de apoyo que tengan en cuenta las cuestiones de género y capacitar a los trabajadores sanitarios para que reconozcan los casos de violencia basada en el género y presten asistencia a las niñas y mujeres de todas las edades que hayan experimentado cualquier forma de violencia.

j) Adoptar y promover un enfoque integrado para responder a todas las formas de violencia y de abusos contra las niñas y mujeres de todas las edades, incluidas las niñas y las mu-

jeros con discapacidades, así como las mujeres y niñas vulnerables o marginadas, a fin de satisfacer sus diferentes necesidades, incluidas la educación, la prestación de servicios adecuados de atención médica y de servicios sociales básicos.

k) Aprobar y promover un enfoque integral para combatir la violencia contra la mujer en todas las etapas y circunstancias de su vida.²⁰

En las reuniones de Beijing+10,²¹ Beijing+15²² y Beijing+20²³ se continúa dando seguimiento a la Plataforma de Beijing de 1995 y en ellas los Estados Parte reafirmaron los compromisos de la Declaración de Beijing y Beijing+5. Se subraya nuevamente la importancia de las acciones y medidas para superar los obstáculos que persisten y los nuevos desafíos para incorporar a la mujer al desarrollo garantizando la no discriminación y la eliminación de la violencia de la que es objeto.

La IV Conferencia Mundial sobre la Mujer: Conferencia de Beijing

Esta Conferencia surgió como una inquietud por evaluar la situación y el real ejercicio y reconocimiento de los derechos de la mujer a fines del milenio.²⁴ En la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, se establece que uno de los objetivos fundamentales es el de promover la igualdad y el desarrollo para todas las mujeres.²⁵ Igualmente, que como parte de los compromisos se encuentran los de defender los derechos y dignidad de la mujer, así como todos aquellos derechos humanos estipulados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, especialmente los contenidos en los instrumentos de género como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer. Del mismo modo, hace énfasis en que éstos son parte integral e indivisible de todos los derechos y libertades fundamentales reconocidas.

Se establecen los compromisos dirigidos a diseñar, aplicar y vigilar, en todos los niveles, políticas, medidas y programas que cuenten con una perspectiva de género tendiente a promover el desarrollo y adelanto de la mujer; a garantizar a la mujer todos los derechos humanos y a implementar las que sean necesarias para prevenir, erradicar y sancionar las violaciones a esos derechos, así como a todas la formas de discriminación y violencia contra la mujer.²⁶ Por cuanto al aspecto concreto de la violencia contra

²⁰Naciones Unidas, Declaración y Plataforma de Acción de Beijing/ Declaración Política y Documentos Resultados de Beijing+5, Nueva York, ONU-Mujeres, 2014, pp. 271-274.

²¹Naciones Unidas, Reunión celebrada en la 49a. sesión de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, Nueva York, 2005, ECE/AC.28/2004/3/Add.1.

²²Naciones Unidas, Reunión celebrada en el 54º periodo de sesiones. Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, Nueva York, 2010, E/2010/27 E/CN.6/2010/11.

²³Naciones Unidas, Reunión celebrada en el 59º periodo de sesiones. Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, Nueva York, 2015.

²⁴Consejo Nacional de Población, IV Conferencia Mundial sobre la Mujer: alcances y resultados; acción para la igualdad, el desarrollo y la paz, México, CONAPO, octubre de 1995, p. 1.

²⁵Ver Naciones Unidas, Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer: Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, editado como el documento A/CONF.177/20, 1995, celebrada en Beijing, China, del 4 al 15 de septiembre de 1995.

²⁶*Ibidem*, p. 8.

la mujer, señala de forma muy precisa, que ésta representa un obstáculo para lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz consignados como la esencia de la IV Conferencia. También que es un elemento que limita el ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales y que para garantizar su reconocimiento y aplicación se deben aplicar medidas urgentes. Define la violencia contra la mujer como:

[...] todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada. Por consiguiente, la violencia contra la mujer puede tener, entre otras, las siguientes formas:

- a) La violencia física, sexual o psicológica en la familia, incluidos los golpes, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital y otras prácticas tradicionales que atentan contra la mujer, la violencia ejercida por personas distintas del marido y la violencia relacionada con la explotación;
- c) La violencia física, sexual o psicológica perpetrada o tolerada por el Estado dondequiera que ésta ocurra.²⁷

Una de las medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia de género, cualquiera que sea el espacio en que se ejecute, incluyendo la que se da en la familia, se refiere al desarrollo de programas y procedimientos especializados y específicos que atiendan el problema. En el mismo sentido, se señala que para lograr este objetivo hay que eliminar las prácticas y costumbres que justifican la violencia contra la mujer, y en su caso suprimirlas, condenarlas y sancionarlas. También se establece la obligación, a corto y mediano plazo, de la revisión y análisis periódico de la legislación; al igual que la de tomar todas las medidas legislativas, jurídicas, administrativas o de la índole que sean necesarias tanto para investigar como para sancionar los actos de violencia.

Subraya que la violencia contra la mujer constituye una violación a los derechos humanos, así como un obstáculo para el disfrute de tales derechos, por lo que confirma el deber de cumplir con lo establecido en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Declaración sobre Violencia contra la Mujer, e insta a los Estados Parte a adoptar medidas urgentes para combatir y erradicar la violencia contra la mujer.²⁸

La Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social

Durante la Cumbre se elabora y aprueba el Informe y Declaración de Copenhague,²⁹ presenta los problemas que desde el punto de vista económico y social afectan a la comunidad internacional, en la que se planteas acciones a las que se comprometen los Estados Parte para resolver las situaciones prioritarias en la materia.

²⁷ *Ibidem*, p. 60.

²⁸ *Ibidem*, p. 120.

²⁹ Naciones Unidas, Informe de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, publicado como documento A/CONF/166/9, Copenhague, 1995.

Son prioridad de la Declaración trabajar por la equidad y la igualdad del hombre y a mujer tanto en la vida pública y privada como en el desarrollo tanto individual como colectivo, el respeto a la dignidad humana, a la no discriminación, el acceso a la justicia social; en el respeto y la solidaridad social y humana estableciendo acciones para la tolerancia y la aceptación ante las diferencias.³⁰

Dota a la familia de importancia como célula básica de la sociedad y confirma la protección fundamental que se debe a ella y a sus integrantes.³¹ En el mismo sentido resalta la necesidad de proteger y garantizar los derechos humanos y libertades fundamentales, reconocidos en instrumentos generales y especiales de derechos humanos, de los integrantes de la familia.³² Reafirma la importancia de la mujer así como de su empoderamiento para el desarrollo.³³ Se establece entre los compromisos,³⁴ uno muy importante, la creación de un entorno jurídico que permita el desarrollo social a través de la promoción de la igualdad y la equidad entre el hombre y la mujer, el pleno respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, el acceso a la justicia, la eliminación de todas las formas de discriminación y violencia.³⁵

Otros compromisos que incluyen el combate a la violencia en el núcleo familiar, la igualdad del hombre y la mujer en la vida familiar, combatir y eliminar todas las formas de discriminación, malos tratos y violencia contra las mujeres y las niñas, de conformidad con los instrumentos y las declaraciones internacionales pertinentes y a promover el pleno respeto de la dignidad humana y a lograr la plena igualdad del hombre y la mujer, así como la equidad entre los mismos.³⁶

La violencia familiar es tratada como un problema social que atenta contra el desarrollo de los países, de las comunidades y las personas:

69. Además, la violencia en sus diversas manifestaciones, entre ellas, la violencia en el hogar, especialmente contra las mujeres, los niños, las personas de edad y las personas con discapacidades, constituye una amenaza creciente a la seguridad de las personas, las familias y las comunidades en todas partes [...].

En este mismo rubro se hace referencia a las acciones para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer,³⁷ y señala la obligación de crear y aplicar políticas públicas para eliminar todas las formas de violencia, en particular la que se presenta en el hogar, incluyendo acciones para controlar prácticas tradicionales o habituales nocivas, y se deberían incluir medidas preventivas y de rehabilitación de las víctimas.³⁸

³⁰Ver numeral 26 inciso f), Informe de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social.

³¹Ver numeral 26 inciso h), Informe de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social.

³²*Ibidem*, inciso j).

³³*Ibidem*, inciso s).

³⁴Ver descriptor C. Compromisos, Informe de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social.

³⁵*Ibidem*, C. Compromisos, numeral 28, inciso a).

³⁶Informe de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, nota 19, p. 16.

³⁷*Ibidem*, numeral 69, pp. 70-71.

³⁸Ver apartado F, numeral 79.

Relativo a las responsabilidades de familia, se establece que el hombre y la mujer deben ser considerados en igualdad de condiciones, y que la ayuda a la familia debe consistir en la creación y el impulso de políticas sociales y económicas destinadas a satisfacer las necesidades de la familia y sus integrantes.³⁹

Conferencia de Viena sobre Derechos Humanos

En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos⁴⁰ se incluyó en la agenda el tema de la violencia de género, y se establece que la eliminación de la violencia contra la mujer es una obligación de derechos humanos. También que la violencia contra la mujer representa imponer a la mujer cargas que no le permiten su desarrollo y el libre ejercicio de sus derechos, por lo que es fundamental eliminar prejuicios sexistas y las consecuencias negativas de la aplicación de prácticas tradicionales o costumbres y de prejuicios culturales.⁴¹

La violencia y todas las formas de acoso y explotación sexuales, en particular las derivadas de prejuicios culturales [...], son incompatibles con la dignidad y la valía de la persona humana y deben ser eliminadas. Esto puede lograrse con medidas legislativas y con actividades nacionales y cooperación internacional en esferas tales como el desarrollo económico y social, la educación, la atención a la maternidad, la salud y el apoyo social.⁴²

Conferencia de El Cairo

La Conferencia sobre Población y Desarrollo⁴³ abordó el tema sobre el desarrollo de la mujer en general, así como de temas de salud, igualdad y equidad entre el hombre y la mujer, y la necesidad de eliminar la violencia contra la mujer, estableciendo nuevamente que la familia debe ser considerada como la base de la sociedad; por ende, debe estar protegida adecuadamente por el Estado, implicando esto el debido tratamiento que se debe dar a la mujer en la familia y la sociedad por la importancia que ésta tiene en el desarrollo de ambos. Plantea el compromiso de la comunidad internacional para eliminar la discriminación, que se manifiesta particularmente como violencia contra la mujer, mediante medidas tendientes a prevenirla y erradicarla, como son las legislativas, de educación, de comunicación social, de estudio e investigación, que permitan crear programas de acción eficientes en la lucha contra este fenómeno y en la protección de las víctimas. Esto también tiene fundamento en que se considera que

³⁹Ver apartado G, numerales 80 y 81(a).

⁴⁰Celebrada en Viena del 14 al 25 de junio de 1993.

⁴¹Ver Naciones Unidas, Informe de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Plataforma de Acción de la Conferencia de Viena, numeral 38. Documento publicado como A/CONF.157/73.

⁴²*Idem.* Numeral 18.

⁴³Celebrada en El Cairo del 5 al 13 de septiembre de 1994.

éste es un problema que incumbe al Estado, ya que impide el logro de los ideales constitucionales de igualdad y desarrollo de todos los ciudadanos.

Conferencia sobre las estrategias de Nairobi

La reunión de que hablamos fue llamada La Conferencia Mundial para el Examen y la Evaluación de los Logros del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz;⁴⁴ en ella se planteó que la situación de la mujer, así como la disminución de la discriminación que se ejerce sobre ella, había sido mínima. Fue un esfuerzo más de las Naciones Unidas por recomendar y proponer a los Estados Parte la implementación de políticas y medidas administrativas, legislativas, económicas y culturales con el fin de crear una infraestructura legal, judicial, asistencial, jurídica y de trabajo social para la atención de mujeres víctimas de violencia, incluida la familiar, así como en aspectos de salud, trabajo, educación, etcétera, que serían puestas en práctica de entonces hasta el año 2000, y que permitiría alcanzar una cultura de respeto y conciencia social en torno a la mujer y su adelanto y pleno desarrollo en la sociedad y el mundo:

[...] la violencia doméstica [así como la de cualquier otra clase] es un problema complejo que constituye una ofensa intolerable para la dignidad de los seres humanos. [...] y debe reconocerse que los malos tratos infligidos a familiares constituyen un problema de graves consecuencias sociales que se perpetúan de una generación a otra.⁴⁵

Conferencia Internacional de la Mujer

Finalmente, podemos señalar la Conferencia Internacional de la Mujer.⁴⁶ Esta Conferencia se organizó con el fin de celebrar el Año Internacional de la Mujer. Como parte de los temas que se trataron, se habló sobre la situación y roles de mujeres y hombres, así como de los obstáculos que se presentan para la práctica de la igualdad de derechos y oportunidades.

Conferencias y mecanismos internacionales de carácter regional

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe, en 1991, adopta la Resolución “Mujer y Violencia”, en la que se declara y reconoce a la violencia contra la mujer, como uno de los obstáculos para el desarrollo y para el goce y ejercicio de los derechos humanos.⁴⁷

⁴⁴Celebrada en Nairobi, Kenia, del 15 al 26 de julio de 1985.

⁴⁵Naciones Unidas, *Violence against women in the family*, New York, 1989, p. 3.

⁴⁶Celebrada en México del 19 de junio al 2 de julio de 1975.

⁴⁷Morrison, Andrew R. y Loreto Biehl, *El costo del silencio: violencia doméstica en las Américas*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 1999, p. 107.

Se han efectuado diversas reuniones para dar seguimiento, entre otros temas de importancia en la región, a los compromisos de género en cumplimiento de la Convención de Belém Do Pará, como son los relativos a la eliminación de la discriminación, de la violencia, a promover el desarrollo y la equidad de la mujer y sus derechos humanos. Entre estas reuniones están las que llevan el nombre de Cumbre de las Américas y ha sido convocada en siete ocasiones: La I Cumbre de las Américas, del 9 al 11 de diciembre de 1994, en Miami, Estados Unidos. La II Cumbre de las Américas del 18 al 19 de abril de 1998, en Santiago de Chile. La III Cumbre de las Américas del 20 al 22 de abril de 2001, en la Ciudad de Québec, Canadá. La IV Cumbre de las Américas, del 4 al 5 de noviembre de 2005, en Mar del Plata, Argentina. La V Cumbre de las Américas, del 17 al 19 de abril de 2009, en Puerto España, Trinidad y Tobago. La VI Cumbre de las Américas del 14 al 15 de abril de 2012, en Cartagena de Indias, Colombia. La VII Cumbre de las Américas del 10 al 11 de abril 2015 en Panamá.⁴⁸

También se encuentra el Programa de Acción Regional para las Mujeres de América Latina y el Caribe:⁴⁹

Fija entre sus objetivos la consolidación del pleno respeto por los derechos humanos de las mujeres de la región, otorgando prioridad a la eliminación de este tipo de violencia y de la discriminación por razón del sexo. Plantea la necesidad de sensibilizar a los medios de comunicación para erradicar, en sus representaciones, imágenes discriminatorias de las mujeres.⁵⁰

Se cuenta con la Conferencia Regional sobre la Mujer, que es parte de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe y tiene como función dar seguimiento a la condición de la mujer, identificar sus necesidades y vigilar los compromisos de derechos humanos y género de la región. Se convoca cada tres años y en atención a los resultados de la evaluación que se hace de los aspectos anteriores, presenta el espacio para el debate y establecer recomendaciones al logro de tales objetivos.

Se han realizado 12 conferencias regionales sobre la Mujer de América Latina y el Caribe:

La Primera Conferencia Regional sobre la Integración de la Mujer en el Desarrollo Económico y Social de América Latina fue celebrada en La Habana en 1977; la Segunda Conferencia Regional en Macuto, Venezuela en 1979; la Tercera se organizó en México en 1983; la Cuarta se realizó en Guatemala en 1988; la Quinta en Curazao en 1991; la Sexta en Mar del Plata en 1994; la Séptima en Santiago de Chile en 1997; la Octava Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe en Lima,

⁴⁸Organización de los Estados Americanos, Resumen informativo, Cumbre Extraordinaria de las Américas e Igualdad de Género, celebrada en Monterrey, México, OEA, 2004, p. 1, disponible en <http://spanish.peopledaily.com.cn/n/2015/0408/c31617-8874984.html>. Consultado el 13 de mayo de 2016.

⁴⁹CEPAL, *Programa de Acción Regional para las Mujeres de América Latina y el Caribe, 1995-2001 (LC/G.1855)*, Santiago de Chile, enero de 1995.

⁵⁰Consejo Nacional de la Mujer, *La mujer y la Violencia en la República Argentina: Convenciones Internacionales. Legislación Nacional y Provincial. Desafíos*, Buenos Aires, CNM en colaboración con el Programa Regional Piloto contra la Violencia Familiar, 2002, pp. 8-9.

Perú en el año 2000; la Novena nuevamente el la Ciudad de México en 2004; la Décima en Quito en 2007; la Onceava Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe en Brasilia en 2010; y por último, la Doceava Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe en Santo Domingo en 2013.⁵¹

De entre los contenidos de las conferencias sólo resaltaremos los correspondientes a la XII Conferencia sobre la Mujer, por ser los más actuales y en seguimiento respecto al tema específico de la violencia contra la mujer. Se celebró en Santo Domingo, en el año de 2013, en su informe final y compromisos⁵² se plantea todo un inciso dedicado a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer de la siguiente forma:

D. Igualdad de género y eliminación de la violencia contra las mujeres

1. Hacer efectivas las políticas nacionales y locales y adoptar medidas preventivas, penales, de protección y atención para lograr la erradicación de todas las formas de violencia y estigmatización contra las mujeres, niñas, adolescentes, jóvenes, adultas mayores, indígenas, afrodescendientes, rurales, LGBTTI y mujeres con discapacidad e incluir el uso efectivo de las tecnologías de la información y las comunicaciones con un enfoque intercultural, con el fin de lograr una mayor inclusión e igualdad para todas las mujeres;

81. Hacer efectivas también leyes y políticas nacionales que combatan la violencia contra las mujeres y las niñas en los medios y en el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, considerando la naturaleza y los riesgos en estos espacios y la mayor vulnerabilidad de las mujeres en toda su diversidad;

82. Asegurar en los servicios de salud que todas las mujeres sean atendidas sin ninguna violencia, en particular la violencia que ocurre durante los partos conocida como violencia obstétrica;

83. Crear espacios de articulación para fomentar el compromiso conjunto de las instituciones públicas y privadas que intervienen en la ruta crítica de prevención, atención y sanción en respuesta a todas las formas de violencia contra las mujeres, las niñas, las adolescentes, las jóvenes y las adultas mayores;

84. Adoptar nuevas estrategias que garanticen respuestas institucionales eficaces para inducir cambios rápidos y significativos en los factores estructurales que inciden en la violencia contra las mujeres y las normas socioculturales y simbólicas que la perpetúan, fortaleciendo los mecanismos de prevención, persecución, sanción y reparación, e incluir el uso efectivo de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las medidas de protección que brindan las autoridades judiciales competentes;

85. Apoyar el desarrollo y la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones y de las redes sociales como recursos para el empoderamiento de las mujeres y las niñas, incluidos el acceso a la información sobre la prevención y las formas de enfrentar la violencia contra ellas;

86. Diseñar mecanismos, incluidos los legislativos, y sanciones destinados a combatir la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones y de las redes sociales para cometer actos violentos contra las mujeres y las niñas, en particular, el uso con

⁵¹ <http://www.cepal.org/cgibin/getprod.asp?xml=/mujer/noticias/paginas/8/28478/P28478.xml&xsl=/mujer/tpl/p18fst.xsl&base=/mujer/tpl/top-bottom.xsl>

⁵² Para más información ver CEPAL, *Informe de la XII Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe LC/L.3789*, 2014.

finés delictivos para el acoso sexual, la explotación sexual, la pornografía infantil y la trata de mujeres y niñas, y las nuevas formas de violencia, como el acoso y la intimidación cibernéticos y las violaciones de la privacidad que ponen en peligro la seguridad de las mujeres, niñas, adolescentes, jóvenes, adultas mayores, indígenas, afrodescendientes, rurales, LGBTTI y mujeres con discapacidad;

87. Garantizar el acceso efectivo a la justicia y a la asistencia jurídica gratuita y de calidad para las mujeres que sufren violencia, y capacitar y sensibilizar, desde un enfoque de género, a las personas facultadas para impartir justicia, así como a la policía y a otros cuerpos responsables de la seguridad;

88. Promover la reforma de sistemas legales y la modificación de leyes que generen exclusión o daño, y garantizar la eliminación de todas las barreras sistémicas que impiden el acceso efectivo a la justicia;

89. Asegurar que en las políticas de seguridad pública se incluyan medidas específicas para prevenir, investigar, sancionar, penalizar y erradicar la violencia contra las mujeres, niñas, adolescentes, jóvenes y adultas mayores, y los feminicidios/femicidios, con el objetivo de procurar una vida libre de violencia, así como promover la adopción de protocolos regionales y la eliminación de obstáculos legales para el acceso de las víctimas a la justicia y a una reparación;

90. Adoptar las medidas, incluso de carácter legislativo, necesarias para prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de trata y tráfico de mujeres, adolescentes, jóvenes, niños y niñas, para la explotación sexual y laboral o cualquier otro fin, acelerando la educación, capacitación y concientización pública con miras a desalentar la demanda que propicia cualquier forma de explotación y brindando a las víctimas identificadas de trata una protección y atención adecuadas, como refugio, servicios de rehabilitación y reinserción social, protección de testigos, capacitación laboral, asistencia letrada, atención médica confidencial, repatriación y asistencia para la regularización migratoria con el consentimiento informado de la persona objeto de la trata, independientemente de su participación en procesos judiciales;

91. Promover el respeto de los derechos humanos integrales de las mujeres, sin importar su condición migratoria, y establecer acuerdos de cooperación entre los países de origen, tránsito y destino de la migración indocumentada para ofrecer respuestas a los desafíos que ésta plantea en la región, incluido el acceso a la justicia, y medidas que garanticen a las mujeres migrantes la obtención de documentos de identidad y ciudadanía, con el fin de mejorar su situación laboral y facilitar su inclusión social tanto en el país de origen como en el de destino;

92. Integrar la atención a la violencia por motivos de género en todos los programas y servicios de salud sexual y salud reproductiva, salud materno-infantil, planificación familiar y servicios relacionados con mujeres portadoras de VIH/SIDA, sin olvidar el tratamiento de las enfermedades oportunistas y otras relacionadas con el VIH, para desarrollar una oferta de servicios de apoyo en instituciones y empresas y garantizar el derecho al trabajo y a una vida digna, como parte de una respuesta coordinada multisectorial;

93. Definir y desarrollar políticas públicas contra la discriminación y promover acciones afirmativas, sobre la base de un enfoque interseccional que abarque la lucha contra el sexismo, el racismo, el etnocentrismo, la homofobia y la lesbofobia;

94. Impulsar la creación de sistemas integrados nacionales y regionales de estadísticas sobre violencia contra las mujeres, incluida la ciberdelincuencia, para recopilar, compilar

y analizar datos sobre este flagelo, con particular énfasis en registros administrativos minuciosos, completos y oportunos, con miras a diseñar y reforzar las políticas públicas y los programas para prevenir, atender y sancionar la violencia de género;

95. Garantizar que todas las víctimas y sobrevivientes de violencia contra las mujeres (incluidos los hijos e hijas de las víctimas, así como las personas que de ellas puedan depender) tengan acceso inmediato a los servicios de atención integral, apoyo psicosocial y de salud mental, tratamiento de lesiones, refugio y atención después de una violación o agresión sexual, así como acceso a anticoncepción de emergencia y profilaxis para infecciones de transmisión sexual y servicios seguros de aborto en los casos de violación sexual;

96. Diseñar un modelo de red de emergencias con interacciones desde el ámbito local para proteger la vida de las personas, la infraestructura y las operaciones de las redes y los servicios de seguridad y socorro, con el fin de contribuir a las labores de prevención, atención segura y recuperación de las mujeres sobrevivientes de agresiones y en caso de emergencias y desastres de origen natural y humano;

97. Definir políticas para enfrentar factores de vulnerabilidad de género en la atención de riesgos ante desastres de origen natural y humano y emergencias, y diseñar estrategias de prevención y atención con perspectiva de género garantizando la protección de las mujeres y las niñas;

98. Propiciar, favoreciendo la creación de redes estratégicas, que los medios de comunicación y los gremios de comunicadores y comunicadoras sociales se comprometan a proyectar una imagen positiva de las mujeres, superando los estereotipos y los contenidos violentos que reproducen la discriminación y la violencia contra las mujeres, niñas, adolescentes, jóvenes, adultas mayores, indígenas, afrodescendientes, rurales, LGBTTI y mujeres con discapacidad;

99. Consolidar una propuesta para erradicar las discriminaciones sexistas estructurales en el mundo rural, asegurando la igualdad económica, política y social entre los géneros, y emprender acciones inmediatas para garantizar el derecho de las mujeres rurales a una vida sin violencia y sin racismo;

100. Erradicar la violencia de género considerando que requiere un abordaje integral en varios frentes, desde la educación hasta la transformación de los patrones culturales y el fortalecimiento del movimiento de mujeres.⁵³

Por otro lado se encuentra el denominado Mecanismos de Seguimiento de la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (MESECVI). Nace como resultado del estudio que hiciera la Comisión Interamericana de Mujeres, en 2003, sobre el grado de cumplimiento de la Convención, ya que los resultados demostraron que se había cumplido parcialmente con los compromisos de la misma y que se debía promover su aplicación. Así las cosas, el 26 de octubre de 2004, el secretario general de la OEA aprobó el “Estatuto del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer Convención de Belém do Pará” (MESECVI).⁵⁴

El MESECVI es el organismo interamericano que da seguimiento a los compromisos adquiridos por los Estados que han ratificado la Convención de Belem Do Pará; que

⁵³ *Ibidem*, pp. 32-35.

⁵⁴ Para más información ver Faillace, Magdalena, *Mujer: contra la discriminación y la violencia, por el desarrollo social: documentos y reflexiones*, Buenos Aires, Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, 2007, p. 111.

coadyuva a la aplicación y ejecución de los objetivos contenidos en la Convención y que facilita la cooperación técnica entre los Estados Parte y el organismo. El MESECVI tiene dos áreas, la Conferencia de los Estados Parte, que es un órgano político integrado por representantes de los Estados, y el Comité de expertos o CEVI, área técnica integrada por especialistas en el tema de la violencia contra la mujer. Los Estados presentan sus informes sobre los avances en materia de violencia contra la mujer y el cumplimiento de la Convención y el Comité de expertos realiza el análisis y presenta un informe basado en dicho análisis.⁵⁵

Los Informes del MESECVI muestran cuatro problemas comunes en la región: a) Marco Jurídico, Legislación, Planes nacionales; b) Acceso a la Justicia; c) Presupuesto y d) Estadísticas. Esto como consecuencia de que se encontraron deficiencias en cuanto a la implementación de medidas jurídicas y legislativas y de todo orden para prevenir y condenar la violencia contra las mujeres, incluida la que se presenta en la familia, la que es considerada una violación a los derechos humanos.⁵⁶

Ya han pasado más de dos décadas de la ratificación de la Convención de Belém Do Pará y el diagnóstico señala que son pocos los países que tienen un marco jurídico que sin dificultad cumpla con los cometidos de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, en cualquier ámbito de su vida.

Instrumentos convencionales y no convencionales vinculados al problema de la violencia familiar con una perspectiva de género

En este punto realizaremos una síntesis de los contenidos fundamentales de estos instrumentos en materia de violencia contra la mujer y en particular la que sufre en el ámbito de la familia.

*Organización de las Naciones Unidas: Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)*⁵⁷

Como resultado de los trabajos realizados durante la Conferencia Mundial de la Mujer, en 1975, se crea un documento jurídicamente vinculante; es decir, una convención que hiciera cumplir; mediante su ratificación, los principios consagrados en la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Dicha convención estaría

⁵⁵Organización de los Estados Americanos, Reglamento del comité de expertas/os del mecanismo de seguimiento de la implementación de la convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “convención de belém do Pará”, Washington, D.C., OEA, documento OEA/Ser.L/II.7.10, MESECVI-IV/doc.196/13, 2013, pp. 1-2.

⁵⁶Para más información ver Segundo Informe de Seguimiento a la Implementación de las Recomendaciones del Comité de Expertas del MESECVI, Washington, D.C., Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI), 2014.

⁵⁷Firmada por México el 17 de julio de 1980, ratificada el 23 de marzo de 1981 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de 1981.

encaminada, fundamentalmente, a lograr la igualdad, el desarrollo, el adelanto y la participación de la mujer, en igualdad de condiciones que el hombre, así como alcanzar una vida libre de violencia, en todos los aspectos de su vida pública y privada, así como en su desarrollo.⁵⁸

Fue aprobada por la Asamblea General en 1979 y posterior a su ratificación por 20 países, en 1981, entró en vigor; así como al mismo tiempo el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, establecido en el artículo 17, quedó instalado y entró en funciones,⁵⁹ el considerando sexto del preámbulo de la Convención establece: “Preocupados, sin embargo, al comprobar que a pesar de estos diversos instrumentos las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones.” La Convención reitera el objetivo de alcanzar la dignidad y el valor de la persona humana, así como la igualdad de derechos del hombre y la mujer, sin distinciones por razones de sexo, estado civil, edad, etcétera.

También resalta el hecho de que la discriminación contra la mujer viola los principios de igualdad y del respeto de la dignidad humana, lo que, obstaculiza la participación y el desarrollo pleno en la vida de la mujer, elementos indispensables para alcanzar el bien común y la paz. Indica que para alcanzar la igualdad de la mujer es necesario cambiar los roles, estereotipos y prejuicios socioculturales que limitan a la mujer en un estilo de vida patriarcal y de subordinación.⁶⁰

Los primeros seis artículos establecen la realización y la aplicación de las medidas a seguir para lograr los objetivos de la Convención.

En este sentido, el artículo 1 nos define qué es discriminación contra la mujer de la siguiente manera:

A los efectos de la presente Convención la expresión “discriminación contra la mujer” denota toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

El artículo 2 de la Convención nos habla sobre las obligaciones de los Estados Parte para eliminar la discriminación contra la mujer, establecer en sus leyes fundamentales y secundarias el principio de igualdad del hombre y la mujer, adoptar las medidas necesarias, particularmente las legislativas, para prevenir, sancionar y erradicar la discriminación, garantizar el acceso a la justicia en la protección del derecho a no ser discriminada, evitar la discriminación por parte de los actores del Estado o de

⁵⁸Para más información ver Manual: Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer CEDAW, México, 4a. ed., Secretaría de Relaciones Exteriores, UNIFEM y PNUD, 2008, pp. 13 a 16.

⁵⁹*Idem.*

⁶⁰Párrafo 14 del preámbulo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

los integrantes de la sociedad, actualizar, modificar o derogar leyes que contengan practicas o preceptos normativos que impliquen discriminación.

El artículo 3 establece la obligación de tomar medidas, cualquiera que sea su clase, en todas las esferas de la vida y desarrollo de la mujer, para dar cumplimiento a lo estipulado en el artículo 2, y sin las cuales las mujeres no podrán gozar de los derechos consagrados en esta Convención y en los instrumentos generales de derechos humanos.

El artículo 5 plantea la obligación de tomar las medidas apropiadas para resolver el problema de la discriminación de la mujer desde su raíz, entre las que se encuentran modificar patrones culturales, los prejuicios y las prácticas consuetudinarias de cualquier tipo que que subordine a la mujer o que la encasille en actividades estereotipadas en su perjuicio. Así como la importancia de la educación de los hijos libres de de las prácticas, usos y costumbres estereotipadas y de la igual responsabilidad de los padres en la educación y en el hogar.

El artículo 4, en primer lugar, nos habla sobre la posibilidad de los Estados Parte, de adoptar medidas temporales (acción positiva), ya sean de carácter legislativo o administrativo que sean necesarias para garantizar la igualdad del hombre y la mujer, y que elimine y prevenga cualquier tipo de discriminación que impida, desconozca o limite los derechos y libertades fundamentales de la mujer. Por su parte, el artículo 6 nos habla de las formas para acabar con la explotación sexual y el tráfico de mujeres.

Fundamental en los artículos 15 y 16, señala la importancia y necesidad de garantizar el reconocimiento a la dignidad, la igualdad y al ejercicio de los derechos en las esferas civil y familiar a las mujeres.

Organización de los Estados Americanos: Convención de Belém Do Pará

La Organización de Estados Americanos ha realizado el documento que protege único en su especie a nivel mundial, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer. En 1990 la Comisión Interamericana de Mujeres comenzó un proceso de consulta,⁶¹ que tuvo como objetivo los trabajos para la regulación de la violencia contra la mujer en la región. Mientras esto sucedía, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos adoptó, en lo que serían los primeros avances y compromisos regionales en la materia, la Declaración sobre la Erradicación de la Violencia contra la Mujer en 1990⁶² y la primera resolución llamada Protección de la Mujer contra la Violencia en 1991,⁶³ y el 9 de junio de 1994 la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos aprobó la Convención de Belém Do Pará, en Brasil.

⁶¹ Denominado Consulta Interamericana sobre la Mujer y la Violencia.

⁶² Adoptada por la vigésimo quinta Asamblea de Delegadas.

⁶³ Resolución AG/RES 1128 (XXI-0/91).

En total de 35 países que forman parte de la Organización de Estados Americanos, 27 han ratificado la Convención.⁶⁴ El 4 de junio de 1995 México firmó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la ratificó el 19 de junio de 1998,⁶⁵ y para formar parte del orden jurídico nacional se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* en 1999.⁶⁶

Este instrumento busca reconocer y combatir el uso frecuente, grave y variado de la violencia de la que es objeto, así como sus consecuencias en la vida de las mujeres y el ejercicio de sus derechos humanos. Establece una relación entre la violencia de género, la discriminación y los derechos humanos de las mujeres de la que se desprende que todo acto que atente contra estos derechos se considera violencia contra la mujer.

La definición de violencia queda establecida en los artículos 1 y 2 de la Convención, y de ellos se desprende que quedan prohibidos los actos u omisiones que resulten en la ejecución de conductas de violencia física, sexual o psicológica realizadas por particulares, y el último inciso del artículo 2 contempla la responsabilidad estatal, cuando el Estado o sus actores ejecuten o toleren actos de violencia; es decir, será responsable cuando en su legislación, en sus prácticas administrativas, en sus políticas públicas y sociales y en cualquiera de sus ámbitos de actuación practique actos de violencia, tolere la violencia contra la mujer u omita desaparecerla o sancionarla. El concepto de violencia establecido en la Convención plantea, igualmente, que toda violación a los derechos humanos de la mujer constituye un acto de violencia de género:

Artículo 1º

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

Artículo 2º

Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

- a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;
- b. [...]
- c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.

Se condenan diversas formas de violencia entre las que se encuentran, la violencia familiar, la violación, el maltrato y el abuso sexual, la tortura, la trata de personas, la prostitución forzada, el secuestro y el hostigamiento sexual en el lugar de trabajo, en las escuelas, en los establecimientos de salud o en cualquier otro lugar.

En su artículo 3 establece como derecho fundamental de toda mujer a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito privado como en el público, que incluye, como dice el artículo 6, el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación,

⁶⁴Para más información ver <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-61.html>. Consultado el 15 de mayo de 2016.

⁶⁵*Idem*.

⁶⁶Decreto de Promulgación publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de enero de 1999.

y el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

El artículo 4 hace una enumeración de derechos a proteger, entre los que se encuentran: la vida, la integridad física, psicológica y moral, el derecho a la libertad y a la seguridad personales, el derecho a no ser sometida a torturas, el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia.

En el artículo 5 se señala que las formas de violencia se amplían a la violación o incumplimiento por parte de los Estados Parte de los compromisos adquiridos en instrumentos internacionales de derechos humanos y de protección a la mujer ratificados por ellos, puesto que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos.

Los Estados Parte deben cumplir con las obligaciones que la Convención les impone, que se señalan en los artículos 7, 8 y 9 y que proporcionan un marco amplio de medidas dirigidas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer en cualquier ámbito, entre las más importantes:

- 1) *Jurídicas*: Es necesario incluir en la legislación normas civiles, penales y administrativas y de género para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; adoptar las medidas legislativas necesarias para hacer efectiva la Convención, y establecer las medidas legislativas para modificar o derogar leyes y reglamentos vigentes, así como para cambiar o erradicar prácticas jurídicas o consuetudinarias que fomenten la persistencia o tolerancia de la violencia.
- 2) *Administrativas*: se deben incluir las medidas apropiadas en instituciones públicas y privadas con el fin de establecer mecanismos que permitan a la mujer víctima de violencia recibir la atención y asesoría necesarias tanto desde el punto de vista de la salud como del jurídico y asistencial y lograr así su acceso efectivo al resarcimiento o reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces; y ofrecer a la mujer víctima de violencia programas de rehabilitación que le permitan comenzar su vida y poder desarrollarse plenamente en todos los ámbitos de la misma.
- 3) *Educativas*: con el objeto de cambiar el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todos los niveles del proceso educativo con el fin de eliminar prácticas consuetudinarias de subordinación o inferioridad de la mujer que son origen y alientan la violencia contra la mujer; fomentar la educación y capacitación del personal de administración de justicia, legislativo, de policía, de salud y demás del sector público que tengan contacto con víctimas o conozcan del problema; fomentar y apoyar programas de educación gubernamental y del sector privado dirigidos a concientizar a todos los ciudadanos sobre el problema de la violencia contra la mujer, y ofrecer programas de capacitación que le permitan a la mujer participar plenamente en la vida pública, social y privada.

- 4) *Investigación*: deben fomentar y garantizar la investigación, la recopilación de estadísticas y demás información sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer, lo que permitirá implementar las medidas antes descritas y contar con soluciones eficaces para erradicar y prevenir la violencia de género, y a promover la realización de foros y la creación de grupos de trabajo a nivel internacional en los que se dé un intercambio de las ideas, experiencias y resultados, lo que nos llevará a la estructuración e implementación de programas y mecanismos eficaces dirigidos a proteger de la violencia a la mujer.

Se rescata del artículo 9 que la violencia contra la mujer puede tener su origen en la discriminación racial, cultural o sexual, la calidad migratoria, la condición social o económica, la edad, el credo religioso o ideas políticas, el embarazo, la incapacidad o discapacidad y en la privación de la libertad.

Los artículos 10, 11 y 12 se refieren a los mecanismos para el seguimiento y vigilancia en el cumplimiento de la Convención, y se refiere a los informes nacionales que los Estados Parte están obligados a presentar a la Comisión Interamericana de Mujeres donde se indiquen las medidas adoptadas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, sobre las medidas para proporcionar atención asistencial y jurídica a la víctima, sobre los problemas de su implementación o los factores que determinan la persistencia de una cultura de violencia hacia la mujer.

Instrumento universales no convencionales: recomendación número 19

La recomendación número 19 fue emitida por el Comité sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.⁶⁷ Establece en sus numerales 6 y 7 la obligación de los Estados Parte de eliminar la discriminación contra la mujer en todas sus formas y entre ellas se encuentra a la violencia contra la mujer, y la define como tal en los términos del artículo 1 de dicha convención:

6. El artículo 1 de la Convención define la discriminación contra la mujer. Esa definición incluye la violencia basada en el sexo; es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad. La violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones de la Convención, sin tener en cuenta si hablan expresamente de la violencia.
7. La violencia contra la mujer, que menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales en virtud del derecho internacional o de los diversos convenios de derechos humanos, constituye discriminación, como la define el artículo 1 de la Convención. Esos derechos y libertades comprenden:

⁶⁷En el 11º periodo de sesiones del Comité en 1992.

- a) El derecho a la vida;
- b) El derecho a no ser sometido a torturas o a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes;
- d) El derecho a la libertad y a la seguridad personal;
- e) El derecho a igualdad ante la ley;
- f) El derecho a igualdad en la familia;
- g) El derecho al más alto nivel posible de salud física y mental;

Los Estados Parte están obligados a tomar las medidas para erradicar la violencia:

- b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes que prohíban la discriminación contra la mujer;
- e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;
- f) Adoptar las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer.

En la recomendación número 19 se dice en términos generales que las actitudes tradicionales por las cuales la mujer se encuentra subordinada al hombre o por las cuales tiene o se le asignan roles estereotipados permiten que continúen existiendo las prácticas que envuelven violencia o coerción. También que estos prejuicios y prácticas tratan de justificar la violencia de género como una forma de protección o control de la mujer.

El Comité emitió algunas recomendaciones y tomaremos aquellas que se ajustan al tema de la violencia familiar: tomar las medidas apropiadas y que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia de género; asegurar que las leyes contra la violencia familiar y otras formas de violencia de género contengan disposiciones dirigidas a garantizar la protección y respeto a la integridad y dignidad de las mujeres; ofrecer servicios de asistencia para las víctimas y capacitar al personal de procuración y administración de justicia, así como a todo servidor público; tomar las medidas necesarias para asegurar que los medios de comunicación respeten y promuevan el respeto a la mujer.

e) Implementar las medidas jurídicas o cualquier otra clase, incluyendo las educativas, para proporcionar a la mujer protección efectiva contra la violencia de género, como por ejemplo, información pública y programas de educación que permitan cambiar prejuicios y prácticas socioculturales existentes en perjuicio de la mujer.

Instrumento universal no convencional:

Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer

La Asamblea General de las Naciones Unidas, ante la gravedad y poco avance en la materia, aprobó la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.⁶⁸

⁶⁸Mediante resolución aprobada el 20 de diciembre de 1993. Ver Naciones Unidas, documento A/RES/48/104.

Está dirigida a proteger y velar por la efectiva aplicación y reconocimiento de los derechos humanos de la mujer, principalmente los relativos a una vida libre de violencia, la igualdad, la seguridad, la libertad, la integridad y la dignidad a la que tiene derecho. Nuevamente se reconoce y afirma que la violencia contra la mujer constituye una violación a sus derechos humanos, y explica a la violencia, en cualquier ámbito, como un mecanismo de control y como efecto de las relaciones de poder y patriarcales:

[...] la violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre.⁶⁹

Parece un objetivo fundamental a través de estos instrumentos fijar la definición de lo que universalmente debe entenderse como violencia contra la mujer:

A los efectos de la presente Declaración, por “violencia contra la mujer” se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en la vida pública como en la privada.⁷⁰

Señala algunas de las formas de violencia contra la mujer que más preocupan como, por ejemplo, las prácticas tradicionales llenas de prejuicio; como la violencia física, sexual y psicológica que se ejecuta en la familia, en las comunidades, la violación, el hostigamiento sexual, la violencia en medios. Reconoce, como parte de los derechos de la mujer, el relativo a verse libre de todas las formas de discriminación, ya que la violencia de género es una forma de discriminación.

La Declaración establece un conjunto de medidas que han de ser tomadas por los Estados en orden a prevenir y erradicar la violencia contra la mujer y dar cumplimiento a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.⁷¹ Condenar la violencia contra la mujer, implementar las medidas legislativas, jurídicas, administrativas o sociales que sean necesarias para prevenirla y erradicarla, así como abstenerse de invocar alguna costumbre o tradición para justificar dicha violencia. Y Elaborar programas gubernamentales y políticas públicas de tipo preventivo dirigidos a eliminar cualquier tipo discriminación derivado de leyes, usos, costumbres y prejuicios, patriarcales de inferioridad y subordinación, que rompan con el principio de igualdad.

⁶⁹Párrafo sexto de los considerandos de la Declaración para la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.

⁷⁰Artículo 1 de la Declaración para la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.

⁷¹Ver artículo 4º de la Declaración.

En este rubro veremos cómo el Estado mexicano integra en su orden jurídico los compromisos adquiridos en las convenciones internacionales ya descritas en este trabajo, con una perspectiva de género.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 1° establece que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano. Igualmente, que las normas sobre derechos humanos se interpretarán conforme la Constitución y a los tratados internacionales en la materia, siempre garantizando, en todo tiempo, la protección más amplia. Señala que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos en cumplimiento de los compromisos adquiridos en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Por su parte, el artículo 2° condena y prohíbe toda discriminación que tenga origen en el género, la edad, las discapacidades, la condición social, origen étnico o nacional, las condiciones de salud, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y que tenga como resultado anular, limitar o desconocer los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas. Por último, el artículo 4° establece el principio de igualdad del hombre y la mujer en y ante la ley.

*Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia*⁷²

Esta ley es específica en cuanto al tema de la violencia contra la mujer, entre sus fines se encuentra establecer las acciones y programas, al igual que las directrices, modalidades y lineamientos para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y garantizar una vida libre de violencia. Además, para garantizar su aplicación en el territorio nacional crea un sistema de coordinación entre la Federación, las entidades federativas, los municipios y la Ciudad de México, que permitirá la evaluación y seguimiento de la ley, así como los avances en materia de violencia contra la mujer.

⁷²Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de febrero de 2007.

*Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres*⁷³

Fue creada para regular y garantizar la igualdad de hombres y mujeres, estableciendo las directrices, principios y mecanismos del Estado para impulsar y asegurar el cumplimiento del compromiso por la igualdad fáctica y formal, tanto en el ámbito público como en el privado, promoviendo el desarrollo, adelanto y paz de las mujeres en todos los espacios de su vida y su actuar.

*Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación*⁷⁴

Su propósito es prevenir y eliminar todas las formas y prácticas de discriminación que tengan como sustento cualquier prejuicio, característica o circunstancia basadas en el sexo/género, edad, embarazo, estado civil, discapacidad, condiciones de salud, condición social o económica, origen étnico o nacional, etcétera; así como promover la igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres, en atención al cumplimiento de lo dispuesto tanto a los tratados internacionales de derechos humanos como a la Constitución general.

*Legislación federal en materia de salud*⁷⁵

En este aspecto contamos con la Norma Oficial Mexicana NOM-190-SSA1-1999, Prestación de servicios de salud. Criterios para la atención médica de la violencia familiar. La norma tiene como fin establecer las reglas que se tienen que seguir por el personal de salud y/o hospitalario en la atención médica y la orientación que se proporcione a los usuarios de estos servicios involucrados en situaciones de violencia familiar; estos usuarios pueden ser tanto el agresor como el receptor de la violencia familiar. La norma es obligatoria para todos los prestadores de servicios de salud tanto en el sector público como privado.

Define en su artículo 4.1 como atención médica de la violencia familiar: “al conjunto de servicios que se proporcionan con el fin de promover, proteger y restaurar la salud física y mental, de las y los usuarios involucrados en situación de violencia familiar”.

Incluye la promoción, protección y restauración de la salud física y mental a través del tratamiento, rehabilitación o referencia a instancias especializadas, información de medidas médicas alternativas si el caso lo requiere y, cuando sea solicitado y las condiciones lo permitan, la restauración de la salud de los probables agresores.

⁷³Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de agosto de 2006.

⁷⁴Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2003.

⁷⁵Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 16 de abril de 1999.

Entre las acciones que deben tomar los diversos actores del sector salud por cuanto a la atención médica de la violencia familiar se encuentran: la promoción de relaciones no violentas, la prevención de la violencia familiar, la detección y el diagnóstico de las personas que viven esa situación, la evaluación del riesgo en que se encuentran, la promoción, protección y restauración de su salud física y mental a través del tratamiento o referencia a instancias especializada.

Señala en su artículo 4.7 que entre los grupos vulnerables a atender en el problema de la violencia familiar se encuentran las mujeres embarazadas, las niñas, niños, adolescentes, los adultos mayores, las mujeres y hombres con enfermedad física o mental que implique discapacidad.

Leyes de asistencia y prevención de la violencia familiar en las entidades federativas

Las leyes de asistencia y prevención de la violencia familiar son leyes de corte administrativo y coadyuvan ante las autoridades civiles o penales en caso de que así lo exija el caso. Entre los principios que guían la aplicación de la ley podemos mencionar la unidad familiar, la equidad de género, la igualdad de derechos y obligaciones de los cónyuges o de la pareja, la protección de la mujer, de los hijos menores de edad, de los integrantes de la familia con alguna discapacidad física o mental y de las personas de la tercera edad.

El objeto de las leyes es proteger la integridad física, psicoemocional, sexual así como la preservación de la salud y el adecuado desarrollo integral de las mujeres, las niñas, los niños y los adolescentes y de cualquier miembro de la familia, libres de cualquier forma de discriminación; es decir, que la asistencia y atención especializada que se brinde en materia de violencia familiar, por organismos gubernamentales y no gubernamentales, deberá estar libre de prácticas y prejuicios sustentados en estereotipos y roles discriminatorios de jerarquía y de subordinación.

Las entidades federativas y sus autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación, en los términos de estas leyes, de garantizar el respeto a los derechos humanos e implementar políticas públicas en todas las áreas que sea necesario para prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia en la familia; para proporcionar información y promover, a través de la educación formal e informal, el derecho a una vida libre de violencia en el ámbito de la familia, y para garantizar las condiciones para un adecuado desarrollo físico, psicoemocional, moral, social y económico, en condiciones de libertad, respeto y dignidad.

A través de estas leyes se establece un programa interinstitucional de coordinación, de carácter transversal, que establecerá y aplicará los mecanismos de atención, asistencia y prevención de la violencia familiar, así como, en el ámbito de sus competencias, de las medidas necesarias para hacer cesar, sancionar y erradicar la violencia familiar.

En este caso, 29 de las 32 entidades federativas cuentan con leyes específicas para la asistencia, prevención y erradicación de la violencia familiar.

Ley de Acceso para las Mujeres a una Vida Libre de Violencia de las entidades federativas

Estas leyes tienen su origen en el objeto de crear un sistema estatal de coordinación, lo que implica la interacción entre la Federación, las entidades federativas y los municipios para crear programas, medidas y acciones dirigidas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, así como los mecanismos y modalidades para garantizar su acceso a una vida libre de violencia y a la igualdad de trato y de oportunidades.

Para lograr lo anterior se establece como obligación de las autoridades expedir leyes, reglamentos, programas, manuales, así como tomar medidas presupuestales y administrativas para garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, atendiendo a los compromisos adquiridos por la ratificación de los instrumentos convencionales y vinculatorios en materia de derechos humanos de las mujeres. Es decir, todas las medidas que se originen de la aplicación de estas leyes, estarán orientadas a garantizar la prevención, atención, sanción y erradicación de todos los tipos de violencia contra las mujeres y para promover su desarrollo integral.

Los principios que regirán la aplicación de las leyes de acceso para las mujeres a una vida libre de violencia son la igualdad jurídica entre la mujer y el hombre, el respeto a la dignidad humana de las mujeres, la no discriminación y la libertad de las mujeres.

Se cuenta con 32 entidades federativas que tienen su ley estatal de acceso para las mujeres a una vida libre de violencia.

Códigos penales

El Código Penal Federal regula la violencia familiar y en las 32 entidades federativas se tipifica la violencia familiar.

I) Códigos civiles

El Código Civil Federal regula la violencia familiar y en 28 entidades federativas regulan la violencia familiar en sus Códigos Civiles, Familiares o leyes de Protección de la Familia.

Reflexiones finales

La violencia familiar es un problema mundial, que es sufrido en la mayoría de los casos por mujeres, seguidas por las niñas, niños y adolescentes, reconocidos como los grupos más vulnerables; por esta razón es que el estudio y atención de este problema comienza con una perspectiva de género desde el ámbito internacional de los derechos humanos. A partir del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer (1975-1985) el tema de la violencia contra la mujer, en particular el de la violencia familiar, es parte de la agenda internacional de los derechos humanos, hasta llegar a los compromisos y

agenda nacional, lo que en distintos niveles de acción ha llevado más de cuatro décadas, continuando el trabajo en nuestros días; y sin dejar de lado y considerando que la atención brindada a las mujeres se extiende e incluye a cualquier otra persona o grupo que sufra de violencia familiar; en este sentido aún queda trabajo por hacer.

Se explica como toda violencia ejecutada por un integrante de la familia en contra de otro miembro del núcleo familiar, ya sea en su modalidad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial.

Las consecuencias de este tipo de violencia afectan todos los ámbitos de la vida, tanto de los receptores como de los agresores, impiden el adecuado y sano desarrollo integral de las personas que la viven y experimentan y, como resultado, se presentan, altos índices de discapacidad y atención médica, ausentismo laboral, depresión y falta de productividad, entre otros.

La violencia contra la mujer, en este caso la familiar, es una violación a los derechos humanos, es resultado de la discriminación de que es objeto en las diversas áreas de su vida y desarrollo y que tiene como origen la consideración de ser mujer; es decir, por razón de género.

El trabajo tanto universal como regional en materia de derechos humanos de las mujeres, especialmente por eliminar la discriminación y la violencia, ya que ambas coexisten una en la otra, es una prioridad en la agenda internacional y debería serlo en la nacional.

En este punto podemos señalar que entre las acciones y compromisos pendientes e importantes por hacer o reforzar, para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, en este caso la familiar, se encuentran: elaborar indicadores que permitan crear políticas públicas eficaces y eficientes, que permitan garantizar que las medidas que se están tomando son las necesarias, ya que se basan en estadísticas, encuestas, entrevistas; es decir, investigación empírica que nos muestra las necesidades y los campos reales de acción.

Es necesario tomar todas las medidas necesarias, en todos los ámbitos como el educativo, el jurídico, el legislativo, el administrativo, el presupuestal, entre otros, para la superación de las prácticas sociales, culturales y familiares, que se trasladan a todos los espacios de la vida, de las actividades y del desarrollo de hombres y mujeres, que permiten la existencia de prejuicios, roles y estereotipos que encasillan a las mujeres en relaciones e interacciones de jerarquía, subordinación e inferioridad, que se traducen en formas de discriminación y violencia, incluyendo la familiar.

Conminar a los Estados Parte que cumplan no sólo formalmente sino también materialmente, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, los compromisos adquiridos con la ratificación de los convenios internacionales de derechos humanos de las mujeres, en particular con los relativos a combatir todas las formas de violencia y la discriminación contra la mujer; de ser así dejarían de ser necesarios los informes sombra, en congruencia con la Constitución mexicana que señala que el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.

Reforzar los mecanismos para el acceso de las mujeres víctimas de violencia a la justicia y la reparación del daño no sólo por los delitos en que se incurra, sino también por las violaciones a derechos humanos.

Y finalmente, la importancia de que los Estados Parte capaciten y sensibilicen a servidores públicos para garantizar una atención adecuada y eficaz a las víctimas de violencia, de violencia familiar; ya que como señala la Constitución mexicana, todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

Feminicidio

Introducción

Si bien no existe una definición aceptada del concepto de feminicidio,¹ dado que su contenido varía según el enfoque desde el cual se le examina o de la disciplina que se aborda, en el Modelo de Protocolo Latinoamericano de Investigación de las Muertes Violentas de Mujeres por Razones de Género elaborado por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se le define como:

La muerte violenta de mujeres por razones de género, ya sea que tenga lugar dentro de la familia, unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, en la

¹En la década de los setenta, la expresión “femicidio” (*femicide*, en inglés) fue acuñada por Diana Russell como alternativa al término neutro de “homicidio”, con el fin político de reconocer y visibilizar la discriminación, la opresión, la desigualdad y la violencia sistemática contra la mujer que, en su forma más extrema, culmina en la muerte y se aplica a todas las formas de asesinato sexista, es decir, “los asesinatos realizados por varones motivados por un sentido de tener derecho a ello o superioridad sobre las mujeres, por placer o deseos sádicos hacia ellas, o por la suposición de propiedad sobre las mujeres”. En América Latina, la expresión “femicidio” ha sido definida de diferentes formas como: “el asesinato misógino de mujeres por los hombres”; “el asesinato masivo de mujeres cometido por hombres desde su superioridad de grupo”, o “la forma extrema de violencia de género, entendida como la violencia ejercida por hombres contra las mujeres en su deseo de obtener poder, dominación y control”. Sin embargo, todas se refieren a la opresión de las mujeres por los sistemas patriarcales. En México, Marcela Lagarde utilizó el término “feminicidio”, definiéndolo como el acto de matar a una mujer sólo por el hecho de su pertenencia al sexo femenino, pero confirió a ese concepto un significado político con el propósito de denunciar la falta de respuesta del Estado en esos casos y el incumplimiento de sus obligaciones internacionales de garantía, incluso el deber de investigar y de sancionar. Considera que el feminicidio es un crimen de Estado que abarca el conjunto de hechos que caracterizan los crímenes y las desapariciones de niñas y mujeres en casos en que la respuesta de las autoridades sea la omisión, la inercia, el silencio o la inactividad para prevenir y erradicar esos delitos.

Sumario

Introducción	451
Panorama internacional.	453
Panorama nacional	455
Caso “Campo algodnero. González Banda vs. México”	455
Panorama legislativo nacional	457
Situación actual	460

comunidad, por parte de cualquier persona, o que sea perpetrada o tolerada por el Estado y sus agentes, por acción u omisión.

En la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia se define la violencia feminicida como:

La forma extrema de violencia de género contra las mujeres, producto de la violación de sus derechos humanos, en los ámbitos público y privado, conformada por el conjunto de conductas misóginas que pueden conllevar impunidad social y del Estado y puede culminar en homicidio y otras formas de muerte violenta de mujeres.²

Independientemente de la terminología que se adopte —feminicidio o femicidio—, las acciones de violencia contra las mujeres presentan características comunes: están fundadas en una cultura de violencia y discriminación basada en el género, hondamente enraizada en conceptos que presuponen la inferioridad y subordinación de las mujeres. No se trata de casos de violencia aislados o esporádicos, sino de una situación estructural y de un fenómeno social y cultural con profundas raíces en las costumbres y actitudes. Por ello el uso de esos términos permite visibilizar la expresión extrema de violencia resultante de la posición de subordinación, marginalidad y riesgo en el cual se encuentran las mujeres, que refleja una cultura de odio y discriminación hacia ellas.

Así, se puede afirmar que el origen de la violencia contra las mujeres se encuentra en la discriminación de que han sido objeto a través de la historia de la humanidad y en casi todos los confines de la tierra, en donde se ha sostenido una actitud de menosprecio hacia ellas, manteniendo la idea de que las mujeres son inferiores respecto de los hombres; intelectual, moral y biológicamente.

Este pensamiento misógino que parte de la preeminencia y superioridad del varón y el desprecio a la mujer está íntimamente ligada a una conformación estructural patriarcal de la sociedad. Desde esa perspectiva se ha intentado identificar una posible relación entre esa estructura misógina de la sociedad en la que a las mujeres se le considera inferiores, con la violencia que en los grupos sociales se ejerce contra ellas para mantenerlas en los espacios privados que tradicionalmente han estado dispuestos para ellas.³

Por ello, los distintos movimientos de mujeres que a través del tiempo se han venido dando en el ámbito mundial, han luchado por desarraigar en las sociedades todos esos mitos en los que la sociedad patriarcal basó sus planteamientos acerca de esa supuesta inferioridad de las mujeres, y que en buena medida han servido para justificar las actitudes violentas contra ellas.

Así, en el pasado fueron excluidas o sancionadas socialmente las mujeres que se atrevieran a transgredir con sus acciones el estereotipo fundado en las características atribuidas al *sexo débil*, particularmente aquellas relacionadas con su naturaleza vul-

²Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, artículo 21°.

³Véase Esperanza Bosch Fiol, “La violencia de género como fenómeno social”, en *La violencia de género. Algunas cuestiones básicas*, España, Ed. Formación Alcalá, 2007, pp. 19 y ss.

nerable y necesitada de protección, y sobre todo con las características propias del destino principal que las sociedades atribuyen a la mujer: el de la procreación.

La historia da cuenta de mujeres violentadas por considerárseles la fuente de todas las desgracias y sufrimientos humanos; baste recordar las víctimas de la Inquisición por atribuírseles la calidad de *brujas*. Por citar otro ejemplo; la explicación de la diferente conformación cerebral femenina para favorecer el desarrollo de la afectividad sobre las cualidades racionales continúa vigente aun en nuestros días, para favorecer la discriminación hacia las mujeres.

Estos mitos acerca de la supuesta inferioridad de la mujer tan hondamente arraigados en las sociedades, han favorecido, a través del tiempo y de la geografía, la subordinación femenina y por tanto, la pervivencia de las actitudes violentas de control contra las mujeres.

El Derecho ha constituido una sólida estructura de dominación masculina, y desde esa perspectiva se le puede considerar como una institución que ha permitido reproducir las estructuras sociales en las que las mujeres han estado sujetas a una exclusión sistemática de la organización política confinándolas a los espacios privados.

De esta manera se conformó, apoyado por la norma jurídica, el estereotipo de la mujer como un ser inferior, sumiso, dependiente del varón y sin una identidad genérica propia, cumpliendo un papel social secundario y limitado al ámbito doméstico,⁴ dedicado por completo a cumplir con su fin último y responsabilidad más importante: la maternidad. En ese sentido, el Derecho ha sido una pieza fundamental para mantener y reproducir un sistema que ha mantenido los mecanismos de subordinación femenina.

Por ello los movimientos de mujeres que en el ámbito mundial se han venido dando, a partir de nacimiento del feminismo original, han luchado por la igualdad material y no sólo por la igualdad formal a través de una reformulación global de los derechos de las mujeres desde una perspectiva de género. Esto bajo el argumento de que, si bien el reconocimiento de los derechos humanos comprende tanto a hombres como a mujeres, lo cierto es que al aplicarse las normas que formalmente igualan a ambos, invisibilizan las especificidades de las mujeres.

Panorama internacional

El artículo primero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la ONU el 10 de diciembre de 1948 reconoce que todos los seres humanos nacen libres, iguales en dignidad y derechos. Sin embargo, ésta ha sido una verdad a medias, ya que si bien ante la ley todos los seres humanos son formalmente iguales, la igualdad no es algo dado sino que es una construcción social elaborada convencionalmente.

⁴Se ha señalado que el Derecho ha estado ausente de la esfera doméstica y que ello ha contribuido a consolidar la subordinación femenina. A este respecto, véase Frances Olsen, "El sexo del Derecho", en *Identidad femenina y discurso jurídico*, Buenos Aires, Ed. Biblos, 2000, pp. 25-43.

A partir de los años 70, la Organización de las Naciones Unidas y otros organismos internacionales reconocieron que las mujeres son objeto de múltiples formas de discriminación, violatorias de los principios de igualdad de derechos y respeto a la dignidad humana. Por ello la ONU adoptó, en diciembre de 1979, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (Cedaw, por sus siglas en inglés). A partir de entonces, paulatinamente se fue entendiendo el fenómeno de la violencia contra la mujer como una forma extrema de discriminación que atenta contra sus derechos humanos, y que constituye un serio obstáculo para su desarrollo.

En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, la ONU aprobó la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia de Género contra la Mujer, en la que se puntualizó que la violencia y todas las formas de acoso y explotación sexuales, en particular las derivadas de prejuicios culturales y de la trata internacional de personas, son incompatibles con la dignidad y la valía de la persona humana y deben ser eliminadas. Esto, se señala, puede lograrse con medidas legislativas y con actividades nacionales y de cooperación internacional en esferas tales como el desarrollo económico y social, la educación, la atención a la maternidad, a la salud y el apoyo social.

Se dijo entonces que la cuestión de los derechos humanos de la mujer debería formar parte integrante de las actividades de derechos humanos de las Naciones Unidas, en particular la promoción de todos los instrumentos de derechos humanos relacionados con la mujer, instando a los gobiernos, a las instituciones intergubernamentales y a las organizaciones no gubernamentales a intensificar sus esfuerzos en favor de la protección y promoción de los derechos humanos de la mujer y de la niña.

En el ámbito regional latinoamericano, el documento más representativo de la lucha contra la violencia es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también conocida como Convención de Belém do Pará.⁵ En ésta se entiende por violencia contra la mujer, cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento sexual o psicológico, a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, aun la que tenga lugar dentro de la familia. A partir de esta Convención se reconoció que el ámbito familiar, debiendo ser el más protector para sus miembros, resulta ser, en muchos casos, el más peligroso.

En este instrumento internacional se establece el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación.⁶ Para lograr lo anterior, señala a los Estados firmantes obligaciones concretas, tales como la adopción de medidas específicas, legislativas, administrativas y programáticas, cuyo objetivo sea el fomento del conocimiento y la observancia de esos derechos. Asimismo, se incluyen de manera explícita medidas cuyos propósitos tiendan a modificar aquellos patrones

⁵La Convención de Belém do Pará fue adoptada por la Organización de Estados Americanos el 9 de junio de 1994, ratificada por México en noviembre de 1998 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 19 de enero de 1999.

⁶Convención de Belém do Pará, artículos 3º y 6º.

socioculturales estereotipados que permitan contrarrestar prejuicios y costumbres basadas en la premisa de inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros.

La Convención establece un aspecto de protección muy importante al facultar a cualquier persona, grupo de personas o entidades no gubernamentales, para que presenten denuncias o quejas por violación de derechos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por el incumplimiento de alguno de los deberes que la propia Convención establece a los Estados Parte. Esto permitió que en el sistema interamericano se conociera el clima de violencia contra las mujeres que privaba en el país, particularmente en el estado de Chihuahua.

Panorama nacional

Ciudad Juárez, Chihuahua, a partir de 1993, se convirtió en el foco de atención de la comunidad nacional e internacional cuando los medios de comunicación empezaron a dar cuenta sobre la desaparición de niñas y mujeres, y posteriormente de los hallazgos de cuerpos con signos evidentes de tortura y vejaciones sexuales. El número preciso de víctimas hasta entonces era desconocido; hasta principios de 2003 algunos organismos calculaban 281 casos,⁷ otros 300⁸ y algunos las llegaron a estimar en mil.⁹

Así, durante más de una década, Ciudad Juárez estuvo bajo el escrutinio nacional e internacional debido a los casos de mujeres asesinadas y desaparecidas en esta ciudad, donde se destacó la gran impunidad del aparato de justicia. México acumuló un total de 140 recomendaciones internacionales en el periodo de 2000-2006, sólo en el tema de derechos de las mujeres, y de éstas, 63 estuvieron dirigidas a que se atendieran esos feminicidios, en su mayoría en los aspectos de procuración y administración de justicia. Con ello se puso en evidencia que las acciones emprendidas por los gobiernos hasta entonces habían sido insuficientes, lo cual que se vio reflejado en el cúmulo de casos de feminicidio por los cuales México había recibido tal cantidad de recomendaciones internacionales en el tema de violación de los derechos de las mujeres.

Caso “Campo algodonnero. González Banda *vs.* México”

En ese contexto de violencia contra las mujeres que privaba en Ciudad Juárez, se dan los casos que motivaron el llamado “Caso Algodonnero”, que fue resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La mayoría de las mujeres asesinadas o desaparecidas tenían características comunes: procedían de otros estados de la República, todas ellas de escasos recursos económicos; trabajadoras en su mayoría de la industria maquiladora, en empresas pequeñas o realizaban trabajos domésticos; algunas otras eran amas de casa

⁷Véase <http://www.geocities.com/pornuestrashijas/>.

⁸Véase <http://www.cimacnoticias.com/noticias/03mar/03031011.html>.

⁹Véase <http://www.cimacnoticias.com/noticias/03mar/03031011.html>.

o estudiantes,¹⁰ pero todas de un nivel socioeconómico bajo. Los homicidas, en gran parte de los asesinatos cometidos antes de 2004, no fueron identificados.

El 21 de septiembre de 2001, después de acudir al bachillerato y trabajar en un restaurante, Laura Berenice Ramos Monárrez, de 17 años, no regresó a su domicilio. El 10 de octubre del mismo año, Claudia Ivette González, de 20 años de edad, fue vista por última vez al salir de la maquiladora LEAR, a la que no le permitieron entrar a trabajar por llegar dos minutos tarde. El 29 del mismo mes, Esmeralda Herrera Monreal, de 14 años, desapareció cuando regresaba a su vivienda después de trabajar como empleada del hogar en una casa de Ciudad Juárez. Al reportar las madres la desaparición de sus hijas a las autoridades locales, éstas sólo realizaron las actuaciones formales sin emprender su búsqueda con la debida diligencia como hubiese sido su obligación, manteniendo las y los funcionarios una actitud indiferente muy frecuente en este tipo de asuntos.

Al siguiente mes (noviembre de 2001), fueron encontrados 8 cuerpos en un campo algodónero de la misma ciudad con signos evidentes de violencia sexual. Tres de los restos encontrados correspondían a Laura Berenice, Claudia y Esmeralda. Ante la inactividad e ineficiencia de las autoridades y con apoyo de organizaciones de la sociedad civil, las madres de las tres víctimas presentaron el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).¹¹

Tras analizar los hechos planteados, el 4 de diciembre de 2007 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos decide demandar ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) al Estado mexicano por violaciones a los derechos humanos de las tres víctimas y sus familiares. La CIDH, al presentar su demanda, estableció los hechos que serían la base de la controversia en el juicio, para sustentar las violaciones a derechos humanos: a) el contexto de violencia contra las mujeres prevaliente en Ciudad Juárez; b) los hechos de desaparición de las tres víctimas, y c) la calidad de las investigaciones que se iniciaron a partir de la denuncia de desaparición de las jóvenes hasta la fecha de su denuncia ante la propia Corte IDH.

La Corte IDH, en una sentencia paradigmática que habría de abrir nuevas rutas en contra de la violencia y discriminación de las mujeres, responsabiliza al Estado mexicano por la falta de medidas de protección a las víctimas, dos de las cuales eran menores de edad; la falta de prevención de estos crímenes, pese al pleno conocimiento de la existencia de un patrón de violencia de género que había dejado centenares de mujeres y niñas asesinadas; la falta de respuesta de las autoridades

¹⁰Véase <http://www.geocities.com/pornustrashijas/> y <http://www.subneo.net/prensa/extra/txt0009.html>.

¹¹La representación del caso estuvo a cargo de cuatro instancias ciudadanas: dos de ellas redes, la Red Ciudadana de No Violencia y Dignidad Humana de Ciudad Juárez —que se creó a partir de los hechos de campo algodónero— y el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (Cladem), y dos organizaciones civiles: el Centro para el Desarrollo Integral de la Mujer (Cedimac) y la Asociación Nacional de Abogados Democráticos (ANAD). Dos de estas instancias son locales, una nacional y otra regional. La suma de estas organizaciones se dio de manera paulatina a lo largo de los cuatro primeros años del proceso ante el sistema interamericano, con distintos recursos y capacidades. La coordinación jurídica estuvo a cargo de la ANAD, representada por la abogada Karla Micheel Salas Ramírez.

frente a la desaparición; la falta de debida diligencia en la investigación de los asesinatos, así como la denegación de justicia y la falta de reparación adecuada.

La sentencia de la Corte IDH es en sí misma un ejemplo de lo que significa juzgar con perspectiva de género cuando afirma que la creación y el uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer y para analizar el cumplimiento del deber del Estado a no discriminar.

Define el estereotipo de género como una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente e identifica, en el caso del “Campo algodoner” los prejuicios de género que motivaron la actuación de los funcionarios relacionados con el caso en los siguientes términos:

- Minimizaban el problema;
- Llegaron a culpar a las propias víctimas de su suerte, fuera por su forma de vestir, por el lugar en que trabajaban, por su conducta, por andar solas o por falta de cuidado de sus padres;
- Justificaban la no intervención basándose en la presunta moralidad de las víctimas o en su poco peso social, “son prostitutas” o “sólo” son muchachas corrientes, y
- Las autoridades carecían de interés y vocación por atender y remediar una problemática social grave, en un claro menosprecio sexista.

Así, en la sentencia se señala que el Estado mexicano:

1. Violó los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal reconocidos en la Convención Americana, en relación con la obligación general de garantía;
2. Incumplió con su deber de investigar —y con ello su deber de garantizar— los derechos a la vida, la integridad personal y la libertad personal, consagrados en la Convención Americana;
3. Violó el deber de no discriminación contenido en la Convención Americana.
4. Asimismo, violó los derechos del niño consagrados en el artículo 19 de la Convención Americana, en perjuicio de las niñas Esmeralda Herrera Monreal (14) y Laura Berenice Ramos Monárrez (17).
5. Y finalmente, el Estado violó el derecho a la integridad personal, consagrado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por los actos de hostigamiento que, por parte de las autoridades, sufrieron los familiares más cercanos de las víctimas.

Panorama legislativo nacional

En cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por el Estado mexicano y reconociendo la gravedad de la violencia contra las mujeres en el país, en febrero de 2007 se promulgó la norma más importante en esta materia: La Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, la cual tuvo como antecedentes la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar

del Distrito Federal (9 de julio de 1996); las leyes *ad hoc* en las entidades federativas; las reformas a los ordenamientos civiles y penales de las entidades federativas para introducir el concepto de “violencia familiar”; la Norma Oficial Mexicana NOM-190-SSA1-1999 “Prestación de servicios de salud. Criterios para la atención médica de la violencia intrafamiliar” (8 de marzo de 2000); la propia Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres (2 de agosto de 2006), así como la Ley Estatal del Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia de Chihuahua (24 de enero de 2007).

La Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, contiene los principios, las definiciones concretas, las normas programáticas, así como las formas y métodos de coordinación interinstitucional que supone la eficiencia de la norma, y entre sus objetivos está dar cumplimiento a las obligaciones internacionales asumidas por México para proteger a las mujeres de la violencia.

Otro objeto de la Ley, es:

La coordinación entre la Federación, las entidades federativas, el Distrito Federal y los municipios para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres; así como establecer y definir principios y modalidades para garantizar a las mujeres el acceso a una vida libre de violencia a efecto de favorecer su desarrollo y bienestar conforme a los principios de igualdad y de no discriminación, garantizando la democracia, el desarrollo integral y sustentable que fortalezca la soberanía y el régimen democrático establecidos en el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹²

Aspecto fundamental en la Ley es la introducción de los principios que rigen en la materia, como son los de *igualdad jurídica entre la mujer y el hombre*, el respeto a la *dignidad humana de las mujeres*, la *no discriminación*, así como la *libertad de las mujeres*.

De acuerdo con esta Ley, las entidades federativas, el Distrito Federal, ahora Ciudad de México, y los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, están obligados a expedir las normas legales y tomar medidas presupuestales y administrativas para garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos de las mujeres, ratificados por el Estado mexicano.¹³

Un aspecto fundamental de esta Ley es la tipología de las formas de violencia contra las mujeres y los ámbitos en que se ejerce al reconocer la existencia de violencia psicológica, física, patrimonial, económica y sexual, además de dejar abiertas las formas análogas que lesionen o sean susceptibles de dañar la dignidad, integridad o libertad de las mujeres,¹⁴ las cuales pueden ser ejercidas tanto en el ámbito privado como en el público, es decir, en la familia, el empleo, la escuela, la propia comunidad

¹²Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGAMVLV_171215.pdf.

¹³Ley General de Acceso..., artículo 2º.

¹⁴Ley General de Acceso..., artículo 6º.

y las instituciones; asimismo, se regula la expresión más extrema de violencia contra la mujer que es el feminicidio.

En este sentido, el texto normativo reconoce la violencia contra las mujeres como un problema estructural que debe ser atacado y erradicado; de la misma forma introduce un elemento que posibilita la emisión de *la alerta de violencia de género*, es decir, la obligación de realizar un conjunto de acciones gubernamentales de emergencia para enfrentar y erradicar la violencia feminicida en un territorio determinado, ya sea la ejercida por individuos o por la propia comunidad.¹⁵ La alerta tiene como objetivo fundamental garantizar la seguridad de las mujeres y el cese de la violencia en su contra, así como eliminar las desigualdades producidas por una legislación que agravia sus derechos humanos.

Esta Ley es la primera en establecer las *órdenes de protección* tendentes a proteger a las mujeres en procesos de separación de sus violentadores, aspecto fundamental en la protección y empoderamiento de éstas.

En el mismo sentido, el Código Penal Federal reformado en 2012, tipifica el *feminicidio* como un delito autónomo y señala en su artículo 325 que:

Comete el delito de feminicidio quien prive de la vida a una mujer por razones de género. Se considera que existen razones de género cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- I. La víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo;
- II. A la víctima se le hayan infligido lesiones o mutilaciones infamantes o degradantes, previas o posteriores a la privación de la vida o actos de necrofilia;
- III. Existan antecedentes o datos de cualquier tipo de violencia en el ámbito familiar, laboral o escolar, del sujeto activo en contra de la víctima;
- IV. Haya existido entre el activo y la víctima una relación sentimental, afectiva o de confianza;
- V. Existan datos que establezcan que hubo amenazas relacionadas con el hecho delictuoso, acoso o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima;
- VI. La víctima haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo previo a la privación de la vida;
- VII. El cuerpo de la víctima sea expuesto o exhibido en un lugar público.

A quien cometa el delito de feminicidio se le impondrán de cuarenta a sesenta años de prisión y de quinientos a mil días multa.

Además de las sanciones descritas en el presente artículo, el sujeto activo perderá todos los derechos con relación a la víctima, incluidos los de carácter sucesorio. En caso de que no se acredite el feminicidio, se aplicarán las reglas del homicidio.

Al servidor público que retarde o entorpezca maliciosamente o por negligencia la procuración o administración de justicia se le impondrá pena de prisión de tres a ocho años y de quinientos a mil quinientos días multa, además será destituido e inhabilitado de tres a diez años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

¹⁵Ley General de Acceso..., artículo 22.

En la actualidad, 31 códigos penales estatales, salvo Chihuahua, han tipificado el delito de feminicidio; sin embargo, las definiciones no son homogéneas.

Situación actual

A pesar de toda la normatividad nacional e internacional, la violencia contra las mujeres sigue cobrando víctimas en todo el territorio nacional y los feminicidios en los últimos años han alcanzado proporciones alarmantes; las cifras demuestran que el feminicidio, como la expresión máxima de violencia, es un fenómeno dolorosamente vigente ya no solamente en el estado de Chihuahua, sino ahora en la mayoría de los estados de la República, ante la inactividad e indiferencia de las autoridades responsables de proteger a las mujeres.

Las cifras que reportan el fenómeno de la violencia contra las mujeres así lo demuestran. En el resumen ejecutivo del documento “La violencia feminicida en México, aproximaciones y tendencias 1985-2014”, elaborado por ONU Mujeres, la Secretaría de Gobernación y el Instituto Nacional de las Mujeres (INMujeres) se da cuenta de que si bien hubo retroceso en algunos estados de la República respecto del número de defunciones femeninas con presunción de homicidio, en 2014 ocurrieron 2,289 defunciones, es decir un promedio de 6.3 por día, lo que representa una tasa de 3.7 muertes por cada 100,000 mujeres. En 2013 el mismo estudio refiere que la ocurrencia de defunciones fue de 2,594, lo que representa un promedio de siete defunciones al día, es decir, una tasa de 4.3 por cada 100,000.¹⁶

Según el Observatorio Ciudadano del Feminicidio, en el Estado de México de 2005 a 2013 unas 1,767 mujeres fueron asesinadas, y otras 1,500 desaparecieron, muchas de ellas adolescentes de entre 15 y 17 años. Así mismo señala que a pesar de la falta de registros sobre la situación de los homicidios dolosos y feminicidios cometidos en México durante 2012 y 2013, se estima que en este periodo fueron asesinadas 3,892 mujeres en los 31 estados del país y la Ciudad de México. De estos casos solamente el 15.75 por ciento, es decir 613, fueron investigados como feminicidios.

De acuerdo con la información proporcionada al Observatorio Ciudadano por las Procuradurías de Justicia de los estados, las características que se conocen sobre los 613 casos investigados como feminicidios son las siguientes:

- El 25.12 por ciento de los casos fueron consignados, mientras que 24 por ciento estaban en investigación. Solamente al 1.6 por ciento de los casos les fue dictada una sentencia.
- El 46 por ciento de las mujeres asesinadas murieron por actos crueles que implican el uso excesivo de la fuerza física como son golpes, heridas punzocortantes, quemaduras o estrangulamiento, mientras que 16 por ciento fueron asesinadas por arma de fuego.

¹⁶ONU Mujeres/Secretaría de Gobernación/Instituto Nacional de las Mujeres, “La violencia feminicida en México, aproximaciones y tendencias 1985-2014, Resumen Ejecutivo”, en http://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/84740/La_Violencia_Feminicida_en_Mexico_aproximaciones_y_tendencias_1985_-2014.pdf.

- Aproximadamente 41.08 por ciento de las mujeres asesinadas tenían entre 21 y 40 años, mientras que el 12.7 por ciento tenía entre 41 y 60 años. Es importante mencionar que en el 27.7 por ciento de los casos, la autoridad desconoce la edad de las mujeres asesinadas.
- El 21.7 por ciento de las mujeres víctimas de feminicidio fueron encontradas en la vía pública o en lugares públicos como calles, avenidas, terrenos baldíos, tiraderos de basura, hoteles, parques, mientras que el 10 por ciento fueron halladas en una vivienda.
- El 20 por ciento de las mujeres víctimas de feminicidio fueron asesinadas por su pareja, algún familiar o persona cercana a la víctima. En el 80 por ciento restante, la autoridad desconoce al agresor.

A pesar de este terrible escenario que prevalece en el país, hay algunos signos de cambio esperanzadores, no en el campo de la procuración de justicia sino en el judicial. En 2013, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el amparo relacionado con el caso del homicidio de Mariana Lima Buendía, promovido por su madre, Irinea Buendía Cortés en contra de la Procuraduría de Justicia del Estado de México, por las inconsciencias en la averiguación previa relativa al delito de homicidio en agravio de su hija. La resolución judicial estableció que en los casos de homicidios de mujeres, se debe:

- Identificar las conductas que causaron la muerte de la mujer;
- Verificar la presencia o ausencia de motivos o razones de género que originaron o explican la muerte violenta;
- Preservar las evidencias específicas para determinar si hubo violencia sexual, y
- Realizar las pruebas periciales para determinar si la víctima estaba inmersa en un contexto de violencia.

El 2 de octubre de 2015 una jueza federal ordenó al Estado de México reparar y ofrecer una disculpa pública por la tardanza injustificada en emitir la Declaratoria de Alerta de Violencia de Género que prevé la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. En el Estado de México solamente se tardaron cuatro años en emitir la Alerta, luego de tres negativas. A pesar de ser la entidad con más feminicidios registrados en el país la reticencia para echar a andar ese mecanismo fue por demás evidente. Ante esta resolución, paradójicamente, la Secretaría de Gobernación, que preside el Sistema Nacional de Prevención, Atención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres, presentó un recurso contra dicha sentencia que aún está en trámite. La jueza, en este caso, consideró que esa tardanza constituía una grave violación a los derechos humanos de las mujeres y por ello ordenó la reparación y una disculpa pública.

Otro caso es el del estado de Veracruz, donde en los últimos tres meses (de enero a abril de 2016), se conoció del asesinato de 33 mujeres con extrema violencia, así como la denuncia de 20 mujeres desaparecidas en esa entidad.¹⁷ Ante esta situación la

¹⁷Declaraciones periodísticas de la presidenta del Instituto Veracruzano de las Mujeres, de Boca del Río, Veracruz, María Josefina Gamboa Torales, periódico *Animal Político* del 19 de abril de 2016.

presidenta del Instituto Veracruzano de las Mujeres (Invermujeres) de Boca del Río, Veracruz, solicitó a su homóloga estatal la declaratoria de la Alerta de género, a lo cual ésta se negó aduciendo que le correspondía hacerlo a la Secretaría de Gobernación. Esta negativa motivó que la justicia federal ¹⁸ otorgara un amparo a favor de la directora de Invermujeres de Boca del Río, dejando sin efecto la negativa del Instituto Veracruzano de las Mujeres de iniciar la Alerta de género. Así, se reconoció la gravedad del problema de la violencia contra las mujeres en esa entidad federativa. Sin embargo, esta resolución fue recurrida por autoridades estatales, por lo que a la fecha todavía no se expide la requerida Alerta de Género.

Este es el sombrío panorama que enfrentan las mujeres mexicanas en la búsqueda de una justicia que lamentablemente se les sigue escatimando, pero afortunadamente el Poder Judicial federal con este tipo de resoluciones está abriendo un pequeño resquicio de esperanza para las víctimas y sus familiares.

¹⁸Véase Amparo en Revisión número 363/2015, materia: administrativa, recurrente: Instituto Veracruzano de las Mujeres.

Temas constitucionales transversales con perspectiva
convencional: el interés superior del niño

El reconocimiento de los derechos
de niñas y niños: la evolución del artículo 4º
constitucional

Entre el conjunto de derechos reconocidos en el artículo 4 constitucional se encuentran, en los párrafos 9, 10 y 11, los derechos de niñas y niños. La protección constitucional de los derechos de las personas durante la minoría de edad ha sido objeto de diversas reformas reflejo, en su mayoría, de acontecimientos en el ámbito internacional. La última de éstas data de octubre de 2011 y debe ser interpretada a la luz de la reforma constitucional en materia de derechos humanos.

El primer reconocimiento constitucional de los derechos de niñas y niños se dio en 1980, luego de que 1979 fuera declarado por la Organización de Naciones Unidas como Año Internacional del Niño, en conmemoración del 20 aniversario de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959.¹ En esta primera redacción se incorpora al artículo 4 constitucional un párrafo relativo a los derechos de los “menores” que establecía la obligación de los padres de satisfacer las necesidades de sus hijos:

¹La Declaración de los Derechos del Niño fue aprobada en 1959 por la Asamblea General de Naciones Unidas y estaba integrada por 10 derechos: 1) derecho al disfrute de todos los derechos sin discriminación; 2) derecho a la protección y consideración del interés superior del niño; 3) derecho a un nombre y una nacionalidad; 4) derecho a la salud, alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos; 5) derecho del niño física o mentalmente impedido a recibir atención especial; 6) derecho a la vinculación afectiva y a no separarse de sus padres; 7) derecho a la educación, al juego y recreaciones; 8) derecho a la prioridad en protección y socorro; 9) protección contra abandono, crueldad y explotación; 10) protección en contra de la discriminación.

Sumario

El reconocimiento de los derechos de niñas y niños: la evolución del artículo 4º constitucional. . .	463
Algunas dificultades teóricas en el reconocimiento de los derechos de niñas, niños y adolescentes.	465
La convención sobre los derechos del niño y la reforma en materia de derechos humanos (10 de junio de 2011).	466
La reforma de 12 de octubre de 2012: El principio del interés superior del niño.	467
La observación general No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)	476
Bibliografía	478

Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores a cargo de las instituciones públicas.

La siguiente reforma fue publicada en 2000, con el objeto, según la propia exposición de motivos, de adecuar la Constitución a la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) que el Estado mexicano había ratificado en 1990.² Se incluyeron tres párrafos que establecen el derecho a la satisfacción de ciertas necesidades, identifican a los sujetos obligados y prevén un deber especial del Estado en relación con el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

La última reforma en la materia fue publicada el 12 de octubre de 2011. Mediante ésta se incorpora el principio del “interés superior de la niñez” y se establece que este principio *deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez*. Junto con el artículo 4 se modificó el artículo 73 constitucional para reconocer facultades al Congreso de la Unión para legislar en materia de derechos de niñas y niños. No debe perderse de vista la complementariedad de ambas reformas, pues la adición de la fracción XXIX-P del artículo 73 ha marcado el inicio de una importante transformación en lo que se refiere a la eficacia de los derechos constitucionales de las personas menores de 18 años y, desde luego, en la aplicación del Interés Superior del Niño (ISN).³

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

XXIX-P. Expedir leyes que establezcan la concurrencia de la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, velando en todo momento por el interés superior de los mismos y cumpliendo con los tratados internacionales de la materia, de los que México sea parte.

²La Convención fue ratificada por México el 21 de septiembre de 1990; entró en vigor para nuestro país el 21 de octubre de 1990 y fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1991.

³En 2014 fue publicada la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, que contempla, por primera vez en la historia de nuestro país, la creación de un Sistema Nacional de Protección Integral para las personas menores de edad y de sistemas locales (estatales y municipales). La ley contiene también un amplio catálogo de derechos, así como mecanismos para su garantía.

Algunas dificultades teóricas en el reconocimiento de los derechos de niñas, niños y adolescentes

Como puede advertirse claramente de la evolución del artículo 4 constitucional, el reconocimiento de los derechos de niñas y niños no ha sido sencillo. Ello se debe, en buena medida, a la tensión inevitable del modelo del titular de derecho en los estados liberales y la atribución de derechos a quienes se presupone no gozan de la capacidad de agencia. Los derechos humanos, desde las primeras formulaciones,⁴ fueron pensados para el “agente autónomo”, es decir, para aquel que puede tomar decisiones libres. En un primer momento histórico esta categoría se reservó para los varones, adultos, blancos, propietarios, aunque más tarde se fue atribuyendo esta capacidad a las mujeres, indígenas, etcétera. Sin embargo, de algunas personas se sigue predicando la “incapacidad”,⁵ lo que dificulta el reconocimiento de la titularidad de derechos.

Otro aspecto a destacar es el hecho de que el reconocimiento de los derechos de niñas y niños ha tenido un desarrollo inverso a los derechos para las personas adultas. Históricamente, los primeros en ser reconocidos y protegidos han sido aquellos identificados como derechos civiles y políticos, que tienen como fin limitar el poder del Estado y se sustentan en el valor de la libertad. En esta categoría se encuentran la vida, el honor, la libertad de conciencia, pensamiento y expresión, las garantías procesales, la seguridad jurídica, el derecho de propiedad, así como el derecho al voto y a la participación política. Como puede advertirse, muchos de estos derechos son difícilmente atribuidos a las personas durante la minoría de edad.

Por el contrario, en los primeros documentos jurídicos que reconocen algunos derechos de niñas y niños, se enumeran aquéllos catalogados como económicos, sociales y culturales. En este sentido, el derecho a la educación, la salud, la alimentación, etcétera, han gozado de amplia legitimidad, mientras que los derechos vinculados con las libertades enfrentan una fuerte resistencia. Lo anterior queda de manifiesto en el mismo texto constitucional vigente.

Es esta la razón por la cual, pese a que el artículo 1 constitucional establece que toda persona gozará de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales y prohíbe toda forma de discriminación, incluida la motivada por la edad, el Constituyente vio la necesidad de establecer ciertos derechos específicos para las personas menores de edad. Como se ha dicho, tal cosa no sucedió sino hasta 1980. Hasta antes de esta fecha, niñas y niños no eran considerados como titulares auténticos de derechos y, aun ahora, dos reformas después, el artículo 4 sigue siendo restrictivo, pues lejos de reflejar los contenidos de la CDN, se limita a establecer un número reducido de derechos: *alimentación, salud, educación y sano esparcimiento*

⁴La mayoría de los especialistas están de acuerdo en ubicar durante el siglo XVIII el surgimiento del concepto moderno de derechos humanos, con dos acontecimientos decisivos: la Revolución Francesa y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, y con la Independencia de las trece colonias inglesas y las Declaraciones de Derechos de Virginia y de Independencia de los Estados Unidos.

⁵El Código Civil Federal, así como la mayoría de los códigos de los estados y el Distrito Federal, establecen que los menores de edad tienen “incapacidad natural y legal”.

para su desarrollo integral. En contraste, como se expondrá más adelante, el tratado internacional reconoce, en sus 54 artículos, un catálogo amplio de derechos. De ahí la importancia de una adecuada comprensión del ISN que, a partir de la reforma al artículo 1 en 2011, debe considerarse como un eje transversal que debe estar presente en la interpretación constitucional cuando directa o indirectamente puedan verse afectados los derechos de una persona menor de dieciocho años de edad.

La convención sobre los derechos del niño y la reforma en materia de derechos humanos (10 de junio de 2011)

Es necesario subrayar que la protección constitucional de los derechos de niñas y niños no debe interpretarse limitada al artículo 4 constitucional, pues el artículo 1, al incorporar los tratados internacionales, extendió significativamente el ámbito de tutela constitucional de los derechos de las personas menores de dieciocho años. Así, debe comprenderse, de acuerdo con los principios de interpretación conforme a los tratados y pro persona contenidos también en el artículo 1 constitucional, que los derechos humanos de niñas y niños son todos aquéllos contenidos en los 54 artículos de la CDN, además de que deben tomarse en consideración las interpretaciones de este tratado hechas por el Comité de los Derechos del Niño. La CDN se complementa con dos protocolos facultativos, que también han sido ratificados por México:⁶ Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía⁷ y Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.⁸ En diciembre de 2011 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a un procedimiento de comunicaciones que aún no ha sido suscrito por México.

La CDN fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado mexicano al año siguiente. En el artículo 43 se crea el Comité de los Derechos del Niño⁹ como el órgano encargado de dar seguimiento al cumplimiento del tratado por los Estados Partes. Cada Estado tiene obligación de informar periódicamente sobre las medidas tomadas para garantizar los

⁶En materia de justicia para adolescentes hay otros instrumentos internacionales, aunque éstos, por su naturaleza, no son ratificados por los Estados: Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia juvenil (Reglas de Beijing) (28 de noviembre de 1985); Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (14 de diciembre de 1990); Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) (14 de diciembre de 1990).

⁷Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en la Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000. Entrada en vigor: 18 de enero de 2002.

⁸Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en la Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000. Entrada en vigor: 12 de febrero de 2002.

⁹El Comité está integrado por 18 expertos.

derechos de niñas y niños.¹⁰ El Comité emite una serie de observaciones a los Estados manifestando los avances y motivos de preocupación acerca de la situación que guardan los derechos en el país de que se trate.

El Comité formula también Observaciones Generales, en las cuales se pronuncia sobre derechos específicos de la CDN. En la Observación General No. 5, sobre *Medidas generales de aplicación de la Convención* el Comité, al establecer la forma en que los Estados deben presentar sus informes, clasifica los derechos de la CDN en las siguientes categorías:

- Medidas generales
- Definición del niño
- Principios rectores
- Derechos y libertades civiles
- Entorno familiar y otro tipo de tutela
- Salud básica y bienestar
- Educación, esparcimiento y actividades culturales
- Medidas especiales de protección

Como se advierte claramente, los derechos de la CDN van mucho más allá del los enunciados en el artículo 4, por lo que debe entenderse este texto complementado por los tratados internacionales.

La reforma de 12 de octubre de 2012: El principio del interés superior del niño

Como se mencionó, la reforma de 12 de octubre de 2011 incorpora el principio del “interés superior de la niñez” como directriz de todas las decisiones y actuaciones del Estado. Pese a que la Constitución utiliza el término *niñez* (no muy afortunado, por cierto),¹¹ debe entenderse que se trata del principio del “interés superior del niño” (ISN), que tiene una amplia tradición en el derecho internacional, así como en las leyes relativas a los derechos de niñas y niños creadas a partir de la ratificación de la CDN. Aunque esta inclusión era innecesaria en virtud de la reforma al artículo 1 constitucional que reconoce jerarquía constitucional a los tratados internacionales en materia

¹⁰El artículo 44 de la Convención establece que los Estados deberán presentar su primer informe a los dos años de haber ratificado la Convención y posteriormente cada cinco años.

¹¹El término *niñez* fue introducido, presumiblemente, con el fin de utilizar un concepto neutro, que pudiera incluir a niñas y niños. Sin embargo, es desafortunado por varias razones; en primer lugar, se pretende hacer referencia a un colectivo, ignorando que los derechos humanos son individuales y, por tanto, no son lo mismo los derechos de la niña o niño que los derechos del colectivo, pues incluso pueden entrar en conflicto. Pero además el vocablo “niñez” no hace referencia a un grupo de niños y niñas, sino que, según la Real Academia, es el *periodo de la vida humana, que se extiende desde el nacimiento a la pubertad*, por lo que es un concepto vago y excluye a los adolescentes. (Para un estudio más detallado sobre el tema véase González Contró, Mónica, “¿Menores o niñas, niños y adolescentes? reflexiones en el contexto del debate en América Latina”, en *Marco teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes*, IJ-UNAM, 2011).

de derechos humanos, es positiva la introducción de este importante, aunque también impreciso, concepto y se hace necesario entrar a su análisis.

El ISN está reconocido en la fracción 1 del artículo 3 de la CDN:

Artículo 3.

1. En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Pese a que se ha reconocido el ISN en la creación y aplicación de los derechos desde la Declaración de 1959,¹² ha sido también objeto de crítica debido a su indeterminación y difícil aplicación, en la medida en que podría conducir a la justificación o condena de una misma práctica dependiendo de su interpretación. Por otra parte, el principio puede convertirse también —y lo ha sido de hecho— en una fórmula vacía sin contenido concreto, que encubre la ausencia de normas jurídicas claras que protejan los derechos de niñas y niños. Es por ello importante esclarecer sus posibles alcances, insistiendo a la vez en la exigencia —sobre la base del mismo principio— de desarrollar un marco jurídico adecuado que dé certeza jurídica a las personas durante la minoría de edad.

El artículo 3 ha sido considerado como una de las piezas claves de la CDN, pues se le identifica como un principio rector que actúa como criterio para la interpretación para los demás derechos. Se le ha definido como una disposición “paraguas” que debe aplicarse en todas las acciones que conciernen a niñas y niños¹³ y que por tanto abarca al resto de los derechos contenidos en este instrumento: *Se trata de asegurar por parte de los Estados que, en cualquier proceso de toma de decisiones que afecte a la infancia y la adolescencia, han de tenerse en cuenta de forma prioritaria sus intereses.*¹⁴

El ISN se menciona también explícitamente en otros artículos de la CDN: 9, 18, 20, 21, 37 y 40.¹⁵ Se ha interpretado también como un principio general de discriminación inversa a favor del niño que implica la responsabilidad subsidiaria del Estado en la satisfacción de los derechos.¹⁶

¹²El artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 establece lo siguiente: *El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.*

¹³Alston, Philip y Gilmour-Wash Bridget, “The best interests of the child. Toward a Synthesis of Children’s Rights and Cultural Values”, en Verdugo, Miguel Ángel y Soler-Sala, Víctor (eds.), *La Convención de los Derechos del Niño. Hacia el siglo XXI*, Universidad de Salamanca, 1996, p. 257.

¹⁴Ochaíta, Esperanza y Espinosa, Ma. Ángeles, *Hacia una teoría de las necesidades infantiles y adolescentes: necesidades y derechos en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño*, Madrid, Mc Graw-Hill-UNICEF, 2004, p. 433.

¹⁵Los artículos en los que aparece enunciado el interés superior del niño prescriben que éste debe ser una consideración primordial: en la separación del niño de sus padres —art. 9(1)—, en el derecho a mantener contacto con ambos padres —art. 9(3)—, en la responsabilidad de padres y madres en la crianza —art. 18—, en la separación del medio familiar —art. 20—, en el caso de adopción —art. 21—, en los sistemas de justicia para adolescentes —art. 37 (c) y art. 40 (b) (iii).

¹⁶Hierro, Liborio L., “¿Tienen los niños derechos? Comentario a la Convención sobre los Derechos del Niño”, *Revista de Educación* No. 294, enero-abril de 1991, p. 232.

La CDN en su conjunto ayuda a dotar de contenido a la expresión ISN, pues provee de una declaración de valores cuidadosamente formulados y balanceados, sin embargo, no describe cómo atender este interés en una situación concreta, sino que las implicaciones precisas del principio variarán dependiendo del tiempo y del contexto en función de los valores culturales, sociales y otras realidades, así como de acuerdo a la situación de cada niño.¹⁷

El Comité ha señalado que el principio exige la adopción de medidas activas por parte de los órganos del Estado e interpreta de una manera amplia los ámbitos en que se considera pueden afectarse los derechos e intereses de niñas y niños:

Artículo 3, párrafo 1. El interés superior del niño como consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños. El artículo se refiere a las medidas que tomen “las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”. El principio exige la adopción de medidas activas por el gobierno, el parlamento y la judicatura. Todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente.¹⁸

La Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* señala que se trata de *principio regulador de la normativa de los derechos del niño*, fundado en la idea de dignidad humana y que permite el desarrollo de las potencialidades de la persona:

59. Este asunto se vincula con los examinados en párrafos precedentes, si se toma en cuenta que la Convención sobre Derechos del Niño alude al interés superior de éste (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación también ha definido la obligatoriedad del interés superior del niño, interpretándolo en la tesis de jurisprudencia que se transcribe:

¹⁷Alston, Philip y Gilmour-Wash Bridget, “The best interests of the child. Toward a Synthesis of Children’s Rights and Cultural Values”, en Verdugo, Miguel Angel y Soler-Sala, Víctor (eds.), *La Convención de los Derechos del Niño. Hacia el siglo XXI*, Universidad de Salamanca, 1996, p. 259.

¹⁸Comité de los Derechos del Niño, Observación general No. 5 (2003): Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42, y párrafo 6 del artículo 44) (CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003).

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO.

En términos de los artículos 4o., párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1991; y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales, en todas las medidas que tomen relacionadas con los menores, deben atender primordialmente al interés superior del niño; concepto que interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia contenciosa aceptó el Estado mexicano el 16 de diciembre de 1998) de la siguiente manera: “la expresión ‘interés superior del niño’ ... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”.¹⁹

Así, el ISN, en el contexto del artículo 1, 4 y 73 constitucionales, puede ser interpretado en tres sentidos: 1) Como principio que orienta la ponderación cuando entran en conflicto dos o más derechos; 2) Como principio supletorio de la capacidad de decisión en niñas y niños en casos particulares y en el diseño de políticas y; 3) Como principio que supone la obligación de *promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad*.

A continuación se procederá al análisis de cada una de estas funciones.

El ISN como principio que orienta la ponderación cuando entran en conflicto dos o más derechos

En primer lugar, constituye un criterio de ponderación que ordena priorizar el derecho del niño sobre el del adulto en los casos en que así se justifique. Esto supone una presunción de que el derecho del niño debe prevalecer sobre el de la persona adulta, aunque como toda presunción admite prueba en contrario.²⁰ El principio parte del supuesto de que se encuentran en juego bienes de tal importancia que pueden desplazar a otras exigencias, ya sean de otras personas o grupos, e incluso del mismo niño. Lo anterior puede tener como consecuencia la excepción en algunas normas procesales cuando en el juicio se involucren derechos de una niña o niño.²¹

Uno de los aspectos que es importante analizar de la redacción del artículo 3 de la CDN es el hecho de que el artículo dispone que ISN es “una” consideración primordial,

¹⁹Localización: [JJ]; 10a. Época; 1a. Sala; SJF y *su Gaceta*; Libro XV, diciembre de 2012; tomo 1; p. 334. 1a./J. 25/2012 (9a.).

²⁰Esto significa que en algunas ocasiones puede prevalecer, por ejemplo, el derecho de la persona adulta.

²¹Por ejemplo, la Primera Sala ha considerado que la admisión y desahogo de la pericial en materia de psicología constituye un acto de imposible reparación y por ende procede en su contra el juicio de amparo indirecto (Localización: [JJ]; 9a. Época; 1a. Sala; SJF y *su Gaceta*; tomo XXXIII, mayo de 2011; p. 128. 1a./J. 20/2011); lo mismo ocurre con la admisión y desahogo de la prueba testimonial a cargo de los hijos menores de edad en los juicios de divorcio de sus padres (Contradicción de tesis 130/2005). Hay excepciones también en materia penal, cuando la víctima es menor de edad.

más no “la” consideración primordial. Esto quiere decir que existen otros factores que pueden ser tomados en cuenta en las decisiones relacionadas con los niños. El objetivo de la redacción del artículo 3 fue dar cierta flexibilidad al principio, pues en las discusiones sobre la CDN se argumentó que en muchas ocasiones hay otras consideraciones que deben ser tomadas en cuenta con igual peso que el ISN.²²

La condición de principio deriva de esta característica, pues debe realizarse un ejercicio de ponderación en cada caso concreto, sopesando las razones para hacer prevalecer uno u otro derecho, con una obligación implícita de fundamentar la decisión.

La CDN concede un peso distinto al ISN en el caso de la adopción: el artículo 21 establece que los Estados que reconocen el sistema de adopción *cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial*.²³ El artículo 18 (1) también parece dar un peso diferente al ISN: *Incumbirá a los padres o, en su caso a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño*.

En el ámbito mexicano, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes reconoce también en el artículo 2 fracción II que:

El interés superior de la niñez deberá ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones sobre una cuestión debatida que involucre niñas, niños y adolescentes. Cuando se presenten diferentes interpretaciones, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva este principio rector.

Cuando se tome una decisión que afecte a niñas, niños o adolescentes, en lo individual o colectivo, se deberán evaluar y ponderar las posibles repercusiones a fin de salvaguardar su interés superior y sus garantías procesales.

El artículo 6º de la misma ley lo incorpora como principio rector:

Artículo 6º. Para efectos del artículo 2 de esta Ley, son principios rectores, los siguientes:
I. El interés superior de la niñez;

El carácter de principio que establece la prioridad de los derechos del niño sobre el de la persona adulta ha sido también confirmado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversas tesis de jurisprudencia. Por ejemplo, la Primera Sala ha establecido que es admisible la prueba pericial en materia genética aun cuando en el acta del nacimiento del niño aparezca un padre legal; esto significa que se privilegia el derecho del niño a la identidad sobre el derecho de la persona que aparece en el

²²Alston, Philip y Gilmour-Wash Bridget, “The best interests of the child. Toward a Synthesis of Children’s Rights and Cultural Values”, en Verdugo, Miguel Ángel y Soler-Sala, Víctor (eds.), *La Convención de los Derechos del Niño. Hacia el siglo XXI*, Universidad de Salamanca, 1996, p. 265.

²³Un dato curioso de la Convención: Alston y Gilmour-Walsh hacen notar que el artículo 3 habla del interés superior del niño como “a primary consideration” a diferencia del artículo 21 que utiliza la expresión “a paramount consideration”; sin embargo, en el texto en español, considerado igualmente auténtico por el artículo 54 de la Convención (“El original de la presente Convención, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos...”), la expresión utilizada en ambos artículos es la misma: “consideración primordial”.

acta²⁴. En el mismo sentido, se establece una regla general a favor de dar la guarda y custodia a la madre en el caso de los niños menores de diez años, siempre y cuando ello sea acorde con el ISN.²⁵ De la misma manera, el Pleno del más alto tribunal ha emitido un criterio jurisprudencial según el cual el abandono de hogar no supone la pérdida de la patria potestad, en el entendido de que puede conservarse la vinculación entre el progenitor y el niño aun cuando éste ya no habite en el hogar conyugal.²⁶

Lo anterior confirma el carácter de principio que debe ser aplicado en cualquier ejercicio de ponderación en el que estén en juego derechos de alguna niña o niño, ahora presente en el mismo texto constitucional y en la ley reglamentaria.

El ISN como principio supletorio de la capacidad de decisión en niñas y niños en casos particulares y en el diseño de políticas

En segundo término, el principio del ISN puede ser utilizado para argumentar sobre la toma de una determinación cuando la niña o niño no puede decidir. Lo anterior ya sea debido a que la edad es un impedimento (por ejemplo, con niñas o niños muy pequeños), debido a que se trata de bienes de tal magnitud que la niña o niño no puede tener la última palabra (por ejemplo, cuando hay dificultad para prever todas las consecuencias de la decisión en uno u otro sentido) o bien cuando se requiere de argumentar en contra de lo expresado por la niña o niño en ejercicio de su derecho a expresar su opinión. Una última posibilidad se da cuando al forzar a la niña o niño a expresar su deseo, esto acarrearía más perjuicios que beneficios, como puede ocurrir en algunas decisiones vinculadas con temas de familia.

El primer supuesto no requiere de mayor explicación, pues hay etapas de la infancia en las que alguien debe reemplazar la voluntad, como sería el caso de la niña o niño que no ha desarrollado las habilidades verbales. En estos casos generalmente la voluntad debe ser suplida, por la incapacidad para formular inclinaciones y expresarlas en algunos espacios.²⁷ Por ejemplo, una bebé de dos meses no puede dar su consentimiento respecto a ser adoptada por alguna persona en particular. En estos casos, son

²⁴PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA. NO ES OBSTÁCULO PARA SU ADMISIÓN EN UN JUICIO DE INVESTIGACIÓN DE PATERNIDAD QUE OBRE EN EL ACTA DE NACIMIENTO DEL ACTOR EL REGISTRO DE UN PADRE LEGAL (LEGISLACIONES CIVILES DE SINALOA Y EL ESTADO DE MÉXICO). Localización: [J] ; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta SJF; Libro 10, septiembre de 2014; tomo I; p. 566. 1a./J. 55/2014 (10a.).

²⁵GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. EL ARTÍCULO 4.228, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO, INTERPRETADO A LA LUZ DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES Y DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ES CONSTITUCIONAL. Localización: [J] ; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta SJF; Libro 7, junio de 2014; tomo I; p. 215. 1a./J. 52/2014 (10a.).

²⁶PATRIA POTESTAD. EL SUPUESTO NORMATIVO QUE IMPONE SU PÉRDIDA POR ABANDONO INJUSTIFICADO DEL HOGAR CONYUGAL POR MÁS DE 6 MESES, ES UNA SANCIÓN CIVIL QUE TRANSGREDE EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Localización: [J] ; 9a. Época; Pleno; SJF y su Gaceta; tomo XXVII, junio de 2008; p. 7. P./J. 61/2008.

²⁷Es necesario decir, sin embargo, que la autonomía en las personas comienza a desarrollarse desde los meses posteriores al nacimiento, pues el individuo busca interacción con el entorno. Me refiero aquí a posibilidades vinculadas con el desarrollo de los seres humanos. En la Observación general No. 12, el Comité señala que existe una presunción a favor del niño de tener la capacidad para expresar su opinión, asumiendo que es a la edad más temprana, incluso cuando no ha desarrollado lenguaje oral, pues aun las formas no verbales cuentan como opinión del niño.

los adultos —dependiendo del caso los padres, maestros, jueces o autoridades— quienes, velando por el ISN de la niña, deben tomar la decisión.

En el segundo caso nos enfrentamos al supuesto de decisiones que involucran bienes indispensables para la vida y el desarrollo de la niña o niño, por lo que, aunque se respete el derecho a expresar su opinión, la decisión final no puede ser dejada a su voluntad. Debido a las características del pensamiento infantil, hay limitaciones respecto de la posibilidad de prever las consecuencias de determinadas decisiones a largo plazo. En estos casos, el ISN prescribe la imposición de ciertos derechos obligatorios, como sería la alimentación, la escolarización o la salud, de las cuales se excluye la posibilidad de renuncia. El ISN obliga a los padres a dar una alimentación balanceada, inscribir en la escuela o vacunar a su hija o hijo, aun en contra de la voluntad de éstos. En este punto es muy importante subrayar que, como también establece la CDN, en todo momento debe tomarse en consideración la madurez del niño o niña.

Es elemental señalar que este tipo de aplicación del ISN requiere de una argumentación en sentido fuerte, pues constituye una imposición que exige dejar fuera de toda duda el beneficio de la propia persona. Lo mismo ocurre cuando, en una decisión jurisdiccional, el juzgador considera que en beneficio de la niña o niño debe fallar en contra de su opinión. Hay una obligación de argumentación fuerte sobre las razones que sustentan la decisión sobre el principio del ISN.

Finalmente, hay algunos casos en que la misma niña o niño sufriría de consecuencias adversas si se le exige tomar una decisión. Aunque tal vez se trate de los casos menos frecuentes, deben ser considerados cuidadosamente. Un ejemplo podría ser en los casos de litigio sobre la guarda y custodia, en los que situar al niño en la posición de elegir entre madre o padre le generaría un conflicto emocional. En estos casos el principio orienta hacia la toma de decisión por otro agente, atendiendo a las circunstancias del caso.

En los demás casos, el ISN puede ser identificado como la posibilidad de expresar su opinión y elegir. Ello supone la interpretación del principio como el ejercicio integral de todos los derechos, lo que será desarrollado en el siguiente apartado. Es necesario insistir, sin embargo, que el ISN como criterio para suplir la voluntad debe ser utilizado únicamente en los casos extremos, partiendo siempre de la presunción a favor de la expresión de la opinión del niño o niña, tal como lo ha establecido el Comité en la Observación General No. 12, que se abordará más adelante.

En esta línea, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sentado jurisprudencia en el mismo sentido de la OG No. 12 al considerar que no hay una regla fija sobre la edad a partir de la cual una persona puede expresar sus opiniones²⁸ y que el ejercicio de este derecho exige una valoración del juez, con el fin de dar cauce al derecho, así como la obligación de motivación y fundamentación.²⁹

²⁸INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. EL DERECHO DE LOS MENORES A PARTICIPAR EN LOS PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES QUE AFECTEN SU ESFERA JURÍDICA NO PUEDE ESTAR PREDETERMINADO POR UNA REGLA FIJA EN RAZÓN DE SU EDAD. Localización: [J] ; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta SJF; Libro 18, mayo de 2015; tomo I; p. 382. 1a./J. 13/2015 (10a.).

²⁹INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. EL EJERCICIO DEL DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A PARTICIPAR EN LOS PROCEDIMIENTOS QUE AFECTEN SU ESFERA JURÍDICA INVOLUCRA UNA VALORACIÓN DE PARTE DEL JUEZ. Localización: [J] ; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta SJF; Libro 18, mayo de 2015; tomo I; p. 383. 1a./J. 12/2015 (10a.).

Lo expuesto hasta ahora respecto de decisiones particulares, puede proyectarse al ámbito de las decisiones colectivas. El ISN de la infancia actúa como criterio rector de las políticas públicas en la medida en que los mecanismos de toma de decisiones vinculados con la democracia procedimental excluyen el poder de decisión de las personas que no han alcanzado la mayoría de edad. La exclusión de los derechos de participación política obligan a las autoridades —legislativas, ejecutivas y judiciales— a realizar un ejercicio de reflexión sobre la mejor forma de proteger el interés superior de la infancia tanto en el diseño y aplicación de leyes, como en el Plan Nacional de Desarrollo, o lo que en el artículo 4 se identifica como políticas públicas.

Lo anterior debe entenderse también como una obligación del Estado de crear los mecanismos de participación de niñas y niños en las decisiones colectivas, agenda en la que aún existe una gran deuda con la infancia de nuestro país.

El ISN como principio que supone la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad

El principio del ISN debe comprenderse en el contexto de la reforma en materia de derechos humanos y acorde a lo establecido en el recientemente reformado párrafo 8 del artículo 4 constitucional. En este sentido se refiere a la obligación de *promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad*. Ello supone concebirlo como un mandato dirigido a todas las autoridades y a la sociedad en general sobre la consideración de los derechos de niñas y niños en las decisiones públicas, tanto en el ámbito administrativo, como legislativo y judicial. Esto conlleva, tal como lo ha señalado el Comité, la adopción de medidas activas y reforzadas para la realización plena de cada uno de los derechos. Por esta razón, la vulneración de los mismos reviste mayor gravedad y, en consecuencia, genera una obligación del Estado en materia de restitución de los derechos y reparación del daño.

Una de las vertientes de aplicación es en el diseño de políticas públicas, especialmente a partir de la adición del párrafo 8 en octubre de 2012, que establece la obligación de que el interés superior *deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez*. En este sentido es importante hacer notar que, pese a la deficiencia del texto constitucional, debe entenderse que el principio incluye el interés superior de la *niñez* (como colectivo) y el ISN y *la niña*, prevaleciendo, en principio, este último en los casos de conflicto. El principio supone desde luego una obligación del Estado de proveer lo necesario para el ejercicio pleno de los derechos.

La Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes reconoce expresamente también los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad e integralidad en su artículo 6:

Artículo 6. Para efectos del artículo 2 de esta Ley, son principios rectores, los siguientes: II. La universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad e integralidad de los derechos de niñas, niños y adolescentes, conforme a lo dispuesto en los artículos 1º. y 4º. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos así como en los tratados internacionales;

Otra vertiente se relaciona con los casos particulares en los que ha de tomarse una decisión respecto de una niña o niño, sin que ésta suponga entrar en conflicto con otros derechos de personas adultas —supuesto que se abordó en el numeral 2—. En éstos debe interpretarse el interés superior de la niña o niño como la protección integral de todos los derechos contenidos en la CDN. Es decir, no se justifica la garantía de un derecho medianamente el sacrificio de otro, y en este contexto se vuelve especialmente importante abordar el derecho a ser escuchado en los asuntos que le afectan, pues se trata de un derecho al que el sistema jurídico mexicano ha concedido poca importancia hasta ahora.

Así lo ha considerado también la Primera Sala de nuestro más alto tribunal, al definir que el ISN en el ámbito jurisdiccional

ordena la realización de una interpretación sistemática que, para darle sentido a la norma en cuestión, tome en cuenta los deberes de protección de los menores y los derechos especiales de éstos previstos en la Constitución, tratados internacionales y leyes de protección de la niñez.³⁰

El derecho a ser escuchado, pese a no estar reconocido en el artículo 4 constitucional, debe entenderse tutelado constitucionalmente en virtud del artículo 1, debido a que se encuentra protegido en la CDN. El derecho a participar es considerado por el Comité como uno de los principios rectores del tratado internacional, y, como se mencionó, fue objeto de la Observación General No. 12 por parte del Comité: *El derecho del niño a ser escuchado* en el que se analiza el contenido del artículo 12 de la CDN desde varias perspectivas, que contemplan los alcances del mismo, el análisis de cada una de las expresiones, las condiciones para garantizar el derecho, los diferentes contextos y concluye con una serie de precisiones sobre la forma en que debe ser ejercido en situaciones concretas.³¹

Las opiniones expresadas por los niños, según el Comité, aportan perspectivas y experiencias importantes, por lo que deben ser considerados en la toma de decisiones, políticas, creación de leyes, así como en su evaluación. El Estado debe reconocer el derecho y garantizarlo escuchando las opiniones del niño y tomándolas en consideración.³² Por ello el Comité recomienda hacer una revisión legal para verificar una

³⁰INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. FUNCIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL. Localización: [J] ; 10a. Época; 1a. Sala; *Gaceta SJF*; Libro 4, marzo de 2014; tomo I; p. 406. 1a./J. 18/2014 (10a.).

³¹González Contró, Mónica, “Hacia una concepción dinámica de la Convención sobre los Derechos del Niño: el derecho a la participación”, en González Contró, Mónica (coord.), *Los derechos de niños, niñas y adolescentes en México a 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Porrúa, IIJ-UNAM, Save the Children, México, D.F., 2011, pp. 264-265.

³²Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12 (2009), *El derecho del niño a ser escuchado* (CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009), párr. 12.

adecuada tutela del derecho. La redacción del artículo 12 no deja margen de discreción a los Estados, pues el propio texto establece un deber de garantizar este derecho de acuerdo con la madurez. En este sentido, existe una presunción a favor del niño de tener la capacidad para expresar su opinión, asumiendo que es a la edad más temprana, incluso cuando no ha desarrollado lenguaje oral, pues aun las formas no verbales cuentan como opinión del niño.³³

El Comité concluye lo siguiente:

135. La inversión en la realización del derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan y a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta es una obligación clara e inmediata de los Estados partes en virtud de la Convención. Es un derecho de todos los niños, sin discriminación alguna. El objetivo de lograr oportunidades de aplicar verdaderamente el artículo 12 hace necesario dismantelar las barreras jurídicas, políticas, económicas, sociales y culturales que actualmente inhiben la oportunidad de que los niños sean escuchados y el acceso de los niños a la participación en todos los asuntos que los afecten. Ese objetivo exige preparación para hacer frente a los prejuicios acerca de la capacidad de los niños y estimular la creación de entornos en que los niños puedan potenciar y demostrar su capacidad. Exige además un compromiso para destinar recursos e impartir capacitación.³⁴

La observación general No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)

El Comité de los Derechos del Niño emitió en 2013 la Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, que explica la forma en que deben entenderse el párrafo 1 del artículo 3 de la CDN. El documento refiere que se trata de un concepto ya presente en otros instrumentos internacionales y que aparece en otras disposiciones de la CDN. El objetivo del concepto del ISN es “es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño”.³⁵ El ISN se vincula con el enfoque de derechos, la garantía de la integridad del niño y la promoción de la dignidad humana.

La OG14 identifica el ISN desde un triple enfoque: como un *derecho*, un *principio* y una *norma de procedimiento*. En tanto derecho sustantivo, el ISN establece una obligación que se pone en práctica cuando se debe tomar una decisión que afecte a un niño, grupo de niños o a los niños en general. En este sentido se trata de un derecho de aplicación directa que puede invocarse ante tribunales. Como principio, el ISN orienta la interpretación de las disposiciones cuando éstas son vagas. Por último, como norma de procedimiento, obliga a realizar una estimación de las posibles repercusiones que

³³*Ibidem*, párr. 21.

³⁴*Ibidem*, párr. 32.

³⁵Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 (2013), *Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*; (CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013), párr. 4.

tendrá cualquier decisión en los niños. Esta función incluye un deber de los Estados de explicar la forma en que se ha tomado en cuenta el ISN en cada decisión.³⁶

El objetivo de la OG14 es proponer un marco para la evaluación y determinación del ISN con el fin de mejorar su comprensión, así como propiciar el cambio de actitud que se requiere para reconocer a los niños como titulares plenos de derechos. Ello implica tanto las medidas de aplicación tomadas por los Estados, como las decisiones individuales tomadas por las autoridades que afectan a uno o varios niños en concreto, así como al sector privado y a los padres y cuidadores.³⁷

El ISN es un concepto dinámico y flexible, que debe ser evaluado adecuadamente en cada contexto. El hecho de que sea una “consideración primordial”, en opinión del Comité DN, supone que el ISN no puede estar en el mismo nivel que otras consideraciones, debido a que los niños están en una situación de desventaja frente a otros intereses de personas adultas, lo que obliga a tener en cuenta específicamente sus intereses y a darles máxima prioridad.³⁸

El documento enumera y explica los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar el ISN:

- a) La opinión del niño.³⁹
- b) La identidad del niño.⁴⁰
- c) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones.⁴¹
- d) Cuidado, protección y seguridad del niño.⁴²
- e) Situación de vulnerabilidad.⁴³
- f) El derecho del niño a la salud.⁴⁴
- g) El derecho del niño a la educación.⁴⁵

En relación con las garantías procesales para velar por la observancia del ISN, se mencionan las siguientes:⁴⁶

- a) El derecho del niño a expresar su propia opinión.
- b) La determinación de los hechos.
- c) La percepción del tiempo.
- d) Los profesionales cualificados.
- e) La representación letrada.
- f) La argumentación jurídica.

³⁶*Ibidem*, párr. 6.

³⁷*Ibidem*, párrs. 10-12.

³⁸*Ibidem*, párrs. 36, 37.

³⁹*Ibidem*, párrs. 53-54.

⁴⁰*Ibidem*, párrs. 55-57.

⁴¹*Ibidem*, párrs. 58-70.

⁴²*Ibidem*, párrs. 71-74.

⁴³*Ibidem*, párrs. 75-76.

⁴⁴*Ibidem*, párrs. 77-78.

⁴⁵*Ibidem*, párr. 79.

⁴⁶*Ibidem*, párrs. 89-99.

- g) Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones.
- h) La evaluación del impacto en los derechos del niño.

El ISN ha adquirido especial relevancia con el reconocimiento y garantía de los derechos de las personas menores de edad, tanto en el ámbito nacional como internacional. Muestra de ello es su incorporación al texto constitucional, así como el desarrollo que ha tenido en la jurisprudencia y en las observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño. Un reto importante radica en su aplicación en los diferentes espacios de la vida de niñas, niños y adolescentes.

Bibliografía

- ALSTON, Philip y Gilmour-Wash Bridget, “The best interests of the child. Toward a Synthesis of Children’s Rights and Cultural Values”, en Verdugo, Miguel Ángel y Soler-Sala, Víctor (eds.), *La Convención de los Derechos del Niño. Hacia el siglo XXI*, Universidad de Salamanca, 1996, pp. 253-289.
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General No.12 (2009), *El derecho del niño a ser escuchado* (CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009).
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General No.14 (2013), *Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*; (CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013).
- FANLO CORTÉS, Isabel (comp.), *Derechos de los niños: una contribución teórica*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política No. 90, Distribuciones Fontamara, México, D.F., 2004.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Infancia-Adolescencia. De los derechos y de la justicia*, Tercera Edición, Doctrina Jurídica Contemporánea No. 7, Distribuciones Fontamara, México, D.F., 2008.
- GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, IIJ-UNAM, México, D.F., 2008.
- , “¿Menores o niñas, niños y adolescentes? reflexiones en el contexto del debate en América Latina”, en *Marco teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes*; IIJ-UNAM, 2011.
- (coord.), *Los derechos de niños, niñas y adolescentes en México a 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Porrúa, IIJ-UNAM, Save the Children, México, D.F., 2011.
- HIERRO, Liborio L., “¿Tienen los niños derechos? Comentario a la Convención sobre los Derechos del Niño”, *Revista de Educación* No. 294, enero-abril de 1991, pp. 221-233.
- OCHAÍTA, Esperanza y Espinosa, Ma. Ángeles, *Hacia una teoría de las necesidades infantiles y adolescentes: necesidades y derechos en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño*, Madrid, McGraw-Hill-UNICEF, 2004.

El derecho al trabajo:
Un derecho con perspectiva convencional y de derechos humanos

Introducción

El derecho al trabajo históricamente ha desarrollado una serie de principios propios, dada su naturaleza protectora e igualadora de disimilitudes. La construcción de dichos principios se puede considerar como la elaboración, por parte de la doctrina y de la ley, de un derecho del trabajo que lo alejaba del derecho común, anteponiendo derechos sociales sobre derechos individuales. Sin embargo, dicha interpretación no ha sido necesariamente sostenida por los juzgadores (I). Paralelamente a nivel del derecho internacional (II), del derecho internacional del trabajo (III) y del derecho nacional, se ha desarrollado un discurso alrededor de los derechos humanos, que sin duda ha influido en la integración actual del derecho del trabajo mexicano, el cual queda plenamente evidenciado con la reforma laboral de noviembre de 2012 (IV), y poco a poco en la práctica cotidiana de los tribunales y organismos protectores de los derechos humanos en nuestro país (V); no dejando otra puerta que leer, el derecho nacional a la luz de los derechos humanos y del derecho convencional (VI).

El derecho al trabajo
y sus principios clásicos cuestionados

El derecho al trabajo se inspira en una serie de principios que han determinado su devenir histórico durante el siglo XX. Sus principios son máximas válidas por sí mismas, que se encuentran fuera del derecho positivo al mismo tiempo que son “...inspiradores de un derecho positivo, en virtud de los cuales el juez podrá dar la solución que el mismo legislador daría si estuviera presente,

Sumario

Introducción	479
El derecho al trabajo y sus principios clásicos cuestionados	479
La delimitación de los principios clásicos del derecho del trabajo por el juzgador	482
El derecho al trabajo en el derecho internacional	484
El derecho al trabajo en el derecho internacional del trabajo	488
El rediseño de los derechos fundamentales en la legislación laboral mexicana	493
Trabajo digno o decente	495
Los avances en la exigibilidad de los derechos fundamentales del trabajo en el orden interno	496
La necesaria lectura del derecho laboral a la luz de los derechos humanos y del derecho convencional	499

o habría establecido de prever el caso”.¹ Algunos autores, como Américo Pla, han hecho ya una relación de los principios del derecho del trabajo: protector (1), irrenunciabilidad (2), continuidad (3), primacía de la realidad (4) y razonabilidad (5). Principios que han sido limitados o delimitados por el juzgador (6).

Principio protector

Consiste en la protección que se otorga al trabajador: este principio, en particular, resulta distinto de las demás ramas jurídicas, puesto que se le da preferencia a una de las partes, que en este caso será al trabajador, con la finalidad de crear igualdad sustantiva y real entre las partes. El fundamento de este principio está ligado con la propia razón de ser del derecho del trabajo, que estriba en el propósito de nivelar desigualdades. No consiste en igualar a las personas, sino en la nivelación de las desigualdades. En cuanto a sus formas de aplicación, éstas pueden entenderse en tres: la regla *in dubio pro operario* (criterio que debe utilizar el juez o el intérprete para elegir entre varios sentidos posibles de una norma, aquel que sea más favorable al trabajador), la regla de la *norma más favorable* (determina que en el caso de que haya más de una norma aplicable, debe optarse por aquella que sea más favorable, aunque no sea la que hubiese correspondido de acuerdo con los criterios clásicos de la jerarquía de las normas), y la regla de la *condición más beneficiosa* (criterio por el cual la aplicación de una nueva norma laboral nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables en que pudiera encontrarse el trabajador).

Principio de irrenunciabilidad

Es la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio. La prohibición de renunciar importa excluir la posibilidad de que pueda realizarse válida y eficazmente el desprendimiento voluntario de los derechos, en el ámbito alcanzado por aquella prohibición. Al contrario de lo que ocurre en el derecho común, donde rige el principio de renunciabilidad, en el derecho del trabajo rige el principio opuesto, que es el de la irrenunciabilidad. Las leyes laborales pueden considerarse prohibitivas en cuanto impiden pactar condiciones de trabajo inferiores a las en ella establecidas, que marcan niveles mínimos de protección.

Principios de continuidad

El contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo. La relación laboral no se agota mediante la realización instantánea de cierto acto, sino que dura en el tiempo. Se presupone una vinculación que se prolonga. Todo lo que tienda a la conservación de la

¹De Buen Demófilo, *Introducción al estudio del Derecho Civil*, Madrid, 1932, pp. 321 y ss.

fuente de trabajo, al darle seguridad al trabajador no sólo constituye un beneficio para él en cuanto le transmite una sensación de tranquilidad, sino que redundará en beneficio de la propia empresa, y, a través de ella, de la sociedad, en la medida que contribuye a aumentar el rendimiento y a mejorar el clima social de las relaciones entre las partes. Se habla de continuidad, porque alude a lo que dura, a lo que se prolonga, a lo que se mantiene en el tiempo, a lo que alarga; y es precisamente esa la idea central que se quiere evocar con este principio. Sus alcances son los siguientes: preferencia por los contratos de duración indefinida, amplitud para la admisión de las transformaciones del contrato, facilidad para mantener el contrato a pesar de los incumplimientos o nulidades en que se haya incurrido, resistencia a admitir la rescisión unilateral del contrato, por voluntad patronal, interpretación de las interrupciones de los contratos como simples suspensiones, y prolongación del contrato en casos de sustitución del empleador.

Principio de la primacía de la realidad

El principio de la primacía de la realidad significa, que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos. En materia laboral importa lo que ocurre en la práctica más que lo que las partes hayan pactado en forma más o menos solemne o expresa, o lo que luzca en documentos, formularios, instrumentos de contralor. La documentación puede reflejar la verdad, pero también puede reflejar la ficción dirigida a simular o a esconder la verdad con el objeto de eludir el cumplimiento de obligaciones legales para obtener un provecho ilícito.

Principio de la razonabilidad

El principio de razonabilidad consiste en la afirmación esencial de que el ser humano, en sus relaciones laborales, procede y debe proceder conforme a la razón. El debido proceso exige que exista cierta sustancial y razonable relación entre la ley y la seguridad, salubridad, moralidad y bienestar, etcétera, de la población. Es lo que se ha llamado la regla del equilibrio conveniente o de racionalidad o de las relaciones sustanciales.

Por su parte el Dr. Néstor de Buen ha señalado una serie de principios propios al Derecho Mexicano del Trabajo, que encuentran su fuente original y originaria en el artículo 123 de la Constitución mexicana, y en el primer capítulo de la Ley Federal del Trabajo, a saber: el equilibrio en las relaciones entre trabajadores y patrones, como fin de las normas de trabajo (artículo 2º de la LFT); el concepto de justicia social (artículo 2º y 17 de la LFT); el trabajo como derecho y deber sociales (artículo 2º y 3º de la LFT), y la libertad, la igualdad, la dignidad y la salud de los trabajadores como fines del derecho laboral (artículo 3 de la LFT).²

²De Buen, Néstor, “Los principios fundamentales del Derecho Mexicano del Trabajo”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, julio-diciembre, 1973, tomo XXII, núm. 91-92, México, UNAM, pp. 247-361.

La delimitación de los principios clásicos del derecho del trabajo por el juzgador

Los principios clásicos del derecho del trabajo desarrollados por la doctrina, a lo largo del tiempo, han sido limitados por la interpretación judicial, tal es el caso del principio protector.³ Al respecto, se pueden citar los siguientes ejemplos: dicho principio no faculta a las Juntas a subsanar las omisiones en las que haya incurrido el trabajador en la elaboración de sus demandas.⁴ Tampoco es aplicable en materia de valoración de pruebas,⁵ ni debe entenderse como una facultad del juzgador para crear prestaciones o derechos inexistentes en la normatividad laboral, ya que de hacerlo implicaría “una invasión de esferas reservadas al legislador; y, por ende, es improcedente, pues de permitirse se estaría facultando al juzgador a desempeñar el papel de legislador crean-

³INTERPRETACIÓN DE LA LEY LABORAL EN CASO DE DUDA, SEGÚN SU ARTÍCULO 18. [TA]; 7a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Volumen 91-96, Sexta Parte; Pág. 120. Se ha generalizado en los litigantes una errónea interpretación del artículo 18 de la Ley Federal del Trabajo, a tal grado que resulta muy común su invocación en aquellas alegaciones de éstos tendientes a que se favorezca al trabajador en aquellos casos en que exista duda sobre alguno de los puntos controvertidos, siendo que dicho precepto, a la luz de la exposición de motivos de la propia Ley Federal del Trabajo, no se refiere a la duda respecto a las cuestiones de fondo, sino que se refiere a la duda que tengan los tribunales en la interpretación de los preceptos de la Ley Federal del Trabajo. *TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO. Amparo directo 708/75. Carolina Márquez Ramón. 13 de agosto de 1976. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Villegas Vázquez.*

⁴INTERPRETACIÓN DE LA LEY LABORAL EN CASO DE DUDA. LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 18 DE LA PROPIA LEY, NO FACULTA A LAS JUNTAS A INTEGRAR LAS DEMANDAS DE LOS TRABAJADORES, [TA]; 7a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Volumen 91-96, Sexta Parte; Pág. 119. Al establecer el artículo 18 de la Ley Federal del Trabajo que en la interpretación de las normas del trabajo, se tomarán en consideración sus finalidades en los artículos 2º y 3º, y que en caso de duda prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador, no faculta a las Juntas a sustituirse a éstos en la integración de sus demandas, porque tal precepto se refiere a los casos de duda en la interpretación de las disposiciones laborales, pero no a las omisiones en que se haya incurrido al elaborar las demandas laborales. *TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO. Amparo directo 722/74. Ricarda Vázquez y coa-graviados. 1o. de octubre de 1976. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo García Romero.*

⁵INTERPRETACIÓN FAVORABLE AL TRABAJADOR. [TA]; 7a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Volumen 66, Sexta Parte; Pág. 33. De conformidad con el artículo 18 de la Ley Federal del Trabajo, en la interpretación de las normas de trabajo, se tomarán en consideración sus finalidades señaladas en los artículos 2º y 3º, y en caso de duda, prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador; de lo anterior se advierte que la duda es precisamente en relación a la interpretación de las normas, no a la valoración de las pruebas, por lo que no puede legalmente considerarse que si las pruebas ofrecidas no forman convicción, cuando menos crearon una situación de duda y ante ella la Junta debió estar a lo más favorable al trabajador, en términos del numeral citado. *TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 161/73. Daniel Bravo Hernández. 26 de junio de 1974. Unanimidad de votos. Ponente: José Martínez Delgado.*

“RINCIPIO “IN DUBIO PRO OPERARIO”. INTERPRETACIÓN FAVORABLE AL TRABAJADOR. CONTENIDO EN LOS ARTÍCULOS 60. Y 18 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO. SE REFIERE A LA LEY LABORAL Y NO A LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su *Gaceta*; tomo III, abril de 1996; Pág. 439. *TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 473/96. Vicente Trujillo Zepeda. 14 de febrero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Sergio Novales Castro. Secretario: José Elías Gallegos Benítez.*

“RUEBAS EN EL JUICIO LABORAL. EN SU VALORACIÓN ES INAPLICABLE EL PRINCIPIO DE QUE EN CASO DE DUDA DEBE ESTARSE A LO MÁS FAVORABLE AL TRABAJADOR. [J]; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su *Gaceta*; tomo XXXIII, enero de 2011; Pág. 1088.

“RUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL. EN SU VALORACIÓN RESULTAN INAPLICABLES LOS PRINCIPIOS “IN DUBIO PRO OPERARIO” Y DE APLICACIÓN INMEDIATA DE LAS NORMAS LABORALES. [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su *Gaceta*; tomo XXX, julio de 2009; Pág. 1788. *TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 473/96. Vicente Trujillo Zepeda. 14 de febrero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Sergio Novales Castro. Secretario: José Elías Gallegos Benítez.*

do nuevas normas, so pretexto de interpretar las existentes”.⁶ Tampoco implica resolver siempre invariablemente a favor del trabajador, sino en el sentido de que las autoridades laborales deben ceñir su actuación a la aplicación de las normas y condiciones imperantes en cada caso particular;⁷ ni los tribunales colegiados pueden obligar a la autoridad laboral a aplicar el principio *indubio pro operario*, ya que al hacerlo, “...se rompería con la facultad potestativa y por ende el imperio de la autoridad laboral, de aplicar el principio, de que en caso de duda prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador, y por ende se invadiría su soberanía”.⁸

Como se aprecia, los principios clásicos del derecho del trabajo, lejos de ser reafirmados por el juzgador, han sido objeto de limitaciones. Cuestionando uno de los fundamentos que la doctrina le ha dado al derecho del trabajo. No obstante, paralelamente se ha reafirmado el discurso de los derechos laborales como un derecho humano, tanto a nivel internacional, con instrumentos generales (II) y específicos (III), como nacional (IV).

⁶INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE AL TRABAJADOR A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 18 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO. NO DEBE ENTENDERSE COMO UNA FACULTAD DEL JUZGADOR PARA CREAR PRESTACIONES O DERECHOS INEXISTENTES EN LA PROPIA LEY. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su *Gaceta*; tomo XXIII, febrero de 2006; Pág. 1826. Si bien conforme al artículo 18, última parte, de la Ley Federal del Trabajo, en caso de duda en la interpretación de las normas de trabajo prevalecerá la más favorable al trabajador; regla que acepta universalmente la doctrina y que se conoce como principio “in dubio pro operario”; sin embargo, de su interpretación teleológica se deduce que no constituye una técnica de investigación para interpretar las normas laborales, sino que supone que de un análisis pueda obtenerse más de una interpretación, y frente a éstas debe aplicarse la más favorable al trabajador. Empero, la interpretación más favorable al trabajador no implica la creación de prestaciones o derechos inexistentes en la ley, ya que ello significaría una invasión de esferas reservadas al legislador; y, por ende, es impropio, pues de permitirse se estaría facultando al juzgador a desempeñar el papel de legislador creando nuevas normas, so pretexto de interpretar las existentes. *TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL CUARTO CIRCUITO. Amparo directo 602/2005. Benigna Sifuentes Coronado. 12 de diciembre de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis Torres Lagunas. Secretaria: Angélica María Torres García.*

⁷PRINCIPIO “IN DUBIO PRO OPERARIO”. SUS ALCANCES. [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su *Gaceta*; tomo XXIV, septiembre de 2006; Pág. 1260. Del artículo 123, apartado A, fracción XXIII, de la Constitución General de la República, así como de los diversos 966 y 979 a 981 de la Ley Federal del Trabajo, se advierte la intención del legislador de salvaguardar los intereses económicos de la clase trabajadora, reflejada en el principio “in dubio pro operario”; sin embargo, éste no puede entenderse en el sentido de que los conflictos deban resolverse invariablemente en favor de la parte trabajadora, sino en el de que las autoridades laborales deben ceñir su actuación a la aplicación de las normas y condiciones imperantes en cada caso particular. *TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo directo 881/2003. Pedro Enrique Guilbert Ruiz y otra. 15 de enero de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Arturo García Torres. Secretario: Darío Carlos Contreras Favila.*

⁸DUDA, INTERPRETACIÓN DE LA NORMA DE TRABAJO MÁS FAVORABLE AL TRABAJADOR. EL TRIBUNAL COLEGIADO NO PUEDE OBLIGAR A LA AUTORIDAD LABORAL, A APLICAR EL PRINCIPIO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 18 DEL CÓDIGO OBRERO. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su *Gaceta*; tomo IV, septiembre de 1996; Pág. 640. El Tribunal Colegiado no puede obligar a la Junta a que aplique lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Federal del Trabajo, que dice: “En la interpretación de las normas de trabajo se tomarán en consideración sus finalidades señaladas en los artículos 2º y 3º. En caso de duda, prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador”, pues de hacerlo, se rompería con la facultad potestativa y por ende el imperio de la autoridad laboral, de aplicar el principio, de que en caso de duda prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador, y por ende se invadiría su soberanía. *PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS CIVIL Y DE TRABAJO DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo directo 352/95. Agustín Enríquez Sánchez. 2 de mayo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Narváez Barker. Secretario: Isaac Gerardo Mora Montero.*

El derecho al trabajo en el derecho internacional

El derecho al trabajo, como derecho humano, es el corazón de todos los derechos específicos que emanan de él, ya sean de naturaleza general, individual o colectiva. Toda violación a los derechos de los trabajadores no implica otra cosa que una violación al derecho humano al trabajo, en tanto como derecho fundamental y garantía que debe contar con los medios necesarios para ser efectivo.

En ese sentido, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada en la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre 1948, podemos destacar algunos de los derechos humanos laborales:

a. *Libertad e igualdad en dignidad y derechos* (artículo 1º). Derecho que se puede ejemplificar en materia laboral con la libertad de trabajo y la libertad en la contratación. En materia de igualdad podemos pensar las mismas condiciones de trabajo para hombres y mujeres.

b. *No discriminación* (artículo 2º). En materia laboral se manifiesta con el mismo derecho: acceso, permanencia y salida del empleo para hombres y mujeres.

c. *Prohibición de la esclavitud y la servidumbre* (artículo 4º). La prohibición de toda forma de trabajo forzoso es un derecho humano laboral consagrado a nivel interna *Igualdad ante la ley* (artículo 8). La igualdad entre hombres y mujeres en materia de empleo encuentra también su fundamento en la Declaración Universal.

e. *Recurso efectivo ante los tribunales* (artículo 8º). El tránsito, que se anuncia de las Juntas de Conciliación y Arbitraje al Poder Judicial, sin duda es un ejemplo de un necesario acceso efectivo a los tribunales.

f. *Derecho a la privacidad* (artículo 12). La subordinación del trabajador al empleador no es motivo para que éste no respete la privacidad de sus trabajadores.

g. *Libertad de opinión y de expresión* (artículo 19). La libertad de opinión implica el derecho de un trabajador de ejercer libremente sus derechos civiles y políticos en la empresa.

h. *Libertad de reunión*. El derecho de los trabajadores de reunirse, de formar, no formar o salirse de un sindicato, son algunas de las manifestaciones de la libertad sindical.

i. *Derecho a la seguridad y protección social* (artículos 22 y 25). La Declaración reconoce el derecho a la seguridad social y a la cobertura de una serie de necesidades sociales que aseguren el bienestar de las personas: derecho a un nivel de vida adecuado; derecho a la alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica y servicios sociales necesarios; derecho al seguro de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros para el caso de pérdida de medios de subsistencia por razones involuntarias; derecho a cuidados maternos y de la infancia.

j. *Derecho al trabajo y prestaciones* (artículos 23 y 24). La Declaración Universal reconoce el derecho al trabajo; a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo; a la protección contra el desempleo; a igual salario sin discriminación alguna; a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, al trabajador y a su familia, una existencia digna; el derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre, así como a vacaciones pagadas y periódicas. Particularmente, el artículo 23 señala que:

toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. Toda perso-

na tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

Destaca también la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, aprobada en Bogotá, Colombia, en 1948, la cual comprende un conjunto de derechos en materia laboral: Contrato individual de trabajo. (artículo 6°); contratos y convenciones colectivas de trabajo (artículo 7°); salario (artículo 8°); jornada de trabajo, descansos y vacaciones (artículo 12); trabajo de menores. (artículo 15); trabajo de la mujer (artículo 18); estabilidad en el empleo (artículo 19); contrato de aprendizaje (artículo 20); trabajo a domicilio (artículo 21); trabajo doméstico (artículo 22); trabajo en marina mercante (artículo 23); empleados públicos (artículo 24) ; trabajadores intelectuales (artículo 25) ; derechos de asociación (artículo 26); derecho de huelga (artículo 27); previsión y seguridad sociales (artículo 28); inspección de trabajo (artículo 35); jurisdicción del trabajo (artículo 36); conciliación y arbitraje (artículo 37), y trabajo rural (artículo 38).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece, en su artículo 6°, párrafo primero, que:

Los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán las medidas adecuadas para garantizar este derecho. De igual manera en el artículo 7° se establece que: Los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

- a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:
 - i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;
 - ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;
- b) La seguridad y la higiene en el trabajo;
- c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;
- d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, por su parte, en el artículo XIV establece que: “...Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo”. A su vez, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales establece, en su artículo 3°, que: “Todo trabajador tiene derecho a seguir su

vocación y dedicarse a la actividad que le acomode. Tiene igualmente la libertad de cambiar de empleo”.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, en su artículo 6º, establece que: “Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de tener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada”. El mismo artículo señala que: “Los Estado partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho del trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional...”

En relación al Protocolo de San Salvador, es necesario señalar que en el Preámbulo del mismo se señala la interrelación entre los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, en la medida en que son un todo indisoluble. Por otro lado, se señala en el Preámbulo que

[...]si bien los derechos económicos, sociales y culturales fundamentales han sido reconocidos en anteriores instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional, resulta de gran importancia que éstos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados. La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que pueden someterse a la consideración de los Estados parte, reunidos con ocasión de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, proyectos de protocolos adicionales a esa. La Convención, con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades. Han convenido en el siguiente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos.

Por lo que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no puede ser leída sin tomar en cuenta el Protocolo de San Salvador. En la medida en que el Pacto permite incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades.

Los anteriores instrumentos, como se puede observar, se refieren con claridad al derecho al trabajo de toda persona. Al respecto, resulta interesante destacar los alcances del artículo 6º del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señalados en las Observación General realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.⁹

El contenido de la Observación General resulta trascendente, ya que al referirse al derecho al trabajo, nada impide que pueda interpretarse de la misma manera el derecho al trabajo contenido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Carta Internacional Americana de Garantía Sociales.

El Comité ha señalado que el derecho al trabajo es un derecho fundamental. El Pacto, señala el Comité, aborda el derecho al trabajo en tres dimensiones: general,

⁹Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 18, El derecho al Trabajo (35º periodo de sesiones, 1999), U.N. Doc. E/C.12/GC/18 (2006).

individual y colectiva. El Pacto proclama el derecho al trabajo en un sentido general en su artículo 6º y desarrolla explícitamente la dimensión individual del derecho al trabajo mediante el reconocimiento, en el artículo 7º, del derecho de toda persona a tener condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, en especial la seguridad de las condiciones de trabajo. La dimensión colectiva del derecho al trabajo se encuentra en el artículo 8º, que estipula el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al sindicato de su elección, así como el derecho de los sindicatos a funcionar libremente.

Sin duda, las consideraciones del Comité resultan fundamentales, porque no se agotan los alcances del derecho al trabajo en un ámbito general, ya que cuenta también con una esfera individual, sino que éste se manifiesta también en un ámbito colectivo.

El derecho al trabajo, amparado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, afirma la obligación de los Estados parte de garantizar a las personas su derecho al trabajo libremente elegido o aceptado, en particular el derecho a no ser privado de trabajo de forma injusta. Esta definición subraya el hecho de que el respeto a la persona y su dignidad, se expresa a través de la libertad del individuo para elegir un trabajo, haciendo hincapié al tiempo en la importancia del trabajo para el desarrollo personal, así como para la integración social y económica.

Para el Comité, el derecho al trabajo impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados parte: las obligaciones de *respetar*, *proteger* y *aplicar*. La obligación de *respetar* el derecho al trabajo exige que los Estados parte se abstengan de interferir directa o indirectamente en el disfrute de ese derecho. La obligación de *proteger* exige que los Estados parte adopten medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho al trabajo. La obligación de *aplicar* incluye las obligaciones de proporcionar, facilitar y promover ese derecho. Implica que los Estados parte deben adoptar medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales y de otro tipo adecuadas para velar por su plena realización.

Los Estados parte tienen la obligación de *respetar* el derecho al trabajo mediante, entre otras cosas, la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, y absteniéndose de denegar o limitar el acceso igualitario a trabajo digno a todas las personas, especialmente a las personas y grupos desfavorecidos y marginados, así como a los presos o detenidos, a los miembros de minorías y a los trabajadores migratorios. En particular, los Estados parte tienen la obligación de respetar el derecho de las mujeres, de los jóvenes, de los menores de edad, de las personas mayores de edad, de las personas con discapacidad, de los trabajadores migrantes, a acceder a un trabajo digno y, por tanto, de adoptar medidas para combatir la discriminación y promover la igualdad de acceso y de oportunidades.

Las obligaciones de *proteger* el derecho al trabajo incluye el deber de los Estados de aprobar la legislación o de adoptar otras medidas que garanticen el igual acceso al trabajo y a la formación profesional. En relación con las medidas para aumentar la flexibilidad de los mercados laborales, señala el Comité, no deben restar estabilidad al empleo o reducir la protección social del trabajador.

Los Estados están obligados a *aplicar* (*proporcionar*) el derecho al trabajo cuando las personas o grupos no pueden, por razones que escapan a su control, realizar ese

derecho ellos mismos por los medios de que disponen. Lo que representa la obligación de adoptar una política nacional de empleo.

Por otro lado, señala el Comité, debe hacerse una distinción entre la incapacidad y la falta de voluntad de los Estados parte para cumplir con sus obligaciones derivadas del artículo 6º del Protocolo. Los Estados que no tengan voluntad de utilizar hasta el máximo de los recursos de que dispongan para dar efecto al derecho al trabajo incumplen sus obligaciones derivadas del artículo 6º. Dicho incumplimiento sólo puede quedar justificado ante la inexistencia de recursos.

Las vulneraciones del derecho al trabajo pueden ser resultado de una acción directa del Estado o de entidades estatales, o de una insuficiencia de las medidas adoptadas para promover el empleo. Los incumplimientos por *actos de omisión* se pueden presentar cuando los Estados no regulan las actividades de personas o grupos para impedirles que obstaculicen el derecho de otros a trabajar. Las violaciones mediante *actos de comisión, para el Comité, incluyen* el trabajo forzoso; la derogación o la suspensión oficial de la legislación necesaria para el ejercicio permanente del derecho al trabajo; la denegación del acceso al trabajo a ciertos individuos o grupos, tanto si esta discriminación se funda en la legislación o en la práctica; y la aprobación de legislación o de políticas que sean manifiestamente incompatibles con las obligaciones internacionales relativas al derecho al trabajo.

También se pueden presentar incumplimientos de la obligación de respetar, de proteger y de aplicar. Respecto al incumplimiento de las obligaciones de proteger, éstas se presentan cuando los Estados se abstienen de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al trabajo imputables a terceros. Abarca ciertas omisiones, como el hecho de no reglamentar la actividad de particulares, de grupos o de sociedades para impedirles que vulneren el derecho al trabajo de otras personas; o el hecho de no proteger a los trabajadores frente al despido improcedente.

El derecho al trabajo en el derecho internacional del trabajo

Del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como de los convenios internacionales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), podemos definir los derechos fundamentales en el trabajo. Por derechos fundamentales del trabajo entendemos el derecho de toda persona al trabajo (1), de llevar una vida de acuerdo con la dignidad humana (2), a una formación profesional de por vida (3) y de contar con una protección social adecuada (4).

El derecho de toda persona al trabajo

En relación con el derecho al trabajo, resalta la observación general denominada Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y

Culturales,¹⁰ que clarifica los alcances de la misma. La observación general parte de las siguientes premisas, las cuales, entre otras cosas, explicitan la dimensión general, individual y colectiva del derecho al trabajo:

- El derecho al trabajo es un derecho fundamental, reconocido en diversos instrumentos de derecho internacional. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través de su artículo 6º, trata este derecho más extensamente que cualquier otro instrumento.
- El derecho al trabajo es esencial para la realización de otros derechos humanos, y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana.
- Toda persona tiene el derecho a trabajar para poder vivir con dignidad.
- El derecho al trabajo sirve, al mismo tiempo, a la supervivencia del individuo y de su familia, y contribuye también, en tanto que el trabajo es libremente escogido o aceptado, a su plena realización y a su reconocimiento en el seno de la comunidad.
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales proclama el derecho al trabajo en un sentido general en su artículo 6º y desarrolla explícitamente la dimensión individual del derecho al trabajo mediante el reconocimiento; en el artículo 7º, del derecho de toda persona a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, en especial la seguridad de las condiciones de trabajo.
- La dimensión colectiva del derecho al trabajo se aborda en el artículo 8º, que estipula el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al sindicato de su elección, así como el derecho de los sindicatos a funcionar libremente. Cuando se redactó el artículo 6º del Pacto, la Comisión de Derechos Humanos afirmó la necesidad de reconocer el derecho al trabajo en sentido lato, estipulando obligaciones jurídicas precisas y no un simple principio de alcance filosófico.
- El artículo 6º define el derecho al trabajo de manera general y no exhaustiva. En el párrafo 1 del artículo 6º, los Estados parte reconocen “el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”. En el párrafo 2, los Estados parte reconocen que, “para lograr la plena efectividad de este derecho”, habrán de adoptar medidas entre las que deberán figurar “la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana”.
- En estos objetivos se reflejan los propósitos y principios fundamentales de las Naciones Unidas, tal como se definen en el párrafo 3 del artículo 1º de la Carta de la Organización. Tales objetivos se recogen también en lo esencial en el párrafo 1 del artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Desde la aprobación del Pacto por la Asamblea General en 1966, diversos instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos han reconocido el derecho al trabajo. A nivel internacional, el derecho al trabajo figura en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 8º del Pacto Internacional de Derechos

¹⁰Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 18, El derecho al Trabajo (35º periodo de sesiones, 1999), U.N. Doc. E/C.12/CC/18 (2006). COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES 35º periodo de sesiones, Ginebra, 7 a 25 de noviembre de 2005. EL DERECHO AL TRABAJO. Observación general N° 18. Aprobada el 24 de noviembre de 2005. Artículo 6º del Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales.

Civiles y Políticos; en el inciso i) del párrafo e) del artículo 5º de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; en el artículo 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño; y en los artículos 11, 25, 26, 40, 52 y 54 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares. Diversos instrumentos regionales reconocen el derecho al trabajo en su dimensión general, entre ellos la Carta Social Europea de 1961 y la Carta Social Europea Revisada de 1996 (parte II, artículo 1º), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo 15) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, de 1988 (artículo 6º), y reafirman el principio de que el respeto al derecho al trabajo impone a los Estados parte la obligación de adoptar medidas dirigidas al logro del pleno empleo. De forma similar, el derecho al trabajo ha sido proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, aprobada mediante la resolución 2542 (XXIV), de 11 de diciembre de 1969 (artículo 6º).

- El derecho al trabajo, amparado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, afirma la obligación de los Estados parte de garantizar a las personas su derecho al trabajo libremente elegido o aceptado, en particular el derecho a no ser privado de trabajo de forma injusta. Esta definición subraya el hecho de que el respeto a la persona y su dignidad se expresa a través de la libertad del individuo para elegir un trabajo, haciendo hincapié al tiempo en la importancia del trabajo para el desarrollo personal, así como para la integración social y económica. El Convenio N° 122 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la política del empleo (1964), habla de “empleo pleno, productivo y libremente elegido”, vinculando la obligación de los Estados parte en lo relativo a crear las condiciones de pleno empleo con la obligación de velar por la eliminación del trabajo forzado. Ahora bien, para millones de seres humanos de todo el mundo, el disfrute pleno del derecho a un trabajo libremente escogido o aceptado sigue siendo un objetivo lejano. El Comité reconoce la existencia de obstáculos estructurales y de otra naturaleza resultante de factores internacionales y otros factores ajenos a la voluntad de los Estados, que obstaculizan la plena aplicación del artículo 6º en gran número de Estados parte.

El derecho a una vida en el trabajo de acuerdo con la dignidad humana

La Constitución, la Declaración de Filadelfia acerca de los fines y objetivos, así como los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) contienen los principios rectores y las normas internacionales. La Declaración de Filadelfia resulta fundamental, en la medida que establece la obligación de secundar *la realización de programas* aptos para lograr: la plenitud del empleo y la elevación de los niveles de vida; el empleo de los trabajadores en ocupaciones que les permitan desarrollar sus habilidades y conocimientos; una participación equitativa en los frutos del progreso en materia de salarios y utilidades, de duración del trabajo y un salario mínimo vital para todos aquellos que tengan un empleo; la extensión de medidas de seguridad social; una protección adecuada de la vida y de la salud de los trabajadores;

la protección de la niñez y de la maternidad; un nivel adecuado de alimentación, de habitación y de medios de recreo y cultura; así como la garantía de posibilidades iguales en el terreno educativo y profesional.

Declaración que sentó la base para pasar de *programas* hacia la consolidación de una serie de derechos fundamentales, reconocidos en un conjunto de tratados internacionales de la OIT, en materia de trabajo forzoso, libertad sindical y no discriminación, los cuales han quedado plasmados en la Declaración de Derechos y Principios Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, de 1998, de la OIT, la Declaración establece que:

- a) que al incorporarse libremente a la OIT, todos los Miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, y se han comprometido a esforzarse por lograr los objetivos generales de la Organización en toda la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas;
- b) que esos principios y derechos han sido expresados y desarrollados en forma de derechos y obligaciones específicos en convenios que han sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la OIT.
- c) que todos los Miembros de la OIT, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la OIT de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir:
 - a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva (Convenios 87, 98 y 135 y 151);
 - b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio (Convenios 29 y 105);
 - c) la abolición efectiva del trabajo infantil (Convenios 138 y 182); y
 - d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación (Convenio 111).

Como se puede leer, todos los Estados, aunque no hayan ratificado los convenios fundamentales de la OIT, tienen un compromiso, que se deriva de su pertenencia a la Organización, de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe, los principios relativos a los derechos fundamentales en el trabajo, entre ellos el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva. La inclusión de la noción de trabajo decente en la LFT reformada y los alcances de la misma tendrán que ser considerados por el juzgador.

El derecho a una formación profesional de por vida

La formación profesional (capacitación y adiestramiento) debe ser un instrumento fundamental de las políticas públicas para garantizar el ingreso al empleo, la permanencia en el mismo o la reconversión en otra actividad en caso de pérdida de empleo. En tal sentido, necesariamente cada vez se va presentar una vinculación mayor entre el derecho del trabajo y el derecho de la formación profesional, en la medida en que este último, aparece antes de que una persona ingrese al mercado de trabajo y al mismo tiempo acude en su auxilio ante la pérdida de empleo. El derecho del trabajo

no puede prescindir de la formación profesional, ya que necesariamente implicará el reconocimiento de la existencia de un derecho a la formación profesional, como un derecho fundamental.¹¹

La posibilidad de contar con un empleo ha sido denominado recientemente como “empleabilidad”, que implica contar con las

calificaciones, conocimientos y las competencias que aumentan la capacidad de los trabajadores para conseguir y conservar un empleo, mejorar su trabajo y adaptarse al cambio, elegir otro empleo cuando lo deseen o pierdan el que tenían e integrarse más fácilmente en el mercado de trabajo en diferentes periodos de su vida.¹²

Al respecto, la Recomendación 195 de la Organización Internacional del Trabajo establece que los países miembros deberían:

Reconocer que la educación y la formación son un derecho para todos y, en colaboración con los interlocutores sociales, esforzarse por asegurar el acceso de todos al aprendizaje permanente.¹³

El aprendizaje a lo largo de la vida presupone la ampliación del horizonte de formación de la población, ya que, bajo un mismo concepto, se da cabida a distintas modalidades formativas (formal y no formal, tradicional e innovadora), de cualquier nivel (básico, secundario, superior) y orientación (académica, vocacional general, vocacional técnica); para todo tipo de gente (jóvenes, adultos, hombres, mujeres, estudiantes, trabajadores) y necesidades educativas (personales, sociales, profesionales).¹⁴

El derecho de contar con una protección social adecuada

El derecho a la seguridad social se puede entender como garantía y como principio. Constituye la garantía al acceso que debe tener todo ser humano a la seguridad y a los seguros sociales. El principio rector de la seguridad social se apoya, a su vez, en cuatro principios funcionales u operativos que le dan contenido a ese derecho del ser humano: asistencia médica, ingreso social alternativo o sustituto, ingresos de base, y de inserción, reinserción y valorización de los recursos humanos. Asimismo, el derecho

¹¹Véase el prólogo realizado por Oscar Ermida Uriarte a la obra de Barreto Ghione, Hugo, *La obligación de formar a cargo del empleador. Una relectura del derecho del trabajo en clave de formación*, FCU, Montevideo, 2001.

¹²Resolución sobre el Desarrollo de Recursos Humanos. Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, 88a. reunión. Ginebra, junio de 2000. Párrafo 9.

¹³Recomendación 195 sobre el Desarrollo de los Recursos Humanos: Educación, Formación y Aprendizaje Permanente. Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo, en su 90ma. Reunión, Ginebra, 17 de junio de 2004.

¹⁴Tamayo Taype Miguel Ángel y Climent Bonilla, Juan B.; *La Evaluación y Certificación de Competencias Laborales en el Contexto de América Latina. Algunas Reflexiones en el caso de México Evaluación y Certificación de Competencias Profesionales*. II Foro Iberoamericano sobre Formación y Empleo. Río de Janeiro, Brasil, 12-14 de julio de 1999.

a la seguridad social se apoya en cuatro principios generales, que se encuentran al servicio de los anteriores: igualdad de tratamiento (entre nacionales y no nacionales, entre hombres y mujeres), solidaridad, afiliación obligatoria, responsabilidad del Estado y participación de los individuos.

El preámbulo de la Constitución de la OIT y la Declaración anexa a su Constitución fueron la base y el antecedente del pleno reconocimiento del derecho a la seguridad social, como un derecho del ser humano por la Organización de las Naciones Unidas. En primer lugar, la ONU por medio de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, en su artículo 22, establece que todo miembro de la sociedad tiene derecho a la seguridad social. Por su parte, los artículos 23 y 25 de la Declaración precisan el derecho a la asistencia médica, a la seguridad en caso de enfermedad, de maternidad, de invalidez, de deceso y de vejez. Otro instrumento internacional de la ONU, que resulta importante, es el Pacto Internacional relativo a los derechos económicos, sociales y culturales de 1966. Dicho Pacto establece en su artículo 9º el derecho de toda persona a la seguridad social. Finalmente, el Convenio 102 de la OIT (ratificado por México) establece las normas mínimas en materia de seguridad social.

El rediseño de los derechos fundamentales en la legislación laboral mexicana

En la historia constitucional mexicana, los derechos laborales encuentran su primera manifestación con la libertad de trabajo en 1813, con los “Sentimientos de la Nación”, bajo la modalidad indirecta de abolición de la esclavitud. La Constitución de Apatzingán de 1814 consagró también la abolición de la esclavitud. La Constitución de 1857 contempló la libertad de trabajo y la prohibición de trabajar sin consentimiento del trabajador y sin una retribución. Finalmente, la constitución de 1917, además de consagrar la libertad de trabajo, consagró lo que se ha conocido como derechos sociales.

La lectura del derecho mexicano a la luz de los derechos humanos se reafirmó con la reforma constitucional del 10, al señalarse en el artículo 1º constitucional que:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

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. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

La reforma en materia de derechos humanos:

[...] De las garantías individuales, pasa a ser Los derechos humanos y sus garantías. La nomenclatura que se propone posee un significado muy distinto al original: Al denominarse el capítulo en comento en principio como Los derechos humanos..., hay un reconocimiento constitucional pleno a la denominación universal de los derechos básicos de la persona, lo que impedirá sustentar la falsa dicotomía que rezaba que una cosa son los derechos humanos, y otra muy distinta las garantías individuales... Al analizar la frase completa Los derechos humanos y sus garantías, encontramos que no evoca dos tipos de derechos, por una parte los derechos humanos y, por la otra, las conocidas garantías individuales, sino que se alude a los derechos humanos, y técnicamente, a los instrumentos que le sirven de garantía; esto es, los medios a través de los cuales se buscan su eficacia cuando las autoridades los desconozcan o de plano los trasgredan, que son los previstos básicamente en los artículos 97, 99, 102, 10, 107 105 constitucionales... En ese sentido, la alusión al término “garantías”... no tiene ni debe dársele el significado tradicional, sino el moderno, de medios constitucionales para la protección de los derechos humanos, en especial de tipo judicial.¹⁵

Además de la reforma constitucional de 2011, destaca el reconocimiento de la jurisdicción internacional y la aplicación en el ámbito interno de normas internacionales. Según se puede desprender de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en donde México fue condenado por la desaparición de Rosendo Radilla.

Sobresale también la reforma a la Ley de Amparo de junio del 2011, la cual comprende ahora la protección de los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales en que México sea parte. Particularmente el artículo 103, párrafo primero, establece que:

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

Finalmente, con la reforma laboral de noviembre de 2012, se introduce una serie de derechos fundamentales en el trabajo: el trabajo digno o decente 1) y la igualdad sustantiva o de hecho entre trabajadores y trabajadoras frente al patrón 2). Asimismo, se incluyen dos precisiones sobre la no discriminación 3) y el derecho a la formación profesional 4). Reflejando la influencia del derecho convencional generado por la OIT (5).

¹⁵Véase Carmona, Jorge, “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”, en Carbonell, Miguel y Salazar Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*, UNAM, México, 2011, pp. 43-44.

Trabajo digno o decente

La primera gran incorporación ha sido la inclusión de la noción de trabajo decente o digno. El artículo 2º reformado de la LFT establece que el trabajo digno o decente se entiende como

aquel en el que se respeta plenamente la dignidad humana del trabajador; no existe discriminación por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales o estado civil; se tiene acceso a la seguridad social y se percibe un salario remunerador; se recibe capacitación continua para el incremento de la productividad con beneficios compartidos, y se cuenta con condiciones óptimas de seguridad e higiene para prevenir riesgos de trabajo. El trabajo digno o decente también incluye el respeto irrestricto a los derechos colectivos de los trabajadores, tales como la libertad de asociación, autonomía, el derecho de huelga y de contratación colectiva.

Igualdad sustantiva o de hecho entre hombres y mujeres

Por otro lado, en el artículo 2º aparece la noción de igualdad *sustantiva o de hecho* de trabajadores y trabajadoras frente al patrón, la cual supone el acceso a las mismas oportunidades considerando las diferencias biológicas, sociales y culturales de mujeres y hombres, y se consigue eliminando la discriminación contra las mujeres, que menoscabe o anule el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos humanos y las libertades fundamentales en el ámbito laboral.

Derecho a la no discriminación

Destacan también dos precisiones que se hacen en el artículo 3º, respecto a la no discriminación y el derecho a la formación profesional. En materia de no discriminación, se señala que no podrán establecerse condiciones que impliquen discriminación entre los trabajadores por motivo de origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otro que atente contra la dignidad humana. Excluyendo como actividades discriminatorias las distinciones, exclusiones o preferencias que se sustenten en las calificaciones particulares que exija una labor determinada.

Derecho a la formación profesional

En materia de formación profesional, se instituye que es de interés social promover y vigilar la capacitación, el adiestramiento, la formación para y en el trabajo, la certificación de competencias laborales, la productividad y la calidad en el trabajo, la

sustentabilidad ambiental, así como los beneficios que éstas deban generar tanto a los trabajadores como a los patrones. Como se ve, lo que se busca es establecer a la formación profesional como un derecho y, por otro lado, como un fin, para generar beneficios a los trabajadores y a los empleadores.

La irrupción del derecho convencional del trabajo en la legislación laboral mexicana

Como se puede observar, el derecho convencional del trabajo, particularmente la *Declaración de Derechos Fundamentales de Trabajo y su Seguimiento* de 1998, y los convenios fundamentales de la OIT han permeado en la legislación nacional, ya que se han convertido en la base de nuevos derechos fundamentales en la legislación laboral mexicana.

Así, por ejemplo, el artículo 2º de la LFT, además de buscar el equilibrio entre los factores de la producción y la justicia social, también tiene como finalidad propiciar el trabajo digno o decente en todas las relaciones laborales. Como se puede observar, la noción de trabajo decente incorporada a la LFT, incluye prácticamente todos los principios fundamentales que se desprenden de la Declaración de la OIT de 1998, salvo el referente a las peores formas de explotación infantil: libertad sindical y libre contratación; no discriminación; prohibición del trabajo forzoso, y prohibición de las peores formas de explotación infantil.

Dicho artículo 2º, además contiene tres elementos adicionales no contemplados por la Declaración de 1998 de la OIT: acceso a la seguridad social, derecho a la formación profesional y derecho a la seguridad e higiene en el trabajo. No obstante, dichas incorporaciones, como se ha visto más arriba, son parte fundamental del derecho internacional del trabajo.

El juzgador en sus resoluciones tendrá que valorar el alcance fijado al trabajo decente. Si un trabajo no reúne los elementos establecidos por el artículo 2º de la LFT reformada, no podrá considerarse como trabajo decente. Así, por ejemplo, si bien es cierto que no se incorporó la libre negociación colectiva en la LFT reformada, ésta sí aparece como uno de los elementos fundamentales de la noción de trabajo decente en México. Además de que la libre negociación colectiva forma parte de los derechos y principios fundamentales que se desprenden de la Declaración de 1998 de la OIT.

Los avances en la exigibilidad de los derechos fundamentales del trabajo en el orden interno

La Constitución prevé como garantías constitucionales: el juicio de amparo, la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad, la facultad de investigación de la Suprema Corte, el juicio para la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos, el juicio político y el procedimiento ante los organismos autónomos protectores de los derechos humanos.¹⁶

¹⁶Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción a la defensa de la Constitución*, México, UNAM, 1994, 96 pp.

En materia de protección constitucional de los derechos humanos, destacan dos instituciones, el juicio de amparo y la Comisión Nacional de Derechos Humanos,¹⁷ así como las Comisiones Estatales de Derechos Humanos.

El juicio de amparo ha sido un instrumento fundamental para reafirmar los derechos fundamentales de los trabajadores, los convenios internacionales en materia de trabajo y su supremacía en relación con la Ley Federal del Trabajo,¹⁸ al menos así ha sido demostrado en materia de libertad sindical¹⁹ y sindicación única.²⁰ En el mismo sentido se ha reafirmado la libertad de asociación para los empleadores.²¹

Sin embargo, en el caso de México, se ha señalado que el Poder Judicial ha sido un tanto renuente a construir una línea garantista en relación con los derechos sociales. La doctrina ha señalado que en el caso mexicano, el horizonte ambicioso de la Constitución la convierte en una constitución nominal: un texto que no se traslada

¹⁷Aunque en estricto sentido, el sistema de organismos de protección de los derechos humanos lo integran la Comisión Nacional de Derechos Humanos, las Comisiones Estatales de Derechos Humanos, el juicio político y la facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia.

¹⁸Sánchez-Castañeda Alfredo, *Las transformaciones del derecho del trabajo*, UNAM, México, 2006. En particular ver los capítulos referentes a la libertad sindical y la cláusula de exclusión.

¹⁹AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 1124/2000. QUEJOSOS: ABEL HERNÁNDEZ RIVERA Y OTROS. RECURRENTE: SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA AZUCARERA Y SIMILARES DE LA REPÚBLICA MEXICANA.

²⁰Sindicación única. Las leyes o estatutos que la prevén violan la libertad sindical consagrada en el artículo 123, apartado b, fracción X, constitucional. El artículo 123 constitucional consagra la libertad sindical con un sentido pleno de universalidad, partiendo del derecho personal de cada trabajador a asociarse y reconociendo un derecho colectivo, una vez que el sindicato adquiere existencia y personalidad propia. Dicha libertad debe entenderse en sus tres aspectos fundamentales: 1. Un aspecto positivo que consiste en la facultad del trabajador para ingresar a un sindicato ya integrado o constituir uno nuevo; 2. Un aspecto negativo, que implica la posibilidad de no ingresar a un sindicato determinado y la de no afiliarse a sindicato alguno; y 3. La libertad de separación o renuncia de formar parte de la asociación. Ahora bien, el mandamiento de un solo sindicato de burócratas por dependencia gubernativa, que establezca las leyes o estatutos laborales, viola la garantía social de libre sindicación de los trabajadores prevista en el artículo 123, apartado B, fracción X, de la Constitución Federal de la República, toda vez que al regular la sindicación única restringe la libertad de asociación de los trabajadores para la defensa de sus intereses.” (Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo IX, mayo de 1999, Tesis: P./J. 43/99, p. 5).

²¹“Cámaras de comercio e industria, afiliación obligatoria. el artículo 5º de la ley de la materia viola la libertad de asociación establecida por el artículo 9º constitucional. La libertad de asociación consagrada por el artículo 9º constitucional es el derecho de que gozan los particulares, tanto personas físicas como personas jurídico-colectivas, para crear uno nuevo ente jurídico que tendrá personalidad propia y distinta de sus asociados. Tal derecho es violado por el artículo 5º de la Ley de las Cámaras de Comercio y de la Industria, al imponer a los comerciantes e industriales, cuyo capital manifestado ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público sea de dos mil quinientos pesos en adelante, la obligación de inscribirse en la Cámara correspondiente en el curso del mes siguiente a la iniciación de sus actividades o dentro del mes de enero de cada año, advertidos de que, de no hacerlo, se les sancionará con una multa que en caso de reincidencia será duplicada y que no les liberará del cumplimiento de esa obligación. Ahora bien, si la libertad de asociación establecida por el artículo 9º de la Constitución es un derecho de los gobernados, la esfera de protección derivada de la garantía constitucional de que se trata puede operar en tres posibles direcciones: 1º derecho de asociarse formando una organización o incorporándose a una ya existente; 2º derecho a permanecer en la asociación o a renunciar a ella; y 3º derecho de no asociarse. Correlativamente, la autoridad no podrá prohibir que el particular se asocie; no podrá restringir su derecho a permanecer en la asociación o a renunciar a ella, ni, tampoco, podrá obligarlo a asociarse. Consecuentemente, el artículo 5º de la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria al imponer la obligación a los comerciantes e industriales a afiliarse a la Cámara correspondiente, viola la libertad de asociación establecida por el artículo 9º constitucional.” (Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo II, octubre de 1995, tesis: P./J. 28/95, p. 5). (Novena época, Instancia: Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo II, octubre de 1995, Tesis: P./J. 28/95, p. 5).

integralmente a la realidad. Aspira a organizar a la sociedad, pero no lo consigue. Su función primaria es “educativa” y su pretensión última “normativa”.²² Terminan siendo meros instrumentos “...junto a las partes dogmática y orgánica, se alzan las declaraciones de los derechos sociales [...] este fenómeno se halla presente en las constituciones modernas, que a menudo son frondosos instrumentos declarativos de derecho sociales”.²³

Una interpretación progresista de la tutela de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales por medio del amparo, es posible en el derecho mexicano, según señala el Dr. Fix-Zamudio, en la medida en que no limiten o contradigan, sino por el contrario, complementen o desarrollen los preceptos constitucionales que consagran los derechos fundamentales. Además existe la protección de los derechos humanos de fuente internacional por conducto de los órganos no jurisdiccionales, leer, CNDH y Comisiones Estatales de Derechos Humanos. Específicamente, el artículo 1º del reglamento de la CNDH dispone que la tutela se extiende a los “...derechos humanos previstos por el orden jurídico mexicano y en los instrumentos jurídicos internacionales que México ha ratificado”.²⁴

Sobre el mismo punto, quizás se podría pensar en lo que la doctrina comunitaria denomina los efectos indirectos de los derechos sociales fundamentales. Al señalar, los tribunales nacionales están obligados a interpretar el derecho interno hasta el máximo, con la única limitación de los principios de seguridad jurídica y retroactividad.²⁵ Desafortunadamente, en nuestro país, con la contradicción de tesis 293/2011 resuelta por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), si bien se reconoció que la protección de derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, también se estableció una limitación, al señalarse que en caso de existir contradicción entre los tratados internacionales y la Constitución, deben prevalecer las restricciones a los derechos establecidas en la Constitución. De igual manera, si bien se reconoce el carácter vinculatorio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en los casos contenciosos, aun cuando el Estado mexicano no haya sido parte, no se consideraron las opiniones consultivas, las cuales también son una interpretación directa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²²García Ramírez, Sergio, “Raíz y horizonte de los derechos ‘sociales’ en la Constitución mexicana”, *Derechos Humanos. Órgano informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México*, núm. 61, junio-mayo, 2003, p. 88.

²³Cfr. García Ramírez, Sergio, “Tres textos precursores en el Constitucionalismo social”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año I, núm. 23, mayo-diciembre, UNAM, 1968, p. 472.

²⁴Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, Porrúa/UNAM, 2003, pp. 781 y ss.

²⁵Blanpain, Roger, Hepple, Bob, Sciarra, Silvana y Weiss, Manfred; “Derechos sociales fundamentales: propuestas para la Unión Europea”, *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*; núm. 74, noviembre-diciembre, 1995, pp. 799-800.

La necesaria lectura del derecho laboral a la luz de los derechos humanos y del derecho convencional

En el contexto mexicano, los operadores jurídicos tienen el desafío de aplicar el control de convencionalidad para una eficaz protección de los derechos humanos, especialmente en el ámbito laboral. Si bien es cierto que en el derecho laboral mexicano los principios clásicos del derecho laboral están siendo hartamente cuestionados, hacer una lectura del derecho laboral a partir de los derechos humanos, y particularmente del derecho convencional, puede ser el umbral que ayude a delinear de una manera más adecuada el derecho laboral, acorde con los nuevos tiempos y necesidades.

El reto es leer, interpretar y aplicar el Derecho del Trabajo interno a la luz de la legislación nacional, internacional, así como de los principales instrumentos internacionales en la materia; no sólo aquéllos generales en materia de derechos humanos, sino también los que se refieren específicamente al derecho al trabajo, a saber: la Constitución de la OIT; la Declaración de Filadelfia de 1944, la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento de 1998, así como los convenios fundamentales y de gobernanza considerados por la OIT. Igualmente, se deben tomar en cuenta las opiniones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. Se trata de un reto que tienen enfrente los operadores jurídicos nacionales.

Los operadores jurídicos, en sus razonamientos como juristas o jueces, deberían tener presente en todo momento la Declaración de Filadelfia de 1944. En primer lugar, porque contiene cuatro principios fundamentales en materia laboral y, en segundo, porque tiene una serie de características fundamentales que integran lo que se podría llamar, el “espíritu de Filadelfia”.

En lo que se refiere al primer punto, en 1944, la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, reunida en Filadelfia (Estados Unidos), adoptó la Declaración de Filadelfia en la que se definen nuevamente los fines y objetivos de la OIT, a saber:

el trabajo no es una mercancía; la libertad de expresión y de asociación son esenciales para el progreso constante; la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos, ya que todos los seres humanos sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material, así como su desarrollo espiritual en condiciones de libertad, dignidad, seguridad económica y en igualdad de oportunidades.

En relación al segundo punto, el “espíritu de Filadelfia” se compone de cinco elementos fundamentales que se encuentran tanto en la Declaración del mismo nombre, integrada posteriormente a la Constitución de la OIT, como en la Carta constitutiva de las Naciones Unidas o Declaración Universal de Derechos Humanos:²⁶

²⁶Supiot, Alain, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, France, 2010, pp. 20-25.

1. Estos principios no son ni *revelados* por un texto sagrado, ni *descubiertos* en la observación de la naturaleza, son *afirmados*: “La Conferencia reafirma los principios fundamentales sobre los cuales está basada la Organización...”.

2. Se trata de un acto de fe, pero al mismo tiempo de la razón, que proviene de la experiencia:

“Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles...”,²⁷ es “...esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”.²⁸

3. Esta experiencia, habiendo mostrado los efectos mortíferos de la cosificación del ser humano, hace necesario reconocer que la “...dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;...” constituyen el fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo.²⁹

4. El principio de dignidad obliga a liar los imperativos de la libertad y la seguridad. Para que los hombres sean libres de pensar y de creer, es necesario que los seres humanos disfruten de seguridad física y de seguridad económica,³⁰ suficientes para ser libres del terror y de la miseria.³¹ El orden jurídico debe, en consecuencia, contribuir a “...promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad...”.³²

5. El nexo entre libertad de espíritu y seguridad del cuerpo conducen en consecuencia a subordinar la organización económica al principio de justicia social. Cabe señalar que la Constitución de la OIT, habla de justicia social, pero sin definirla ni señalar sus consecuencias desde el punto de vista económico y financiero. Es justamente sobre esos dos puntos donde la Declaración de Filadelfia innova. En primer lugar, le da a la justicia social una definición global y comprehensiva, al señalar que “... (a) todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades...”.³³ Además, hace de la justicia social el objetivo central de toda política nacional o internacional: “(c) cualquier política y medida de índole nacional e internacional, particularmente de carácter económico y financiero, deben juzgarse desde este punto de vista y aceptarse solamente cuando favorezcan, y no entorpezcan, el cumplimiento de este objetivo fundamental...”.³⁴

En la Declaración de Filadelfia, la economía y las fianzas son medios al servicio del ser humano.

Ineludiblemente el derecho al trabajo, como un derecho humano, cada vez va estar más presente en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina nacional. Así puede

²⁷Carta de Naciones Unidas. Preámbulo.

²⁸Declaración Universal de Derechos Humanos. Preámbulo.

²⁹Declaración de Derechos Humanos.

³⁰Declaración de Filadelfia.

³¹Declaración Universal de Derechos Humanos. Preámbulo.

³²Carta de las Naciones Unidas. Preámbulo.

³³Declaración de Filadelfia. Artículo II. a.

³⁴Declaración de Filadelfia. Artículo II. c.

constarse al menos en la jurisprudencia, gracias al *Caso Radilla*. Así lo demuestra también el espíritu de Filadelfia, en donde se entrecruzan y engarzan la Carta de Naciones Unidas, la Declaración de Derechos Humanos con la Declaración de Filadelfia de la OIT. En ese sentido, el legislador cada vez hace más uso del derecho convencional cuando elabora normatividad interna. Así puede constatarse en la reciente reforma laboral de noviembre de 2012, en donde el legislador hace referencia a principios y derechos contenidos en la Declaración de Derechos y Principios Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento de la OIT. Lo anterior resulta esencial, dado el cuestionamiento que se ha hecho de los principios clásicos del Derecho del Trabajo.

El estudio, creación, interpretación y aplicación del derecho al trabajo reflejan cada vez más la impronta de los derechos humanos y del derecho convencional. No puede ser de otra manera, si realmente se quieren derechos laborales que dejen de ser declarativos para convertirse en práctica cotidiana, en ese sentido, es necesario que el derecho del trabajo mexicano transite de la dialéctica a la dialéctica de lo concreto.

Libertad de pensamiento y de expresión

La libertad de expresión encuentra un amplio desarrollo tanto en el sistema universal, como en los diversos sistemas regionales de protección de los derechos humanos. Por lo que se refiere al primero, la Declaración Universal aprobada en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, contempla en su artículo 19 el derecho que tiene todo individuo a la libertad de opinión y de expresión, que incluye, a su vez, el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión. Este precepto es la base del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, sin embargo, es más específico en su regulación, pues señala que el ejercicio de la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades especiales y, por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán estar fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, así como para proteger la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

En el ámbito de los sistemas regionales, el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, además de retomar algunos de los planteamientos de la Declaración Universal, señala que la protección de este derecho no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa y establece también que el ejercicio de las libertades que se desprenden de este derecho puede ser sometido, además de a ciertas restricciones, a las formalidades, condiciones o sanciones previstas por la ley que configuren medidas necesarias en una sociedad democrática para salvaguardar ciertos bienes jurídicos individuales y

Sumario

El carácter bidimensional de la libertad de pensamiento y expresión	505
Las formas y manifestaciones de la expresión sujetas a protección	506
Restricciones legítimas y límites a la libertad de expresión	510
Los discursos no protegidos por la libertad de expresión.....	516

colectivos. La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, por su parte, establece en su artículo 9 el derecho que todo individuo tiene a recibir información, así como a expresar y difundir sus opiniones, siempre que respete la ley.

Es el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, sin embargo, el que ha sido recurrentemente señalado por la doctrina como aquel que ofrece una mayor protección a la libertad de pensamiento y expresión. De hecho, las normas que protegen este derecho tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 13), como en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 4) o la Carta Democrática Interamericana (artículo 4), ofrecen una serie de garantías reforzadas que no tienen igual ni en el sistema universal ni en algún otro sistema regional, pues el marco interamericano fue diseñado para ser el que ofreciera una mayor protección y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de información, opiniones e ideas. Ese valor tan alto que se otorga a la libertad de pensamiento y expresión en el sistema interamericano, se basa en el concepto de autonomía y dignidad de las personas que se tiene en él, así como en la valía instrumental de esta libertad para el ejercicio de los demás derechos fundamentales y su función esencial dentro de los regímenes democráticos.¹ La labor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reflejado dicha importancia, pues este órgano jurisdiccional ha señalado que:

La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.²

Estos señalamientos evidencian que la protección de este derecho es cardinal en las sociedades modernas, pues “su lesión o restricción injustificada implica no sólo la limitación del derecho fundamental de uno o más ciudadanos, sino también efectos negativos en la creación y mantenimiento de una institución esencial del sistema democrático: una opinión pública libre”.³ La libertad de pensamiento y expresión, por

¹Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. OEA/Ser. L/V/II. CIDH/RELE/INF. 2/09, Washington, CIDHAS DI-OEA, 2010, párrafos 3-5.

²Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-5/85 sobre la colegiación obligatoria de periodistas, de 13 de noviembre de 1985, párrafo 70. En el mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha expresado que: “La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de [la sociedad democrática], una de las condiciones para su progreso y para el desarrollo de los hombres”. Caso “Handyside vs. Reino Unido”, Sentencia de 7 de diciembre de 1976, párrafo 49. Asimismo, el Tribunal Constitucional español, desde sus primeras sentencias, señalaba que la libertad de expresión “garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huera las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática”, sentencia 6/1981, de 16 de marzo de 1981.

³Bustos Gisbert, Rafael, “Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática”, en García Roca, Javier y Santolaya, Pablo (coords.), *La Europa de los derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 532.

tanto, no es un derecho cualquiera; por el contrario, ocupa un lugar central en los sistemas de protección de los derechos humanos, no sólo porque facilita la toma de conciencia respecto de los otros derechos y libertades, sino en cuanto es un instrumento vital para su preservación y consolidación. De esta forma, el mayor o menor grado en que se respeta la libertad de pensamiento y expresión, puede servir de termómetro para medir la vigencia de otros derechos humanos y se presenta como un elemento fundamental dentro de los Estados democráticos.⁴ Este derecho permite a las personas pensar el mundo desde su propia perspectiva y comunicarse con los demás para construir, a través de un proceso deliberativo, no sólo el modelo de vida que cada individuo tiene derecho a adoptar, sino el modelo de sociedad en el cual quiere vivir. Y es que la formación de una opinión pública informada y consciente de sus derechos, el control ciudadano sobre la gestión pública y la exigencia de responsabilidad de los funcionarios estatales, no sería posible si la libertad de pensamiento y expresión no fuera garantizada.⁵

El carácter bidimensional de la libertad de pensamiento y expresión

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana se señala de manera recurrente que la libertad de expresión tiene dos dimensiones: una individual, que requiere que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento; y una social, que implica el derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.⁶ La primera de estas dimensiones, como señala la propia Corte Interamericana, no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, de manera inseparable, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. De hecho, la Corte ha indicado también que cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión “comprende el derecho de difundir informaciones e ideas ‘por cualquier... procedimiento’, está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente”.⁷

⁴Gómez Gamboa, David, *Hacia la construcción del ius constitutionale commune en América Latina en materia de libertad de expresión e información*, México, UNAM-III, 2015, pp. 76-77. La libertad de expresión es una herramienta esencial para el ejercicio del derecho a la participación, a la libertad de conciencia y religión, a la libertad de asociación, a la educación, entre otros.

⁵Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Marco jurídico...*, cit., párrafos 7-8.

⁶Así se señala, por ejemplo, en los casos “Ivcher Bronstein vs. Perú”, Sentencia de 6 de febrero de 2001, párrafo 146; “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, párrafo 64; “Kimel vs. Argentina”, Sentencia de 2 de mayo de 2008, párrafo 53 y “Claude Reyes y otros vs. Chile”, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, párrafo 75.

⁷Opinión consultiva OC-5/85 sobre la colegiación obligatoria de periodistas, de 13 de noviembre de 1985, párrafo 31.

Por su parte, la dimensión social de la libertad de expresión “es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos”; pero comprende además el derecho de cada uno a tratar de comunicar a otros sus propios puntos de vista, lo que implica también que todas las personas puedan conocer opiniones y noticias. Estas dos dimensiones se implican mutuamente y adquieren un valor trascendental en el sistema interamericano pues “para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

Lo dicho por la Corte Interamericana deja claro que las dos dimensiones de la libertad de expresión son efectos naturales de la comunicación, necesarios para que ésta sea efectiva en una sociedad democrática, y han sido retomados por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de nuestro país, que al tratar el tema, señaló que este derecho fundamental se relaciona con principios que no pueden reducirse a un solo núcleo. Para la Corte, dado que la libertad de expresión tiene al menos dos facetas, “es complicado sostener que sirve a un único propósito, ya que su protección persigue tanto facilitar la democracia representativa y el autogobierno, como la autonomía, la autoexpresión y la autorrealización del individuo”.⁸

Las formas y manifestaciones de la expresión sujetas a protección

En el sistema interamericano, el artículo 13.1 del Pacto de San José establece que la libertad de expresión comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento. Este derecho está protegido por la Convención en todas sus formas y manifestaciones;⁹ sin embargo, como se ha señalado en diversos documentos elaborados por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión,¹⁰ tanto la Comisión como la Corte Interamericanas, han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre algunas de ellas específicamente protegidas por los instrumentos regionales de protección de los derechos, entre las que se encuentran: 1) el derecho a hablar, esto es, a expresar oralmente, en el idioma que cada persona elija, sus pensamientos, ideas, informaciones u opiniones;¹¹ 2) el derecho a escribir, es decir, a expresar en forma escrita o impresa los pensamientos, ideas, información u opiniones, también en el idioma que quien se expresa elija para hacerlo;¹² 3) el derecho a difundir las expresiones habladas o escritas de pensamientos, informaciones, ideas

⁸Tesis 1a. CDXVIII/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo I, diciembre de 2014, p. 236.

⁹Así lo ha considerado también la Suprema Corte de Justicia de la Nación, retomando los contenidos constitucionales y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo que le ha permitido determinar que la presunción de que todas las formas de expresión se encuentran protegidas sólo puede ser derrotada bajo razones imperiosas. Tesis 1a. CDXXI/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo I, diciembre de 2014, p. 237.

¹⁰Véase por ejemplo el *Marco jurídico interamericano...*, cit., párrafos 21-29.

¹¹Casos “López Álvarez vs. Honduras”, Sentencia de 1 de febrero de 2006, párrafo 164.

¹²Por ejemplo, en el Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, Sentencia de 2 de julio de 2004, párrafo 109.

u opiniones, por los medios de difusión que se elijan para comunicarla al mayor número posible de destinatarios;¹³ 4) el derecho a buscar, a recibir y a acceder a expresiones, ideas, opiniones e información de toda índole;¹⁴ 5) el derecho que tiene toda persona al acceso a la información sobre sí misma contenida en bases de datos o registros públicos o privados, con el correlativo derecho a actualizarla, rectificarla o enmendarla,¹⁵ y 6) el derecho a poseer información escrita o en cualquier otro medio, a transportar dicha información y a distribuirla.¹⁶

Ahora, si bien todas las formas de expresión están en principio protegidas por la libertad consagrada en el artículo 13 de la Convención Americana, existen ciertos tipos de discurso que reciben una protección especial, por la importancia que tienen para el ejercicio de los demás derechos humanos o para la consolidación, funcionamiento y preservación de la democracia.¹⁷ En la jurisprudencia interamericana, por ejemplo, se han protegido de manera especial tanto el discurso político como aquel que se da sobre asuntos de interés público, pues “en los sistemas democráticos y pluralistas, las acciones y omisiones del Estado y de sus funcionarios deben sujetarse a un escrutinio riguroso, no sólo por los órganos internos de control, sino también por la prensa y la opinión pública”.¹⁸ De esta forma, se fomenta la transparencia de las actividades del Estado y la responsabilidad de los funcionarios públicos sobre sus actuaciones, lo que contribuye también al logro de un mayor nivel de participación ciudadana. Es por ello que en el debate sobre asuntos de interés público, existe una mayor tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos y, por tanto, “no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población”.¹⁹ Esto implica también que “tratándose de funcionarios públicos, de personas que ejercen funciones de una naturaleza pública, de políticos y de instituciones estatales, se debe aplicar un umbral diferente de protección, el cual no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que

¹³Véanse por ejemplo los casos “Palamará Iribarne vs. Chile”, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párrafo 73 o “Ricardo Canese vs. Paraguay”, Sentencia de 31 de agosto de 2004, párrafo 78.

¹⁴Así se señala, por ejemplo, en el segundo numeral de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su 108 periodo ordinario de sesiones en octubre de 2000.

¹⁵*Ibidem*, principio 3.

¹⁶Véanse los Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 39/98. Caso 11.221 “Tarcisio Medina Charry”. Colombia, de 7 de abril de 1998, párrafo 77, así como el 2/96, caso 10.325. “Steve Clark y otros”. Granada, de 1º de marzo de 1996.

¹⁷Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Marco jurídico...*, cit., párrafo 32.

¹⁸*Ibidem*, párrafo 33.

¹⁹Caso “Kimel vs. Argentina”, Sentencia de 2 de mayo de 2008, párrafo 88. Los argumentos que sobre el tema había desarrollado previamente la Corte Europea de Derechos Humanos fueron tomados en cuenta por la Corte Interamericana, pues aquella se había pronunciado en este mismo sentido cuando recordó que la protección de la libertad de expresión debe operar no solamente para las informaciones o ideas acogidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, ofenden o inquietan, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los que no existe una sociedad democrática. Véanse, por ejemplo, los casos “Handyside vs. Reino Unido”, Sentencia de 7 de diciembre de 1976 o “Hannover vs. Alemania”, Sentencia de 24 de junio de 2004.

conlleven las actividades o actuaciones de una persona determinada”.²⁰ En consecuencia, el Estado debe abstenerse con mayor rigor de establecer limitaciones a las expresiones relacionadas con asuntos de interés público y, asimismo, las entidades y funcionarios que conforman el Estado, así como quienes aspiran a ocupar cargos públicos, en razón de la naturaleza pública de las funciones que cumplen o esperan cumplir, deben tener un mayor umbral de tolerancia ante la crítica.²¹

Tomando en cuenta estas consideraciones, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que las expresiones e informaciones atinentes a los funcionarios públicos, a particulares involucrados en asuntos públicos, y a candidatos a ocupar cargos públicos, gozan de una mayor protección, pues tales personas, en razón de la naturaleza pública de las funciones que cumplen, están sujetas a un tipo diferente de protección de su reputación o de su honra frente a las demás personas. Es más, la Corte ha señalado que para determinar si determinada expresión sobre algún funcionario o candidato tiene relevancia pública, no se requiere que un determinado porcentaje de la población concentre su atención en la controversia o que los líderes de opinión se refieran a ella, pues el mero hecho de que la expresión esté relacionada con el control ciudadano sobre su desempeño hace la información relevante.²²

Es evidente entonces que la relevancia que tienen las discusiones sobre asuntos de interés público implica también la protección reforzada del derecho de acceso a la información y del derecho que tienen tanto los directivos de medios de comunicación como los periodistas que laboran en ellos de investigar y difundir los temas que puedan ser de interés para la sociedad.²³ En lo que se refiere al primero de estos puntos, la Corte Interamericana ha señalado que el control democrático por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión, por lo que si se quiere que las personas puedan ejercer dicho control de manera efectiva, es esencial

²⁰Casos “Palmara Iribarne vs. Chile”, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párrafo 84 y “Ricardo Canese vs. Paraguay”, Sentencia de 31 de agosto de 2004, párrafo 97, entre otros.

²¹Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, Sentencia de 2 de julio de 2004, párrafo 125. En este caso, la Corte Interamericana, a fin de dar fuerza a sus argumentos, se refiere a los casos de la Corte Europea “Dichand y otros vs. Austria”, Sentencia de 26 de febrero de 2002 y “Lingens vs. Austria”, Sentencia de 8 de julio de 1986, en los que se señala que: “Los límites de la crítica aceptable son [...] respecto de un político, más amplios que en el caso de un particular. A diferencia de este último, aquel inevitable y conscientemente se abre a un riguroso escrutinio de todas sus palabras y hechos por parte de periodistas y de la opinión pública y, en consecuencia, debe demostrar un mayor grado de tolerancia”.

²²Tesis 1a. CLII/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo I, abril de 2014, p. 806. Sobre la protección que ciertos tipos de discurso reciben, es importante señalar que la Suprema Corte mexicana, basándose en los contenidos del artículo 13 de la Convención Americana, se ha pronunciado en el sentido de que la libertad de pensamiento y expresión en el ámbito académico debe gozar de una especial protección, pues ésta constituye la esencia de la actividad académica, cuya función no se reduce a transmitir el conocimiento existente, sino que incluye la exploración de sus límites y posibilidades. De ahí que, de acuerdo con lo señalado por la Corte “en un ambiente académico, cualquier restricción al contenido de una expresión sea perniciosa, al grado de que, en ocasiones, puede ser incompatible con la investigación y difusión del conocimiento.” Tesis 1a. CXLIX/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo I, abril de 2014, p. 807.

²³Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Marco jurídico...*, cit., párrafos 37-38.

que el Estado garantice el acceso a la información de interés público con la que cuente.²⁴ En este sentido, los órganos jurisdiccionales de nuestro país han señalado que el acceso a la información cumple con la función de maximizar el campo de autonomía personal, posibilitando el ejercicio de la libertad de expresión en un contexto de mayor diversidad de datos, voces y opiniones, pero también brinda un derecho colectivo o social que “tiende a revelar el empleo instrumental de la información no sólo como factor de autorrealización personal, sino como un mecanismo de control institucional, pues se trata de un derecho fundado en una de las características principales del gobierno republicano, que es la rendición de cuentas”.²⁵

Ahora bien, por lo que respecta al derecho de periodistas y medios de comunicación, la Corte Interamericana ha explicado, por ejemplo, que “el procesamiento de personas, incluidos periodistas y comunicadores sociales, por el mero hecho de investigar, escribir y publicar información de interés público, viola la libertad de expresión al desestimular el debate público sobre asuntos de interés para la sociedad y generar un efecto de autocensura”.²⁶ El papel fundamental de los medios de comunicación ha sido tratado también por la Corte Europea de Derechos Humanos, que ha señalado no sólo el derecho que tienen para transmitir información, sino también su deber de hacerlo para conferir plena satisfacción al derecho de los ciudadanos a recibirla.²⁷ Al referirse concretamente a la libertad de prensa, la Corte Europea ha señalado que cualquier limitación a ésta debe interpretarse de manera especialmente restrictiva para evitar que un medio de comunicación tenga que verse obligado a dejar de cumplir su papel de *perro guardián* (*watchdog*) de la democracia.²⁸ Estos argumentos hacen evi-

²⁴Caso “Claude Reyes vs. Chile”, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, párrafo 87.

²⁵Tesis I.4o.A.40 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo 3, marzo de 2013, p. 1899.

²⁶Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Marco jurídico...*, cit., párrafo. 38. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en nuestro país ha señalado que el interés legítimo contra leyes penales se actualiza ante normas cuya mera existencia genera un efecto disuasivo en el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho fundamental de acceso a la información. Para la Corte, dado que estos derechos no sólo protegen un espacio de autonomía personal de los individuos, sino también garantizan un espacio público de deliberación política, las normas penales pueden resultar autoaplicativas por su afectación directa, cuando se alegue que esas normas obstaculicen, impidan o estorben el acceso a dicho espacio. Tesis 1a. XXXI/2016, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo I, febrero de 2016, p. 678.

²⁷Caso “De Haes & Gijssels vs. Bélgica”, Sentencia de 24 de febrero de 1997.

²⁸Véanse, por todos los casos que forman parte de la jurisprudencia de la Corte Europea, “Thorgeir Thorgeirson vs. Islandia”, Sentencia de 25 de junio de 1992 y “Bladet Tromsø & Stensaa vs. Noruega”, Sentencia de 20 de mayo de 1999. En la Suprema Corte de los Estados Unidos, un caso paradigmático ha sido “New York Times vs. Sullivan”, pues en él se estableció que la Primera Enmienda de la Constitución estadounidense protege todo tipo de afirmaciones sobre el desempeño de los funcionarios públicos aun cuando resulten falsas. La Corte argumentó en este caso que la defensa de la libertad de expresión debe prevalecer en los juicios por difamación promovidos por los funcionarios en contra de publicaciones, pues la reputación personal no debe inhibir o coartar el escrutinio público. Para encontrar un equilibrio en este sentido, la Suprema Corte estadounidense creó la teoría de la malicia real, para los casos en que se emitan opiniones sabiendo de la falsedad que contienen o con claro desprecio a la veracidad; sin embargo, incluso en estos casos, por el criterio que ha establecido la más alta jurisdicción de los Estados Unidos, deberá procederse por la vía civil y no la penal. Esta doctrina ha sido retomada como un estándar a seguir por parte del máximo tribunal de nuestro país. De acuerdo con lo señalado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para que la malicia efectiva se actualice “no es suficiente que la información difundida resulte falsa, pues ello conllevaría a imponer sanciones a informadores que son diligentes en sus investigaciones, por el simple hecho de no poder probar

dente que “el interés general despertado o en el que se enmarca el mensaje transmitido será el determinante en la decisión acerca de si eventuales restricciones al derecho son aceptables en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos”.²⁹

Los discursos que reflejan elementos constitutivos de la identidad personal o de la dignidad de quien se expresa, también gozan de una especial protección dentro de los sistemas regionales. Entre ellos, la jurisprudencia interamericana se ha referido de forma especial al uso de la lengua de grupos étnicos y minoritarios, pues se le considera como uno de los elementos más importantes dentro de la identidad de una etnia, ya que garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura, además de ser uno de los elementos que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general.³⁰ Otras formas discursivas que también gozan de un especial nivel de protección por expresar un elemento integral de la identidad y dignidad personales son el discurso religioso y aquellas que expresan la propia orientación sexual y la identidad de género.³¹

Restricciones legítimas y límites a la libertad de expresión

La libertad de expresión, por su propia naturaleza, no es absoluta y puede estar sujeta a ciertas restricciones, en particular cuando interfiere con otros derechos. En el sistema interamericano, el artículo 13. 2 del Pacto de San José determina los límites al ejercicio de esta libertad, que no solamente pueden considerarse legítimos sino también necesarios dentro de una sociedad democrática. Dichos límites, sin embargo, deben cumplir ciertas condiciones para no contravenir los fines de la Convención, que se conjuntan en un test tripartito construido por la Corte Interamericana a través de la interpretación que ha hecho de dicho precepto. Las condiciones básicas derivadas de este test para que una limitación a la libertad de expresión pueda considerarse legítima son que ésta: 1) haya sido definida en forma precisa y clara a través de una ley formal y material; 2) se encuentre orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención, y 3) sea necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan, estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida e idónea para lograr el objetivo que pretende alcanzar.³²

en forma fehaciente todos y cada uno de los aspectos de la información difundida, lo cual, además de que vulneraría el estándar de veracidad aplicable a la información, induciría a ocultar la información en lugar de difundirla, socavando el debate robusto sobre temas de interés público que se persigue en las democracias constitucionales. Entonces, la doctrina de la ‘real malicia’ requiere no sólo que se demuestre que la información difundida es falsa sino, además, que se publicó a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación sobre si era o no falsa, pues ello revelaría que se publicó con la intención de dañar.” Tesis 1a. XL/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo II, p. 1401.

²⁹Bustos Gisbert, Rafael, “Los derechos de libre comunicación...”, *cit.*, p. 541.

³⁰Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Marco jurídico...*, *cit.*, párrafos 53-55. Sobre el particular véase también el caso “López Álvarez vs. Honduras”, Sentencia de 1 de febrero de 2006, párrafo 169.

³¹Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Marco jurídico...*, *cit.*, párrafo 56.

³²Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Marco jurídico...*, *cit.*, párrafos 66-67.

La primera de estas condiciones tiene como fin brindar seguridad jurídica a las personas que ejercen su libertad de expresión, pues los límites que ésta puede encontrar tienen que estar previstos por ley, esto es, en una “norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”. Esta definición ofrecida por la Corte Interamericana a través de la Opinión Consultiva OC-6/86, deja claro que la idea de ley no puede ser interpretada como una suerte de autorización general para establecer en cada momento más restricciones a la libertad de expresión, que se agregarían a las limitaciones permitidas en la regulación particular que la rige en cada Estado; por el contrario, lo que se pretende con ella es imponer una condición adicional para que las restricciones, singularmente autorizadas, sean legítimas. Dicha idea implica, en consecuencia, evitar un ejercicio arbitrario del poder y por ende no sería admisible interpretar la expresión “leyes” como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos pueden “ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general”.³³ Es por este motivo que las leyes que establezcan límites a la libertad de expresión deben serlo tanto en sentido formal como material, dictarse por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido aprobadas, así como establecer las restricciones de forma previa, expresa, precisa y clara. Lo anterior, pues las “normas vagas, ambiguas, amplias o abiertas, por su simple existencia, disuaden la emisión de informaciones y opiniones por miedo a sanciones, y pueden llevar a interpretaciones judiciales amplias que restringen indebidamente la libertad de expresión”.³⁴

La segunda de las condiciones para que una restricción a la libertad de expresión pueda considerarse legítima, implica que las limitaciones impuestas sean necesarias para alcanzar alguno de los objetivos imperiosos establecidos de manera taxativa en la Convención Americana, esto es, asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás³⁵ o proteger la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral

³³Opinión Consultiva OC-6/86 sobre la expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 9 de mayo de 1986, párrafos 17, 22 y 26.

³⁴Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Marco jurídico...*, cit., párrafos 69-71.

³⁵La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha planteado sobre este punto que “Tomando en consideración que la naturaleza del derecho a la libertad de expresión consiste de forma primordial en la manifestación de ideas y, por otro lado, que la naturaleza del derecho al honor se refiere al concepto que una persona tiene sobre sí misma o que la sociedad se ha formado sobre ella, es que resulta claro no sólo que ambos derechos fundamentales pueden gozar de eficacia en las relaciones con otros particulares, sino que, adicionalmente, puede presentarse una colisión entre los mismos. En consecuencia, en aquellos asuntos en los cuales el conflicto primigenio se origine porque un particular alegue que se ha violentado su derecho al honor, y otro particular señale que las manifestaciones combatidas se ejercieron dentro de los límites de la libertad de expresión, se tratarán de forma indefectible de casos en los cuales se actualiza la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en pugna, situación que conlleva una colisión entre los mismos, ante lo cual, el juzgador deberá proceder a un ejercicio de ponderación y análisis de éstos”. Tesis 1a. LXX/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo 1, p. 888.

públicas.³⁶ Éstos son los únicos objetivos autorizados para restringir la libertad de expresión, pues con ellos se busca alcanzar intereses públicos que, “por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza”.³⁷

Por su parte, la tercera condición para establecer límites a la libertad de expresión, impone a los Estados la obligación de demostrar que éstos son necesarios en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientados a satisfacer un interés público imperativo. La propia Corte Interamericana ha señalado al respecto que si existen varias opciones para alcanzar ese objetivo, “debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido”. Esto significa que no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno, pues para que sean compatibles con la Convención, las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que no limiten más de lo estrictamente necesario la libertad de expresión. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.³⁸ Para determinar la estricta

³⁶Caso “Claude Reyes y otros vs. Chile”, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, serie C núm. 151, párr. 90. Al tratar los alcances de las expresiones “moral” y “buenas costumbres” como restricciones legítimas a la libertad de expresión, la Suprema Corte de nuestro país ha señalado que “Si bien es cierto que el artículo 6º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala como límite a la libertad de expresión y el derecho a la información ‘el ataque a la moral’, y que el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1830, define ese hecho ilícito como aquel contrario a las leyes de orden público o a las ‘buenas costumbres’, también lo es que los límites a aquéllos constituyen la excepción a la regla y, como tales, deben interpretarse en forma restrictiva. Así, atendiendo al carácter abstracto e indefinido que tienen los conceptos de ‘moral’ y ‘buenas costumbres’, así como a su mutabilidad, porque cambian constantemente desde una perspectiva social y de persona a persona, debe determinarse la medida y el alcance en que éstos pueden constituir restricciones legítimas a la libertad de expresión y el derecho a la información. Entonces, con base en la doctrina desarrollada por este alto tribunal, las restricciones a los derechos fundamentales no deben ser arbitrarias, sino que deben perseguir finalidades constitucionalmente válidas, ser necesarias para su consecución y proporcionales, esto es, la persecución de ese objetivo no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de los otros derechos fundamentales. Ahora bien, lo que debe entenderse por ‘moral’ o por ‘buenas costumbres’, no puede identificarse con las normas culturales que prevalecen en una sociedad y época determinadas, sino que debe constreñirse al concepto de moral ‘pública’, entendida como el núcleo de convicciones básicas y fundamentales sobre lo bueno y lo malo en una sociedad. De ahí que interpretar el término ‘moral’ o ‘buenas costumbres’ en forma más extensa, o apelando a lo que consideran las mayorías, constituiría una herramienta para hacer nugatorios los derechos fundamentales de las minorías, y resultaría contrario al pluralismo característico de una sociedad democrática. En ese sentido, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha reconocido que la moral pública varía ampliamente, por lo que no existe un principio aplicable universalmente; sin embargo, ha agregado que toda restricción a la libertad de expresión no sólo debe justificarse en la protección de un objetivo legítimo -la moral pública-, sino que también debe acreditarse que la medida sea necesaria para lograr ese objetivo. Asimismo, el Relator de Naciones Unidas para la Libertad de Expresión ha señalado que las restricciones a la libertad de expresión no deben de aplicarse de modo que fomenten el prejuicio y la intolerancia, sino que deben protegerse las opiniones minoritarias, incluso aquellas que incomoden a las mayorías. Por lo tanto, debe distinguirse entre el fomento a la conducta inmoral, que puede ser un motivo legítimo para la aplicación de restricciones, y la expresión de opiniones disidentes o la ruptura de tabúes. En conclusión, la determinación del concepto de ‘moral’ o ‘buenas costumbres’, como límite a los derechos a la libertad de expresión y de información, no puede ser exclusivamente valorativa, ni atender a los criterios de un grupo determinado, sino que debe quedar plenamente justificada, sin limitarlos innecesariamente”. Tesis 1a. L/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo I, febrero de 2014, p. 672.

³⁷Opinión consultiva OC-5/85 sobre la colegiación obligatoria de periodistas, de 13 de noviembre de 1985, párrafo 46. En esta opinión consultiva, la Corte Interamericana toma en cuenta los planteamientos realizados por su homóloga europea en el caso “Sunday Times vs. Reino Unido”, de 26 de abril de 1979.

³⁸*Idem*.

proporcionalidad de la medida de limitación, es necesario, por tanto, considerar si el sacrificio de la libertad de expresión que ésta conlleva no resulta exagerado o desmedido frente a las ventajas que mediante ella se obtienen.³⁹

De manera similar, en el sistema europeo se ha entendido que “los objetivos a alcanzar por parte de las limitaciones legítimas a la libertad de expresión son los expresamente previstos en el segundo párrafo del artículo 10”, y que pese “a realizar una interpretación restrictiva de los límites, [la Corte Europea] se ha mostrado flexible para incluir dentro de aquellos objetivos legítimos otros no expresamente incluidos en el texto pero subsumibles, con mayor o menor facilidad, dentro del amplio elenco recogido”.⁴⁰ De esta forma, parte de la doctrina ha clasificado los límites existentes en el sistema europeo en dos grandes grupos. El primero de ellos estaría dirigido a la protección de intereses generales, y en él se encontraría la seguridad pública (seguridad nacional, integridad territorial y defensa del orden público y prevención del delito), la autoridad del Poder Judicial (juicios paralelos, secreto del sumario, críticas al poder judicial, derecho a un proceso justo), la moral (que ha sido el límite en que mayor margen de apreciación se ha reconocido a las autoridades nacionales, dada la ausencia de una moral generalizable a todos los países europeos) y la protección de la democracia (para evitar, por ejemplo, declaraciones racistas o incitadoras de la violencia). El segundo grupo, por su parte, estaría encaminado a proteger los derechos de terceros y en él se incluirían como límites a la libertad de expresión el honor o reputación ajena y otros derechos como los relativos a la vida privada, la propia imagen y el derecho a unas elecciones libres.⁴¹

Si éstas son las condiciones para limitar legítimamente la libertad de expresión, no debe perderse de vista que del texto de la Convención Americana también se desprende la incompatibilidad de ciertas limitaciones respecto al ejercicio de este derecho. En primer lugar, el artículo 13.2 del Pacto de San José señala que la libertad de expresión no puede estar sujeta a previa censura sino a responsabilidades ulteriores. Esta

³⁹Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Marco jurídico...*, cit., párrafo 88. De manera similar, en el sistema europeo ha entendido que “los objetivos a alcanzar por parte de las limitaciones legítimas a la libertad de expresión son los expresamente previstos en el segundo párrafo del artículo 10” y que pese “a realizar una interpretación restrictiva de los límites, [la Corte] se ha mostrado flexible para incluir dentro de aquellos objetivos legítimos otros no expresamente incluidos en el texto pero subsumibles, con mayor o menor facilidad, dentro del amplio elenco recogido”. De esta forma, parte de la doctrina ha clasificado los límites existentes en el sistema europeo en dos grandes grupos. El primero de ellos estaría dirigido a la protección de intereses generales, y en él se encontraría la seguridad pública (seguridad nacional, integridad territorial y defensa del orden público y prevención del delito), la autoridad del Poder Judicial (juicios paralelos, secreto del sumario, críticas al poder judicial, derecho a un proceso justo), la moral (que ha sido el límite en que mayor margen de apreciación se ha reconocido a las autoridades nacionales, dada la ausencia de una moral generalizable a todos los países europeos) y la protección de la democracia (para evitar declaraciones racistas, nazis, incitadoras de la violencia, etc.). El segundo grupo, por su parte, estaría encaminado a proteger los derechos de terceros y en él se incluirían como límites a la libertad de expresión el honor o reputación ajena y otros derechos como los correspondientes a la vida privada, la propia imagen y el derecho a unas elecciones libres. Bustos Gisbert, Rafael, “Los derechos de libre comunicación...”, cit., pp. 550-562.

⁴⁰Bustos Gisbert, Rafael, “Los derechos de libre comunicación...”, cit., pp. 550 y ss.

⁴¹*Idem*. Véase también Catalá i Bas, *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su recepción por el Tribunal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 305 y ss.

disposición es fundamental para evitar que el poder público impida la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias, pues a partir de ella, la Corte Interamericana ha señalado que con prácticas como la censura previa, el secuestro, la prohibición de publicaciones o cualquier procedimiento que condicione la expresión o la difusión de información al control gubernamental, se produce “una violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática”.⁴² De acuerdo con la jurisprudencia que se ha construido en el sistema interamericano, constituyen ejemplos de censura previa, los siguientes:

La incautación de libros, materiales de imprenta y copias electrónicas de documentos; la prohibición judicial de publicar o divulgar un libro; la prohibición de un funcionario público de realizar comentarios críticos frente a un determinado proceso o institución; en relación con publicaciones en *internet*, la orden de incluir o retirar determinados enlaces (*links*), o la imposición de determinados contenidos; la prohibición de exhibir una película de cine, o la existencia de una disposición constitucional que establece la censura previa en la producción cinematográfica.⁴³

La única excepción que se contempla en la Convención Interamericana respecto a la censura previa, es que los espectáculos públicos puedan ser sometidos a ésta por ley, pero con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia. Fuera de este caso, la prohibición de esta práctica es absoluta, ya que la censura previa constituye una forma de supresión radical de la posibilidad de expresar el pensamiento que “afecta drásticamente el derecho de otras personas a tomar conocimiento de las ideas de terceros y, en tal sentido, genera nuevas violaciones que van más allá del emisor del mensaje”.⁴⁴ Es necesario reiterar, sin embargo, que el ejercicio de la libertad de expresión puede estar sujeto a controles ulteriores para “exigir a quien ejerce ese derecho la responsabilidad que corresponda en función del desbordamiento, la desviación, el exceso, el abuso —en suma, la ilicitud—

⁴²Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-5/85 sobre la colegiación obligatoria de periodistas, de 13 de noviembre de 1985, párrafo 54.

⁴³Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Marco jurídico...*, cit., párrafo 148. Véanse en este sentido, como ejemplos, los casos “Palmará Iribarne vs. Chile”, Sentencia de 22 de noviembre de 2005 y “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”, Sentencia de 5 de febrero de 2001.

⁴⁴García Ramírez, Sergio y Gonza, Alejandra, *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos-Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2007, p. 33. El Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito ha hecho suyos los planteamientos que en el sistema regional se han expresado sobre la censura previa y la concibe como “una interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación, la cual, a nivel convencional, es está prohibida, en tanto limita la circulación libre de ideas y opiniones, permite la imposición arbitraria de aquéllas y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, de suerte que no se justifica la imposición, a menos de que se actualice la excepción contenida en el numeral 4 [del artículo 13], la cual resulta permisible en el caso de espectáculos públicos, pero únicamente con el fin de regular el acceso a éstos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, pues en todos los demás casos, cualquier medida preventiva que implique el menoscabo de la libertad de pensamiento y expresión no será admisible”. Tesis I. 4o. A. 13 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo 2, febrero de 2013, p. 1329.

en que incurra con tal motivo”.⁴⁵ Ahora bien, debe tenerse presente que las causales que dan lugar a esa responsabilidad ulterior no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión o convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.⁴⁶

Los límites que se imponen a la libertad de expresión tampoco pueden ser discriminatorios o producir efectos que tengan ese carácter, ya que ello perpetuaría los prejuicios y fomentaría la intolerancia, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 24 de la Convención.⁴⁷ En este sentido, la Corte Interamericana ha indicado, por ejemplo, que un trato diferenciado por razón de la pertenencia de una persona a un medio de comunicación que tenga una línea editorial crítica o independiente, puede quedar comprendido en la categoría prohibida de trato diferenciado por “opiniones políticas” consagrada en el artículo 1.1 del Pacto de San José. Otro ejemplo que ilustra las limitaciones a la libertad de expresión que pueden ser discriminatorias, es la prohibición impuesta por el director de un centro de reclusión a los miembros de un grupo étnico para no hablar su propia lengua, lo que para la Corte constituyó una abierta violación al artículo 13 de la Convención Americana.⁴⁸

Es necesario señalar también que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 13.3 de la Convención, el derecho de expresión no se puede restringir por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación de ideas y opiniones. Estos casos no son limitativos, sino simplemente ejemplos de las afectaciones que se pueden dar a este derecho, que aunque quizá de manera menos evidente, también obedecen al propósito de reducir o evitar la expresión del pensamiento y en todo caso producen ese resultado. Se trata, por tanto, de “acciones u omisiones que traen consigo la inhibición del sujeto, como consecuencia de la intimidación, la obstrucción de canales de expresión o la ‘siembra’ de obstáculos que impiden o limitan severamente el ejercicio de aquella libertad”.⁴⁹ La Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión señala en este sentido que las interferencias o presiones indirectas sobre expresiones, opiniones o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, así como

⁴⁵*Ibidem*, p. 36.

⁴⁶Caso “Palmará Iribarne vs. Chile”, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párrafo 79.

⁴⁷La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado en este sentido, por ejemplo, que “aquellas expresiones en las cuales exista una referencia a la homosexualidad, no como una opción sexual personal —misma que es válida dentro de una sociedad democrática, plural e incluyente—, sino como una condición de inferioridad o de exclusión, constituyen manifestaciones discriminatorias”. Por lo tanto, a decir de la Corte, “aquellas expresiones homófobas, esto es, que impliquen una incitación, promoción o justificación de la intolerancia hacia la homosexualidad, ya sea mediante términos abiertamente hostiles o de rechazo, o bien, a través de palabras burlescas, deben considerarse como una categoría de lenguaje discriminatorio y, en ocasiones, de discurso de odio” que no están protegidas por la libertad de expresión. Tesis 1a. CXLVIII/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo I, mayo de 2013, p. 547.

⁴⁸Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Marco jurídico...*, cit., párrafos 94-95.

⁴⁹García Ramírez, Sergio y Gonza, Alejandra, *La libertad de expresión...*, cit., p. 42.

la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión. En la Declaración se indica también que si el Estado utiliza su poder o los recursos de la Hacienda pública, concede prebendas arancelarias, otorga frecuencias de radio y televisión o realiza alguna conducta con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atentaría contra la libertad de expresión, por lo que este tipo de conductas deben estar expresamente prohibidas por la ley.⁵⁰

Los discursos no protegidos por la libertad de expresión

En el sistema interamericano, el artículo 13 del Pacto de San José protege, *ab initio*, todas las formas de expresión humana; sin embargo, existen ciertos tipos de discursos que, en virtud de las prohibiciones expresas plasmadas en la propia Convención y en diversos instrumentos internacionales, se encuentran excluidos del ámbito de cobertura de esta libertad.⁵¹ Estas prohibiciones, que en términos de lo señalado en el artículo 13.5 de la Convención Americana deben estar contempladas por las leyes de los Estados que forman parte de ella, son la propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o a cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional. Dado que las naciones del Continente han superado muchos de los conflictos sangrientos que caracterizaron a la región por años, la idea de paz es un punto toral para la Organización de los Estados Americanos, que trabaja a través de sus instituciones en la prevención de conflictos y en la resolución de disputas por medio de una serie de mecanismos de resolución de conflictos. Es por ello que la propaganda a favor de la guerra se encuentra expresamente prohibida por la Convención, pues la OEA busca promover continuamente entre sus Estados miembros las relaciones pacíficas.

Por lo que se refiere al uso de expresiones que incitan a la discriminación, la hostilidad, el odio o la violencia, lo que se pretende evitar a partir de los contenidos de la Convención es el daño que éstas provocan por sí mismas y aquel que ocasionan cuando logran influir entre el público receptor, pero también el hecho de que este tipo de expresiones pueden potenciar la formación de espacios de impunidad que favorecen conductas y actitudes violentas. Estas formas de discurso o expresión, como expresa Castilla Juárez, al buscar que otros derechos humanos sean violados, no deben gozar

⁵⁰Principios 5 y 13. Sobre restricciones indirectas a la libertad de expresión véase, por ejemplo, el caso “*Ivcher Bronstein vs. Perú*”, Sentencia de 6 de febrero de 2001.

⁵¹Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Marco jurídico...*, *cit.*, párrafo 57.

de ninguna protección, pues esto no podría ser compatible con la Convención Americana ni admitido por la Organización de los Estados Americanos.⁵²

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, siguiendo los estándares del sistema interamericano, ha señalado que “los discursos de odio son aquellos que incitan a la violencia —física, verbal, psicológica, entre otras— contra los ciudadanos en general, o contra determinados grupos caracterizados por rasgos dominantes históricos, sociológicos, étnicos o religiosos.” Estos discursos, a decir de la Corte, se caracterizan por “expresar una concepción mediante la cual se tiene el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social” y la problemática social que estos discursos engloban, radica en que mediante las expresiones de menosprecio e insulto que contienen, los mismos generan sentimientos sociales de hostilidad contra personas o grupos. Por tanto, la diferencia entre las expresiones en las que se manifiesta un rechazo hacia ciertas personas o grupos y los discursos de odio, consiste en que “mientras las primeras pueden resultar contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, generando incluso molestia o inconformidad en torno a su contenido, su finalidad se agota en la simple fijación de una postura, mientras que los segundos se encuentran encaminados a un fin práctico, consistente en generar un clima de hostilidad que a su vez puede concretarse en acciones de violencia en todas sus manifestaciones”. Consecuentemente, los discursos de odio “van más allá de la mera expresión de una idea o una opinión y, por el contrario, resultan una acción expresiva finalista que genera un clima de discriminación y violencia hacia las víctimas entre el público receptor, creando espacios de impunidad para las conductas violentas”.⁵³

La prohibición de estos discursos tiene como finalidad, por tanto, proteger a la democracia como elemento fundamental en los Estados. De hecho, el vínculo entre ésta y la libertad de pensamiento y expresión es tan fuerte que si la última no es respetada, el ejercicio de diversos derechos puede verse condicionado. No debe olvidarse que la libertad de pensamiento y expresión, además de tutelar un bien jurídico individual de carácter fundamental en los Estados democráticos, constituye un presupuesto esencial para poner frenos a la actuación arbitraria de quienes gobiernan y, con ello, asegurar las condiciones propias de una sociedad libre.

⁵²Castilla Juárez, Karlos A., *Libertad de expresión y derecho de acceso a la información en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011, p. 54.

⁵³Tesis 1a. CL/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo I, mayo de 2013, p. 545.

Benjamín Alejandro Cervantes Pérez e Issa Luna Pla

El desarrollo del acceso a la información pública como derecho humano

Introducción

El derecho de acceso a la información en posesión de instituciones públicas o privadas que ejercen fondos públicos es un derecho característico de las sociedades de la información en Estados democráticos con aspiraciones a ser gobiernos abiertos a la participación social. Aunque en el mundo hay más de 90 leyes de acceso a la información¹ en todos los continentes, este desarrollo normativo no necesariamente refleja el reconocimiento del acceso a la información como un derecho humano. En la materia confluyen diversas doctrinas que empujan la aprobación de estas normas por intereses de eficiencia administrativa, de gestión documental o de control de escándalos públicos, por ejemplo.

Sin embargo, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos el acceso de las personas a la información del Estado se ha considerado como un derecho que todos los Estados Miembro deben integrar en sus constituciones y cartas de derechos. Esta influencia internacional ha impulsado reformas importantes en la región y un auge por la legislación en transparencia gubernamental.

En este estudio nos dedicamos a explicar el desarrollo del acceso a la información como un derecho humano reconocido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y contextualizamos las fases de construcción a partir de los sucesos legislativos vividos en México.

Sumario

Introducción	519
El acceso a la información en el derecho internacional	520
El desarrollo en México	529

¹Para una referencia de la lista de países con leyes en la materia véase <http://www.freedominfo.org/2012/10/93-countries-have-foi-regimes-most-tallies-agree/>

El acceso a la información en el derecho internacional

La noción del acceso a la información en el derecho internacional de los derechos humanos tiene una historia reciente en el siglo XX. A diferencia de otros derechos, el arraigo del derecho de acceso a la información tuvo un proceso acelerado dentro de los sistemas de protección de derechos humanos, tanto nacionales como internacionales. Esto implicó que decenas de países introdujeran normas constitucionales y legales en su sistema normativo especializadas en la materia.

En este apartado se estudia la evolución internacional del acceso a la información como derecho humano, tomando como referentes los desarrollos interpretativos que se han realizado dentro de los sistemas de derechos humanos vinculantes para México. Nos interesa resaltar el contenido que se le ha otorgado a través de los criterios y precedentes, mismos que el derecho mexicano se ha valido para su adecuación normativa e interpretativa. Para ello, realizamos un breve recuento histórico de su reconocimiento en el Sistema de Naciones Unidas (sistema universal) y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (sistema interamericano).

Sistema de Naciones Unidas

El derecho de acceso a la información es un derecho que ha nacido de las interpretaciones de otros derechos reconocidos en las normas internacionales, por ejemplo, del derecho de libertad de expresión o libertad de información. Estas interpretaciones han tenido desarrollo tanto en los mecanismos convencionales como en los extraconvencionales del sistema universal.²

Mecanismos convencionales

El primer antecedente internacional sobre el reconocimiento de la libertad de información se encuentra en la Resolución 59 (1) de 1946 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. En esta resolución se afirma que la libertad de información *es un derecho humano fundamental y piedra de toque de todas las libertades a las cuales están consagradas las Naciones Unidas*.³ Dos años más tarde, en 1948, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se estableció en el artículo 19 que el derecho de libertad de opinión y de expresión *incluye el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión*. El mismo reconocimiento se le dio en el párrafo 2 del artículo 19 del Pacto Internacio-

²Los mecanismos convencionales son los basados en los tratados internacionales y los órganos que de ellos emanan. Los mecanismos extraconvencionales son los mandatos especiales emanados principalmente por el Consejo de Derechos Humanos, mejor conocidos como relatorías especiales o grupos de trabajo.

³La Carta Internacional de Derechos Humanos comprende la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

nal de los Derechos Civiles y Políticos aprobado por la Asamblea General en 1966, agregando la libertad de buscar, recibir y difundir *ideas de otra índole*.⁴

Sin embargo, hasta este momento de la historia de la libertad de información, la interpretación se basó en reconocer la recopilación, transmisión y publicación de “noticias”, entendidas éstas como “información”. Es decir, existía una interpretación vinculada a la doctrina norteamericana del libre flujo de las ideas de la libertad de expresión y a la disponibilidad de noticias, incluso a través de las fronteras territoriales. En la historia de la redacción de los tratados internacionales, no se encuentran antecedentes reales de que a la libertad de información le sea implicada la posibilidad de las personas de acceder a aquella información que se encontraba en posesión del Estado y de sus gobiernos.⁵

En este sistema universal encontramos la noción del derecho de acceso a la información en la interpretación de un órgano internacional de derechos humanos hasta el año 2011. El Comité de Derechos Humanos, que vigila e interpreta el contenido del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, emitió en dicho año una Observación General, en donde interpretara el derecho de acceso a la información como derecho humano. A través de la Observación General N° 34, el Comité afirma que la libertad de expresión tiene una relación estrecha con el derecho de acceso a la información. En dicha Observación, se dedica un capítulo específico a explicar la relación entre ambos derechos, asentando que en el párrafo 2, del artículo 19 del Pacto, se reconoce el derecho de acceso a la información en poder de los organismos públicos. El párrafo 18 de la Observación General expresa:

Esta información comprende los registros de que disponga el organismo público, independientemente de la forma en que esté almacenada la información, su fuente y la fecha de producción.

Posteriormente desarrolla algunos principios básicos para poder garantizar dicho acceso, a través de procedimientos específicos y los recursos para la denegación del acceso a la información.⁶

Aunque el desarrollo del derecho de acceso a la información como parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos llegó una vez consolidado dicho derecho en varios Estados, entre ellos México, la valía de la Observación General radica en que se le dotó de nuevo contenido al mismo Pacto. Ello activa la posibilidad de exigir su cumplimiento por parte del Estado mexicano a través de los mecanismos de protección

⁴De acuerdo con el principio *pacta sunt servanda* en el derecho internacional público, tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como los Pactos Internacionales son obligatorios bajo la presunción de que los Estados los firman para cumplirlos de buena fe. Agregando que los Pactos cuentan con mecanismos vinculatorios especiales para su cumplimiento.

⁵Luna Pla, Issa, *Movimiento Social del Derecho de Acceso a la Información en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1a. ed., México, 2009.

⁶Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 34. Artículo 19. Libertad de opinión y libertad de expresión, 102° periodo de sesiones, Ginebra, 2011. Tomado de <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf>

de derechos humanos en el sistema universal, como el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), órgano garante de dicho Pacto.

Mecanismos extraconvencionales

En el sistema extraconvencional, en 1993 a través de la Comisión de Derechos Humanos (ahora el Consejo de Derechos Humanos), se creó la Relatoría Especial de la ONU para la Libertad de Opinión y de Expresión. Este órgano especializado tiene la facultad de aclarar el contenido del derecho a la libertad de opinión y de expresión, y evaluar su desarrollo y cumplimiento en los Estados miembros de Naciones Unidas.

En los Informes Anuales que ha presentado la Relatoría ante la Comisión y ahora ante el Consejo, el Relator Especial ha dado detalle de la relación que existe entre el derecho de buscar, recibir e impartir información, y la obligación de los Estados para asegurar el acceso a la información, particularmente de la información que está en manos del gobierno en todo tipo de sistema de almacenamiento y recuperación. Asimismo, ha subrayado la importancia que tiene este derecho en la democracia, al hacer posible la participación en el desarrollo.⁷ Además, ha expresado su preocupación por la tendencia de los gobiernos y sus instituciones, de retener del pueblo la información que por derecho le corresponde.⁸

El Relator Especial de la ONU ha participado en Declaraciones Conjuntas con el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos convocados por diversas organizaciones no gubernamentales internacionales. Las Declaraciones han establecido los principios fundamentales que deben regir en el cumplimiento del acceso a la información desde el año 1999, afirmando lo siguiente:

Está implícito en la libertad de expresión el derecho del pueblo al acceso abierto a la información y de saber qué es lo que los gobiernos están haciendo para el pueblo; sin esto, la verdad se extinguiría y la participación popular del gobierno permanecería fragmentada.⁹

En el año de 2004, volvieron a recalcar lo siguiente:

El derecho a acceder a la información que está en manos de autoridades públicas es un derecho humano fundamental que debe darse vigencia a nivel nacional mediante legislación integral (por ejemplo, leyes sobre la libertad de información), en base al principio de transparencia máxima, estableciendo la suposición de que toda información está accesible, con sujeción apenas a un sistema escueto de excepciones.¹⁰

⁷Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión, *Promoción y protección del derecho a libertad de opinión y expresión*, ONU Doc. E/CN.4/1998/40, 28 enero 1998, párrafo 14.

⁸Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión, *Promoción y protección del derecho a libertad de opinión y expresión*, ONU Doc. E/CN.4/2000/63, 18 enero 2000, párrafos 42 a 44.

⁹Adoptada el 26 de noviembre de 1999, citada en Mendel, Toby, ob. cit., p. 11.

¹⁰Adoptada el 6 de diciembre de 2004, citada en Mendel, Toby, ob. cit., p. 11.

En el año de 2011, el Relator Especial de la ONU presentó un informe dedicado exclusivamente a analizar la situación de la libertad de expresión en México. En dicho informe, se expresó el reconocimiento al Estado mexicano sobre los avances logrados con relación al derecho de acceso a la información, entre ellos la Ley Federal en la materia y el organismo garante encargado de la protección del derecho de acceso a la información de las personas. Sin embargo, observó desafíos en cuanto a la garantía efectiva de dicho derecho, como la ausencia de un órgano independiente que vigile el cumplimiento de las obligaciones por parte de los órganos del poder judicial, legislativo y autónomos; además, señaló la preocupación de que exista un recurso judicial para combatir las resoluciones del órgano garante encargado de garantizar el acceso a la información de las personas, pues conduce a negar a las personas que dicho acceso sea a través de un proceso sencillo, expedito y especializado, privándolo de su efecto útil.¹¹ Los aspectos que resaltó el Relator se reformaron en los años 2014, 2015 y 2016 en las leyes general, federal y estatales de México.

El sistema universal de protección de derechos humanos ha contribuido a establecer las bases para reconocer el acceso a la información como un derecho humano universal. Desde su reconocimiento como parte integrante de los instrumentos internacionales, como la dotación de contenido y sus principios. El sistema universal ha influido sobre los debates y procesos en la materia en México, sirviendo como guía para la elaboración de leyes, procedimientos y resoluciones.

Sistema Interamericano

En el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), tanto su Asamblea General como el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, se ha dado un amplio contenido al derecho de acceso a la información. Esquemáticamente, el sistema interamericano de protección de derechos humanos está conformado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte). La competencia de ambos órganos se encuentra reconocida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento internacional de mayor relevancia para el sistema interamericano, ya que define los derechos humanos que los Estados ratificantes acuerdan respetar y garantizar. Además de la Convención, la CIDH y la Corte vigilan el cumplimiento de los demás instrumentos interamericanos especializados en temáticas de derechos humanos.¹²

Al igual que en el sistema universal, el derecho de acceso a la información en el sistema interamericano es un derecho que surge de las interpretaciones a la libertad

¹¹Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión, *Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión. Misión a México*, ONU Doc. A/HCR/17/27/Add.3, párrafos 60 a 69.

¹²Para profundizar sobre la integración y funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, véase Pelayo Moller, Carlos María, *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2011.

de expresión. Esta libertad se encuentra reconocida en el artículo 13 de la Convención aprobada en 1969, el cual expresa que:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Como se advirtió líneas atrás, el desarrollo interpretativo del derecho de acceso a la información en el sistema interamericano ha sido realizado por diversos órganos en el marco de la OEA. A continuación se analizarán primero las resoluciones de la Asamblea General sobre la materia, las interpretaciones que se han dado desde la CIDH y finalmente los criterios vinculantes de la Corte.

Asamblea General de la OEA

La Asamblea General de la OEA ha aprobado diversas resoluciones desde el año 2003, en donde reconoce expresamente que el derecho de acceso a la información se encuentra protegido por el artículo 13 de la Convención Americana.¹³ Dicha Asamblea ha considerado que la libertad de buscar, recibir, acceder y difundir informaciones es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia, una mayor transparencia y una buena gestión pública; y que en un sistema democrático representativo y participativo, la ciudadanía ejerce sus derechos constitucionales de participación política, votación, educación y asociación, entre otros, a través de una amplia libertad de expresión y de un libre acceso a la información. Además, recordó que los Estados miembros de la OEA tienen la obligación de respetar y hacer respetar el acceso a la información pública de todas las personas y promover la adopción de disposiciones legislativas. Asimismo, consideró que el objetivo de lograr una ciudadanía informada debe compatibilizarse con otros objetivos de bien común, tales como la seguridad nacional, el orden público y la protección a la privacidad de las personas, conforme a las leyes adoptadas a tal efecto.

En este sentido, se lograron consolidar reuniones entre los representantes de los Estados miembros de la OEA, quienes consideraron que el acceso a la información en poder del Estado era condición indispensable para la participación ciudadana y promueve el respeto efectivo de los derechos humanos. De esta manera, a través de la Declaración de Nuevo León, firmada en 2004, los representantes se comprometieron a contar con marcos jurídicos y normativos, así como la estructura y condiciones necesarias para garantizar a los ciudadanos el derecho al acceso a la información. En consecuencia, a través de la resolución AG/RES, 2514 (XXXIX-O/09), la Asamblea

¹³La Asamblea General de la OEA aprobó tres resoluciones sobre el tema de *Acceso a la Información Pública: fortalecimiento de la democracia*, identificadas y aprobadas de la siguiente manera: AG/RES. 1932 (XXXIII-O/03), 10 de junio de 2003; AG/RES. 2121 (XXXV-O/05), 7 de junio de 2005; AG/RES. 2252 (XXXVI-O/06), 6 de junio de 2006.

General encargó la preparación de una “Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información” para proporcionar a los Estados el marco legal necesario para garantizar el derecho de acceso a la información.¹⁴

Dicha Ley Modelo fue aprobada en su versión final a través de la resolución AG/RES 2607 (XL-O/10), convirtiéndose en un estándar en la materia para los Estados americanos. La Ley Modelo recoge los estándares que se establecieron en el sistema interamericano por los diversos órganos en materia de acceso a la información. La estructura de esta propuesta básicamente está compuesta por un apartado dedicado a definir el alcance y finalidad del derecho humano al acceso a la información pública; un segundo apartado reconociendo algunas medidas para promover la apertura de la información como los esquemas de publicación modelo; otro apartado a establecer las bases mínimas para crear un sistema modelo de gestión de solicitudes de acceso; uno más dedicado a las excepciones legítimas y la divulgación de la información; y los últimos apartados a establecer recursos y medidas para su revisión y cumplimiento.¹⁵

Aunque las resoluciones de la Asamblea General no son propiamente vinculantes para los Estados parte, se constituyen como instrumentos políticos que ayudan a consolidar la importancia de diversos temas de derechos humanos en la región. De esta manera, la Asamblea General no solamente contribuyó a dotarle de obligatoriedad de cumplimiento al derecho de acceso a la información; además, contribuyó a dotarle de contenido al identificar los principios rectores del mismo y los límites legítimos para su ejercicio.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Sumados a los trabajos antes citados, se encuentran aquellos realizados en el seno de la CIDH. En 1997 se creó la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión al interior de la misma. Dicha Relatoría tiene como mandato general la realización de actividades de protección y promoción del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Entre sus actividades, destacan las de asesorar a la CIDH, realizar visitas a los Estados miembros de la OEA, realizar informes específicos y temáticos y presentar informes anuales de actividades.

Sobre el tema de acceso a la información, en su informe anual de 1999, dicha Relatoría estableció lo siguiente:

El derecho de acceso a la información en poder del Estado es uno de los fundamentos de la democracia representativa. En un sistema representativo, los funcionarios son responsables frente a la ciudadanía que confió en ellos su representación política y la facultad de decidir sobre los asuntos públicos. El titular de la información es el individuo que delegó

¹⁴ Asamblea General, Acceso a la Información Pública: fortalecimiento de la democracia, OEA AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09), aprobada el 4 de junio de 2009.

¹⁵ Asamblea General, Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública, OEA AG/RES. 2607 (XL-O/10), aprobada el 8 de junio de 2010.

en los representantes el manejo de los asuntos públicos. Asimismo, la información que el Estado utiliza y produce se logra con fondos que provienen de los impuestos que pagan los ciudadanos.¹⁶

A partir de entonces, la Relatoría comenzó a desarrollar a lo largo de sus trabajos el contenido del derecho de acceso a la información dentro del marco del sistema interamericano. Identificó que el acceso a la información pública no sólo requiere de una abstención por parte del Estado de censurar información, sino también se requiere la acción positiva de crear mecanismos para otorgar la información a los ciudadanos.¹⁷

Ante la necesidad de comenzar a otorgar un marco jurídico que regulara la garantía efectiva por parte de los Estados, en el año 2000 la Relatoría elaboró la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión. Este instrumento constituye un avance importante en cuanto a la interpretación del contenido del artículo 13 de la Convención, especialmente para el acceso a la información pública. Por ejemplo, el principio 4 reconoce expresamente que:

El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.¹⁸

Sobre las limitaciones a este derecho, la Relatoría estableció que el límite a su ejercicio encuentra restricciones permisibles por motivos de orden público, de seguridad nacional, de secreto fiscal o bancario y/o de protección a la honra o a la privacidad de las personas. Sin embargo, el alcance de dichas restricciones no debe enmarcarse dentro del ámbito de discreción de los Estados, sino que éstas deben estar expresamente establecidas por la ley, destinadas a proteger un objetivo legítimo y ser necesarias para una sociedad democrática. Ante estas restricciones, siempre se debe aplicar el criterio de proporcionalidad en el balance de los derechos afectados, y el acceso a la información de interés público debe regirse bajo el principio de presunción de publicidad aplicando las mínimas restricciones y solo en casos excepcionales.¹⁹

Aunado a lo anterior, la Relatoría también se pronunció sobre la limitación del acceso a la información sobre violaciones graves a derechos humanos. Argumentó que en algunos casos hay información de seguridad nacional que debe permanecer reservada. Sin embargo, existen situaciones según las cuales el Estado no puede, en ningún caso, mantener secreta la información sobre graves violaciones de derechos humanos —especialmente aquella relacionada con la desaparición forzada de personas—, e

¹⁶Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Informe Anual de 1999*, OEA, pp. 27 a 32.

¹⁷Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Informe Anual de 2001*, OEA, pp. 75 a 107.

¹⁸Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*, OEA, octubre de 2000.

¹⁹*Idem*.

impedir el acceso a la misma de las autoridades encargadas de investigar dichas violaciones o, incluso, de las víctimas y sus familiares.²⁰

Particularmente sobre el Estado mexicano, la Relatoría presentó en 2011 el Informe Especial sobre la Libertad de Expresión en México. Este informe se elaboró en conjunto con el informe del Relator Especial de la ONU en su visita a México, y se volvió a recalcar la preocupación de garantizar que las resoluciones de los órganos de transparencia sean definitivas e inatacables; dotar de autonomía constitucional a los órganos de transparencia, considerar como sujetos obligados a los partidos políticos, así como cualquier ente que reciba financiamiento público; y, garantizar el acceso a la administración de justicia, especialmente a los expedientes judiciales.²¹

En general, la CIDH, a través de su Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, ha enfocado parte de sus trabajos a vigilar y desarrollar el derecho de acceso a la información como parte de los derechos reconocidos por el sistema interamericano. Estos esfuerzos se suman a los realizados por la Asamblea General y a los de la Corte, estos últimos relatados a continuación.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Aunque la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre el derecho de acceso a la información no es tan abundante, las resoluciones han logrado consolidar los parámetros y alcances como un derecho humano. Al mismo tiempo, la Corte Interamericana se ha colocado como el único tribunal internacional que ha establecido jurisprudencia en ese sentido.²²

La Corte Interamericana interpretó que el artículo 13 de la Convención Americana protege el derecho de buscar y recibir información. Esto lo estableció en la Opinión Consultiva OC-5/85 de 1985, en donde analizó el tema de la Colegiación Obligatoria de los Periodistas. Consideró que, “cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos de ‘recibir’ informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene dos dimensiones”.²³ Además, recalcó el papel de la libertad de expresión como piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática, condición para que la comunidad, a la hora de ejer-

²⁰Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2010. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, OEA/Ser.L/V/II. 7 de marzo de 2011. pp. 317-330. Tomado de <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anales/Informe%20Anual%202010%20ESPI.pdf>

²¹Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe Especial sobre la Libertad de Expresión en México 2010, OEA, 7 de marzo de 2011.

²²La Unión Europea ha tenido algunos acercamientos en el reconocimiento del derecho, pero no alcanzan a identificarlo como un derecho humano al que le corresponde la obligación de los Estados a informar. Véase, por ejemplo, Tiilikka, Päivi, “Access to Information as a Human Right in the Case Law of the European Court of Human Rights”, en *Journal of Media Law*, 5:1, pp. 79-103. 2013.

²³Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrafo 30.

cer sus opciones, esté suficientemente informada. Concluyó que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.²⁴ Aunque la Corte no llegó a reconocer el derecho de acceso a la información en posesión del Estado en su Opinión Consultiva de 1985, al menos reconoció la relación entre la libertad de expresión y de información y sentó los cimientos que ayudarían a construir el contenido de aquel derecho, tanto en su jurisprudencia como en las interpretaciones que realizarían otros órganos especializados.

Es hasta el año 2006, cuando la Corte tuvo la oportunidad de pronunciar su primer criterio jurisprudencial sobre la materia al resolver el caso “Marcel Claude Reyes y otros *vs.* Chile” (19 de septiembre de 2006). En resumen, el caso se presentó en 1998 ante la CIDH por la entrega incompleta de información por parte del gobierno Chileno, al habersele solicitado por Marcel Claude Reyes todo lo relacionado con un proyecto de deforestación en la zona conocida como “Río Cóndor”. En todos los recursos judiciales agotados internamente en el país para combatir la negativa de la información se declaró la inadmisibilidad. En 2005, la CIDH presentó la demanda ante la Corte para que analizara si la falta de entrega de información, así como la falta de un recurso efectivo para impugnarla, generaban la responsabilidad internacional del Estado por la violación a los derechos a la libertad de pensamiento y de expresión y a la protección judicial, establecidos en los artículos 13 y 25 de la Convención.

En su resolución final, la Corte estableció que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos de “buscar” y a “recibir” “informaciones”, y protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado.²⁵

De esta manera, a lo largo de la sentencia, la Corte Interamericana elabora y desarrolla los elementos mínimos del derecho de acceso a la información, retomados de los antecedentes internacionales hasta ese entonces establecidos. Así, por ejemplo, reconoce que el derecho de acceso a la información encuentra sus límites en las salvedades permitidas por la Convención. Establece la obligación positiva por parte del Estado para entregar la información. Esta obligación se materializa cuando el ciudadano recibe la información o una respuesta en donde se fundamenta el límite de dicho acceso por algunas de las restricciones permitidas por la Convención. La información debe ser entregada a las personas sin que éstas deban acreditar algún interés sobre la misma, pues la intención es que, a través de cualquier persona, la información pueda circular libremente en la sociedad.²⁶

Asimismo, aclara que la actuación de los Estados debe regirse bajo los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, de manera que los ciudadanos puedan cuestionar, indagar y considerar si el gobierno está dando un adecuado cum-

²⁴*Ibidem*, párrafo 70.

²⁵Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Claude Reyes y otros *vs.* Chile, fondo, reparaciones y costas”, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, serie C, núm. 151, Párrafo 77.

²⁶*Idem*.

plimiento de las funciones públicas. Es decir, el acceso a la información permite a las personas una mayor participación en los intereses de la sociedad.²⁷

La Corte recomendó a Chile adoptar las medidas necesarias para garantizar el acceso a la información, garantizando la efectividad de un procedimiento administrativo adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de información, que fije plazos para entregar la información y que se encuentre bajo la responsabilidad de funcionarios capacitados en la materia.²⁸ En consecuencia, el Estado chileno reformó su constitución para introducir el derecho de acceso a la información de manera expresa, aprobó una ley secundaria específica y creó un órgano de gobierno especializado para vigilar la materia.

Posteriormente, en el año de 2010, la Corte emitió la sentencia sobre el caso “Gomes Lund *vs.* Brasil”, en donde determinó que, tomando en cuenta los estándares antes mencionados en el caso “Claude Reyes *vs.* Chile”, el derecho de acceso a la información adquiere una importancia especial cuando se trata de violaciones graves a los derechos humanos.²⁹ En general, éstos fueron los elementos que la Corte perfiló para dotar de contenido al derecho de acceso a la información desde el sistema interamericano.

La intención de realizar un mapeo general del desarrollo del derecho de acceso a la información en los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, vinculantes para México, es contribuir a esclarecer el *corpus iuris* que México está obligado a observar al momento de legislar o interpretar dicha legislación en la resolución de sus casos.

El desarrollo en México

A decir de la evolución de la legislación secundaria y la constitucional, en México el derecho de acceso a la información no sigue la misma suerte en el derecho internacional, pues no es entendido como un derecho afín a la libertad de expresión. En la necesidad de proteger y garantizar el acceso a la información pública gubernamental, las interpretaciones de los órganos competentes se dirigieron a reconocerlo como un derecho humano *per se*. Este mismo desarrollo ocurrió al interior de nuestro país. Para claridad en el desarrollo del presente apartado, dividimos el análisis en dos etapas: la primera de ellas relativa a las discusiones e interpretaciones que se dieron con antelación a la aprobación de la primera ley sobre la materia en el año 2002; y la segunda, referente al desarrollo del derecho de acceso a la información posterior al 2014.

Etapas prelegislativa

²⁷Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Claude Reyes y otros *vs.* Chile, fondo, reparaciones y costas”, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, serie C, núm. 151, párrafos 87 y 88.

²⁸*Ibidem*, párrafo 163.

²⁹Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) *vs.* Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, serie C, núm. 219, Párrafo 211.

Aunque el derecho a la información ha sido reconocido en el artículo 6° constitucional desde 1977, este derecho no había tenido el desarrollo suficiente como para considerarlo un derecho fundamental de las personas. De hecho, la inclusión en el texto constitucional en ese año tuvo como únicos destinatarios a los partidos políticos, considerados en aquel entonces como la vía a través de la cual la población tendría la posibilidad de acceder a información objetiva al permitírseles el acceso a los medios de comunicación.³⁰

Este sentido se confirmó a través de un criterio emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en 1992,³¹ en el que estableció que el derecho a la información, adicionado al artículo 6° en el año de 1977, constituía una garantía social correlativa a la libertad de expresión, consistente en la permisión que tienen los partidos políticos; por lo tanto, este derecho no debía comprenderse como una garantía individual consistente en que cualquier gobernado, en el momento que lo estime oportuno, solicite y obtenga de órganos del Estado determinada información.³²

En el contexto del monopolio de poder y los medios de comunicación por parte del partido político hegemónico en México, resultó cuesta arriba proponer algunos cambios en su lógica de actuar y gobernar. Hacia el final del siglo XIX en México, los medios ayudaron a fortalecer los lazos entre las élites políticas y legitimar el sistema de un solo partido dominante. Estos factores de hegemonía y control excesivo de la opinión pública por parte del poder político trajeron consigo una fractura importante en el modelo de dominación política, ocasionando la alternancia partidaria y diversos cambios en el régimen democrático del país.³³

Por ejemplo, la misma Corte en el año de 1996, ante la investigación por violaciones graves a derechos humanos en los hechos ocurridos en Aguas Blancas el 28 de junio de 1995, integró la tesis de jurisprudencia, en donde denunciaba, justamente, que las autoridades públicas, elegidas o designadas para servir y defender a la sociedad, asumen ante estas conductas faltas de ética, al entregar a la comunidad una información manipulada, incompleta, condicionada a intereses de grupos o personas, que le veda la posibilidad de conocer la verdad para poder participar libremente en la formación de la voluntad general. Aseguró que ante estas prácticas, las autoridades incurren en una violación grave a las garantías individuales, especialmente del derecho a la infor-

³⁰Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “El derecho de acceso a la información a la luz de la reforma en materia de derechos humanos”, en Peschard Mariscal, Jacqueline (coord.), *A 10 años del derecho de acceso a la información en México: nuevos paradigmas para su garantía*, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, México, 2015, p. 36.

³¹Vale la pena señalar que en la década de los ochenta, el Estado mexicano firmó los dos tratados internacionales en materia de derechos humanos referidos en el apartado anterior. El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, lo ratificó el 23 de marzo de 1981; mientras que la Convención Americana sobre Derechos Humanos la ratificó el 24 de marzo del mismo año. Desde entonces, México ha estado sujeto a las normas e interpretaciones internacionales en materia de acceso a la información, particularmente.

³²Octava Época; Registro: 206435; Instancia: Segunda Sala; Tesis Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; X, agosto de 1992; Materia(s): Constitucional; Tesis: 2a. I/92, p. 44.

³³Para profundizar sobre el contexto en que nació el derecho de acceso a la información, véase Luna Pla, Issa, *Movimiento Social del Derecho de Acceso a la Información en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1a. ed., México, 2009, 193 pp.

mación. Agregó que este proceder de las autoridades incorpora a la vida política una cultura del engaño, de la maquinación y de la ocultación de la verdad.³⁴

A partir de este quiebre de modelo, se generó el ambiente propicio para impulsar, desde los movimientos sociales y la academia, una agenda en materia de acceso a la información. En el momento en que la alternancia política se materializó en el año 2000, se llegó a un consenso social en la necesidad de crear una ley reglamentaria del artículo 6° constitucional. Afortunadamente para el desarrollo de las discusiones en torno al derecho de acceso a la información, el movimiento social identificado como Grupo Oaxaca³⁵ definió el discurso desde los estándares internacionales, las disciplinas jurídicas, de administración pública y desde la ciencia política.³⁶

De esta manera, se comenzó a perfilar el acceso a la información como un derecho fundamental en México, considerándose como una palanca para que las personas pudieran conocer la información gubernamental y no solamente para conocer y enterarse de noticias, como se había interpretado desde la libertad de expresión. De esta manera, se introducía el principio de propiedad ciudadana para entender la lógica del derecho, pues la información que ostentaban los servidores públicos, no debía entenderse como propiedad del Estado.

Una vez que el Congreso comenzó a revisar y discutir las iniciativas de ley en la materia en 2001, el Grupo Oaxaca, además de haber presentado su propio proyecto de ley, decidió realizar un Decálogo del Derecho de Información en donde se incluían los principios mínimos mediante los cuales se debía construir la nueva ley. Vale la pena transcribir estos principios, pues resumen el contenido de todos los criterios jurisprudenciales antes citados, además que perfilaron el contenido de la nueva ley en México:³⁷

1. El derecho a la información es un derecho humano universal.
2. La información pública le pertenece a las personas.
3. Máxima apertura de los poderes del Estado.
4. Obligación de publicar y entregar la información que posee el Estado.
5. Procedimientos ágiles, sencillos y a costos mínimos.
6. Mínimas excepciones a la norma.
7. Organismo autónomo para promover la apertura y resolver controversias.
8. Tras la pista del dinero.
9. Consistencia jurídica.
10. Promoción del federalismo.

Respetando el contenido aportado por el Grupo Oaxaca, el 11 de junio de 2002 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (Ley Federal), y entró en vigencia un año más

³⁴Novena Época; Registro: 200111; Instancia: Pleno; Tesis Aislada; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; III, junio de 1996; Materia(s): Constitucional; Tesis: P. LXXXIX/96, p. 513.

³⁵El Grupo Oaxaca se conformó principalmente por la Asociación Mexicana de Editores, la Asociación de los Editores de los Estados, La Jornada, Grupo Reforma, académicos y universidades.

³⁶Luna Pla, Issa, *ob. cit.*, pp. 76 y 77.

³⁷*Ibidem*, p. 97.

tarde, garantizando que cualquier persona pudiera solicitar información a los órganos del Estado. De esta manera, comenzó en México una nueva etapa en el desarrollo de los derechos humanos en general, pues el derecho a la información ha sido un detonante para la garantía de otros derechos.

Etapa poslegislativa

La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFTAIPG), aprobada en 2002, trajo consigo los primeros parámetros para que las personas pudieran ejercer realmente su derecho de acceso a la información. Bajo el principio de máxima publicidad como eje rector de las actuaciones de las autoridades, se previó una lista clara de obligaciones *ex officio* en materia de transparencia, que las autoridades debían publicar sin necesidad de mediar una solicitud de información. Asimismo, se incluyó un listado de excepciones acotado y definido por la propia ley.

Aunque el régimen establecido obligaba particularmente al poder ejecutivo federal, los demás órganos del Estado debían conformar sus propios procedimientos para garantizar el acceso a la información en su posesión. Se dejó reservada la potestad de las entidades federativas de regular la materia bajo los parámetros que consideraran pertinentes, lo que hicieron sucesivamente después de publicarse la Ley Federal.

Para garantizar el acceso a la información en posesión del poder ejecutivo federal, se creó al Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI) como órgano garante en la materia, facultado para resolver las controversias que pudieran suscitarse en el ejercicio del acceso a la información entre los particulares y las instituciones de gobierno. En esta ley se consideró al IFAI como un órgano con autonomía de decisión y gestión, que se materializó con un decreto de creación como órgano descentralizado de la administración pública federal.

En el año de 2006, la ley fue reformada para ampliar el parámetro de interpretación del derecho de acceso a la información, en cuyo artículo 6º, párrafo segundo estableció expresamente:

El derecho de acceso a la información pública se interpretará conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; y demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado Mexicano y la interpretación que de los mismos hayan realizado los órganos internacionales especializados.

A partir de este momento, toda la jurisprudencia internacional en torno al tema de acceso a la información debía permear en las interpretaciones realizadas por los jueces nacionales que resolvieran controversias en la materia. Este parámetro se vio reforzado

con la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, en donde se reconoce esta obligación para todas las autoridades jurisdiccionales mexicanas.

La Ley Federal de Transparencia del 2002 se constituyó como un parteaguas para el acceso a la información en México y otros países.³⁸ Sin embargo, como todo derecho progresivo, pronto necesitó de actualización y armonización.

En el año de 2007, se añadió un segundo párrafo al artículo 6° de la Constitución, en donde se reconocieron los principios y bases que debían regir el derecho de acceso a la información a nivel nacional.³⁹ La intención de esta reforma era mitigar una problemática en particular: que no todas las leyes en el territorio mexicano cumplieran con el contenido del artículo 6°. Existían asimetrías e incongruencias en la regulación del acceso a la información, ocasionando que existieran modalidades distintas en función de la ubicación geográfica, del partido político que gobernara o el gobernador en turno.⁴⁰ No obstante, la intención de constitucionalizar los principios y bases no generó el cambio esperado. Aunque los congresos locales comenzaron a reformar sus constituciones, no todas respondieron de manera adecuada a los estándares mínimos establecidos en el 6° constitucional, e incluso algunas reformas resultaron un retroceso en la materia. El propio Congreso Federal no cumplió con su obligación de reformar la LFTAIPG del 2002, como lo mandataba el decreto de reforma constitucional de 2007.⁴¹

Ante este escenario, diversas voces de la sociedad civil y la academia exigían un cambio profundo en la regulación de la materia. La discusión tuvo un giro rotundo en el entendimiento de la regulación en el derecho de acceso a la información, llegándose al consenso de que la vía para materializar las exigencias constitucionales, sería la creación de una ley general de transparencia que regulara el acceso a la información de los tres órdenes de gobierno y estableciera los parámetros para poder tener una regulación indirecta hacia las entidades federativas. Inclusive, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA, en su informe especial de México publicado en 2010, puntualizó la preocupación de que el IFAI sólo supervisara el cumplimiento de la LFTAIPG en la administración pública federal, mientras que los poderes judicial y legislativo, y los órganos autónomos no contaban con un órgano de supervisión independiente. Agregó que existían desafíos normativos y prácticos en la garantía de ese derecho a nivel estatal y municipal, reconociendo la disparidad en el ejercicio del derecho de acceso a la información en las entidades federativas. Finalizó con la preocupación de que los sujetos obligados pudieran apelar las resoluciones del organismo garante en la materia, pues

³⁸Para profundizar sobre el diagnóstico del acceso a la información en su etapa inicial, véase Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, *El derecho de acceso a la información en México: un diagnóstico de la sociedad*, IFAI, 1a. ed., México, 2004, 109 pp.

³⁹Sobre los propósitos y alcances de la reforma constitucional de 2007, véase Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, *Reforma al artículo 6° constitucional que establece el acceso a la información pública como un derecho fundamental de los mexicanos*, IFAI, 3a. ed., México, 2007, 54 pp.

⁴⁰Sobre la problemática de la armonización de las legislaciones, FUNDAR emitió una nota informativa en la que daba cuenta de los pendientes que existían en ese momento sobre la materia, disponible en <http://www.fundar.org.mx/mexico/pdf/ftaig.pdf>.

⁴¹*Idem*.

éstas debían ser definitivas al ser el órgano especializado en la materia, lo que le restaba sencillez, expeditéz y especialización en las resoluciones.⁴²

Todas estas preocupaciones generaron la llegada de la segunda gran reforma o segunda etapa en materia de transparencia y acceso a la información. En febrero de 2014, se reformó nuevamente el artículo 6° constitucional para dotarlo de mayor contenido y reconocer nuevos parámetros de regulación en la materia. Entre las implicaciones más destacadas se encuentra la ampliación del catálogo de los sujetos obligados, entre los que resaltan los partidos políticos, sindicatos, así como cualquier persona que reciba dinero del presupuesto público; se establece la reserva de información por razones de seguridad nacional; se dota de autonomía a todos los organismos garantes del país; se establecen las bases para legislar en materia de acceso a la información, archivos y protección de datos personales; se reconoce la facultad de atracción de recursos de revisión del organismo garante federal, así como la definitividad de sus resoluciones, excepto por razones de seguridad nacional, mismas que pueden ser impugnadas por el Consejero Jurídico.

En el 2015, el Congreso mexicano aprobó la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Con esta Ley se rompe con la lógica del federalismo, para darle paso a un sistema nacional de transparencia y acceso a la información centralizado en la creación de un Sistema Nacional de Transparencia, con la finalidad de lograr la homogeneidad en la regulación de la materia. Se reconoció nuevamente el parámetro internacional de interpretación del derecho de acceso a la información, agregando en la parte final del artículo 7° el *principio pro persona*, para favorecer en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

El nuevo Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) fue dotado de autonomía constitucional y la Ley General le otorgó facultades amplias para vigilar la garantía del derecho de acceso a la información sobre todos los sujetos obligados, entre poderes y niveles territoriales. Sin embargo, el nuevo modelo de transparencia y acceso a la información mexicano fue ampliado hacia las tendencias del llamado “gobierno abierto”, y se le dotó de significado en un contexto de rendición de cuentas, impunidad y corrupción, sin que la Ley haya alcanzado a probar sus resultados.

⁴²Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Informe Especial sobre la Libertad de Expresión en México 2010*, OEA, 7 de marzo de 2011, párrafos 280 a 290.

Introducción

Las violaciones a derechos humanos constantes y diversas y otras veces las infracciones al Derecho Internacional Humanitario han mostrado en las últimas décadas la relevancia que tiene conocer la verdad de lo sucedido para las víctimas, sus familiares o personas cercanas, incluso la sociedad, y para la salvaguarda de los otros derechos humanos y de las democracias.

Frente a la pretensión y necesidad de las víctimas (en un sentido amplio) y de la sociedad en general de conocer la verdad sobre lo sucedido, el sistema jurídico mexicano ha dado pasos importantes, pero pareciera que aún no son suficientes. Por lo anterior, de cara a las aspiraciones de las víctimas, también frente a los esfuerzos del Estado de cumplir sus obligaciones en derechos humanos y al anhelo social por la democracia, me pregunto cómo forjar en serio un derecho a la verdad en México.

En las siguientes líneas sostengo que incorporar adecuadamente el derecho a la verdad en el ordenamiento jurídico mexicano significaría, para las víctimas y para la sociedad mexicana, garantizar con eficacia este derecho en el sistema jurídico interno, reconocer su contenido acorde a contextos y condiciones propios, y generar dinámicas institucionales y sociales que repercutan de manera favorable en nuestra democracia.

La discusión sobre la construcción del derecho a la verdad en México la presento en dos partes en este texto. En la primera parte expongo de manera crítica los consensos que existen sobre el derecho a la verdad y enseguida los desacuerdos más notorios sobre el reconocimiento de este derecho. Lo anterior lo realizo a partir de seis discusiones breves que tienen como marco de referencia el derecho internacional y el derecho

Sumario

Introducción	535
Consensos y desacuerdos para forjar un derecho a la verdad en México	536
Exploración del estado actual y de las proyecciones del derecho a la verdad en México	548
Conclusiones	562
Bibliografía	563

comparado: el origen discutible, el contenido insuficiente, la autonomía negada, los derechos paralelos, la ampliación necesaria y las alternativas exaltadas. Luego, en la segunda parte abordo el derecho a la verdad en México con base en cinco puntos de reflexión que giran alrededor de los hechos, la jurisprudencia, las leyes y las comisiones de la verdad mexicanas: la exigencia frente a los hechos, los intentos judiciales, la letra de la ley, los ensayos prometedores y el porqué del reconocimiento de un derecho constitucional a la verdad.

Cabe advertir al lector que este texto no es ni pretende ser exhaustivo, pero sí busca hacer énfasis en aquellos aspectos que considero relevantes para impulsar una discusión consciente e informada sobre el estado actual de derecho a la verdad en México *vis-à-vis* los ámbitos interno, regional e internacional.

Consensos y desacuerdos para forjar un derecho a la verdad en México

La doctrina jurídica, las leyes estatales, la jurisprudencia, los tratados e informes de derechos humanos han abordado con énfasis en las dos últimas décadas el derecho a la verdad. En particular, el análisis de este derecho se ha centrado, de un lado, en su configuración misma (origen, contenido y posible autonomía) y, de otro lado, en su inserción en los sistemas jurídicos regionales o estatales (su relación con otros derechos, la extensión de su alcance y las alternativas para su efectividad). En este breve apartado busco resaltar algunos aportes sobre el análisis de la configuración como de la inserción del derecho a la verdad, que estimo pertinente considerar para la construcción de éste en México.

Los aparentes acuerdos entorno a la configuración del derecho a la verdad

Un origen discutible

El derecho a la verdad tuvo en su origen un vínculo no expreso, pero sí esencial con la desaparición de personas. En efecto, el reconocimiento del derecho de los familiares a conocer la suerte de las personas desaparecidas en un conflicto armado internacional fue lo que motivó a hablar de un derecho a la verdad desde el Derecho Internacional Humanitario.

Trabajos de investigación como Estudios sobre el derecho a la verdad,¹ de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, y Derecho a la

¹Organización de Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, *Promoción y protección de los derechos humanos, Estudio sobre el derecho a la verdad, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, E/CN.4/2006/91. ONU, 9 de enero de 2006, pág. 5.

Verdad y Derecho Internacional,² de la Comisión Colombiana de Juristas, identifican las raíces del derecho a la verdad en el Derecho Internacional Humanitario. En efecto, los artículos 32 y 33 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, son señalados como los cimientos del derecho a la verdad.

El artículo 32 del Protocolo I adicional establece como un principio general el que las actividades de las partes en conflicto y de las organizaciones humanitarias internacionales deben estar motivadas de manera prioritaria por el “derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros”.³ Sin embargo, del texto del artículo 32 del Protocolo I Adicional resulta notorio que no se encuentra mención alguna de un “derecho a la verdad” ni a la de “desaparición forzada”.

Similar situación se presenta con el artículo 33 del mismo Protocolo I adicional, donde se observa que éste hace referencia a las personas desaparecidas en hostilidades activas que fueron reportadas entre las partes adversas y a las obligaciones de éstas de facilitar la búsqueda de aquellas personas y proporcionar las informaciones pertinentes sobre las mismas, sin que se mencionen las expresiones “derecho a la verdad” y “desaparición forzada”. Cabe agregar que esto mismo sucede en el contenido del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

La interpretación de las normas del Derecho Internacional Humanitario realizada por organizaciones internacionales, como el Comité Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, llevó a la construcción de un derecho a la verdad y a su relación con la prohibición de la desaparición forzada, así como a su calificación como una regla de derecho consuetudinario aplicable a los conflictos armados internacional e interno.⁴

Fue posteriormente cuando se estableció un vínculo del derecho a la verdad con violaciones a derechos humanos distintas a la desaparición forzada, como la ejecución extrajudicial o la tortura.⁵ Después este derecho fue incorporado en convenciones de los sistemas universal y regional de derechos humanos, principalmente en relación con la desaparición forzada de personas.⁶ A continuación, sucedió de manera natural la interpretación de esos tratados por tribunales internacionales y regionales de derechos humanos, singularmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Aunado a esto se presentó la creación de mecanismos especializados colegiados,

²Comisión Colombiana de Juristas, *Derecho a la verdad y Derecho internacional*, Colombia, CCJ, 2012, p. 17.

³*Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*, artículo 32: “En la aplicación de la presente Sección, las actividades de las Altas Partes contratantes, de las partes en conflicto y de las organizaciones humanitarias internacionales mencionadas en los Convenios y en el presente protocolo deberán estar motivadas ante todo por el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros” (El subrayado es propio).

⁴Comité Internacional de la Cruz Roja, *Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, 3a ed., v. I, Reglas, Reino Unido, University Press, 2009, p. 421.

⁵Véase Rodríguez Rodríguez, Jorge, *El derecho a la verdad en la justicia transición española*, España, Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 2014, p. 25.

⁶Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, del 20 de diciembre de 2006.

no judiciales y de participación de la sociedad civil junto con representantes de organismos internacionales para satisfacer un derecho a la verdad. A esto se sumó la codificación e interpretación judicial y no judicial del derecho a la verdad en el sistema jurídico de algunos Estados. Infortunadamente, los avances sobre el derecho a la verdad, a pesar de ser sobresalientes, han resultado también insuficientes para la efectividad de este derecho frente a los casos diversos que se presentan en los distintos países.

Lo anterior demuestra que pese al origen discutible del derecho a la verdad, éste avanza de forma firme y progresiva hacia su reconocimiento en situaciones distintas a las de un contexto de conflicto, por lo que el Estado mexicano no podría desconocer esta evolución, más aun cuando este Estado está afrontando contextos de desaparición forzada, tortura y ejecuciones extrajudiciales que son justamente las vulneraciones a derechos humanos donde se ha reconocido con mayor aceptación el derecho a la verdad.

Al respecto, existe un aparente consenso sobre los elementos del derecho a la verdad, pero eso no significa que éstos sean claros y de aceptación unánime.

Un contenido insuficiente

Las definiciones e interpretaciones sobre el derecho a la verdad coinciden en un conjunto de componentes de este derecho, sin embargo, el alcance que se les ha atribuido pareciera algunas veces insuficiente.

Entre los componentes del derecho a la verdad se encuentra su titularidad. Si se parte del Derecho Internacional Humanitario, se identifica como titulares del derecho a la verdad a los familiares de los desaparecidos durante las hostilidades activas o en poder del enemigo, y que no han sido registrados o identificados por las partes.⁷ Sin embargo, como ya anoté, de la interpretación del derecho a la verdad por organismos internacionales de derechos humanos y tribunales regionales y nacionales en esta materia, se identifican dos dimensiones de este derecho, que amplían de forma clara su titularidad: una dimensión individual y otra colectiva.

El derecho a la verdad en su dimensión individual tiene como titulares a las víctima(s) y sus familiares o personas cercanas, o como prefiero denominarlo en este texto a las víctimas en un sentido amplio, distinguiendo entre víctimas inmediatas y mediatas, ambas con posibles daños directos y/o indirectos. La víctima en un sentido amplio son, por una parte, quien sufrió un daño de manera individual o colectiva, que puede ser lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo de sus derechos a consecuencia de conductas que constituyan una violación de derechos humanos o una infracción del Derecho Internacional Humanitario, y, por otra parte, la familia o las personas a cargo de aquella(s) que sufrió(eron) también una vulneración, así como quienes sufren un daño al intervenir o asistir a la víctima inmediata o al impedir su (re)victimización.⁸

⁷Comisión Colombiana de Juristas, *op. cit.*, nota 2, pp. 18 y 19.

⁸Cfr. Organización de Naciones Unidas. Consejo Económico y Social, *Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 2005 [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/60/509/Add.1)]*, 21 de marzo de 2006, (Anexo), párr. 8.

El titular colectivo del derecho a la verdad es, en su caso, un grupo identificable y/o la sociedad en general, que tienen el derecho a conocer lo acontecido y las circunstancias de la perpetración. Sobre este aspecto, la Corte Constitucional de Colombia señala que esa sociedad tiene el deber de recordar los hechos como parte de su patrimonio y de adoptar las medidas adecuadas para ello,⁹ siendo el Estado el responsable de garantizar esta obligación. Así, se atribuye a este derecho el propósito de guardar del olvido los hechos de la memoria colectiva, que un pueblo conozca su historia y prevenir que los hechos se cometan otra vez en el futuro.¹⁰

Conocer lo que sucedió es otro componente del derecho a la verdad, es su finalidad. Efectivamente, conocer o saber, tratándose del derecho a la verdad, significa, sin duda, comprender o entender lo que aconteció. En consecuencia, para satisfacer el derecho a la verdad sería inadecuado sólo con informar o avisar a las víctimas y a la sociedad que un hecho de desaparición forzada, tortura, una violación grave de derecho humanos o una infracción al Derecho Internacional Humanitario, aconteció. En realidad se trata, en principio, de ofrecer una explicación de todas las circunstancias del hecho.

Tal vez el componente más amplio y controversial del derecho a la verdad es el objeto a conocer. Vivian Newman-Pont, en su artículo titulado “Falso o verdadero (¿El derecho a la verdad es norma imperativa internacional?)”, identifica de manera general cinco elementos del objeto a conocer: los hechos, las causas, las circunstancias, los responsables y las víctimas de violaciones de derechos humanos o de infracciones del derecho internacional humanitario.¹¹ Pareciera que los cinco elementos del derecho a la verdad que esta autora señala son claros y están lejos de cualquier dificultad para su efectividad, pero algunas interpretaciones judiciales indican lo contrario.

De acuerdo con la Corte Constitucional de Colombia, por mencionar uno de los ejemplos más notables en la región que retomo a lo largo de esta primera parte del texto, señala que bajo el derecho a la verdad sería insuficiente el conocimiento de los hechos constitutivos de una violación de derechos si la verdad no es completa ni exhaustiva, de manera que las circunstancias del caso sean determinadas de forma plena, fidedigna¹² y específica en modo, tiempo y lugar. Esto significa que el conocimiento de lo sucedido debe permitir identificar las condiciones en las que acontecieron las vulneraciones de derechos y los motivos que incidieron en generarlas.

Rodrigo Uprimny, por su parte, en el texto “Derecho a la verdad: alcances y límites de la verdad judicial”, apunta que en la actualidad hay una fuerte tendencia por reivindicar la verdad judicial, pero dicha verdad presenta una serie de dificultades. Para Uprimny, la verdad judicial concede prioridad de identificar a los responsables y, sobre todo, sancionarlos, dejando con ello de prestar atención a conocer las circunstancias en que los hechos sucedieron, las causas que originaron la vulneración de

⁹Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-418/15*, del 3 de julio de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁰Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C 936/10*, del 23 de noviembre de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹¹Cfr. Newman-Pont, Vivian, “¿Falso o verdadero (El derecho a la verdad es norma imperativa internacional?)”, en *International Law Review*, número 14, Bogotá, enero-junio de 2009, p. 52.

¹²Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-418/15*, *op. cit.* nota 9.

derechos y a construir una verdad integral que vaya más allá de tratar casos aislados en supuestos de violaciones masivas de derechos humanos.¹³

Frente a lo anterior, considero interesante cuestionar si la sanción a los responsables atribuida a la verdad judicial forma parte de la finalidad del derecho a la verdad, o bien si se ubica en otro derecho, como el de acceso a la justicia. A esto considero pertinente agregar también si la verdad judicial podría, por cuestiones de formalidad procesal, desconocer y a veces ignorar a víctimas mediatas y, desde luego, a la sociedad, y con ello obviar el primer componente de derecho a la verdad: su titularidad.

Con base en lo expuesto, considero que la discusión sobre la construcción de un derecho a la verdad en México debe ocuparse del alcance del contenido de este derecho y no de reiterar sus componentes o elementos. Si el derecho mexicano se quedara en un estricto cumplimiento de lo que el derecho Internacional le ordena, sabiendo que es un derecho de mínimos (y no de máximos), se desconocería el alcance real del derecho a la verdad e importantes antecedentes en el derecho comparado regional. También podrían plantearse nuevos parámetros de alcance de este derecho en el caso mexicano, siendo un país pionero en otros derechos como el de acceso a la información, a la información y la transparencia. No obstante, ahondar en el contenido del derecho a la verdad carece de sentido, si no hay claridad sobre su autonomía frente a otros derechos.

Una autonomía negada

Eduardo Ferrer, al emitir un voto concurrente en la sentencia de la Corte IDH del caso “Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia” (2014),¹⁴ ha evidenciado la falta de unanimidad que en el sistema interamericano de derechos humanos hay sobre la autonomía del derecho a la verdad.

De acuerdo con este juez interamericano, la Corte IDH ha sostenido de manera reiterada en sus sentencias, relacionadas generalmente con la desaparición forzada de personas, que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de las víctimas a “obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios”, y en la determinación de las responsabilidades correspondientes, que emanan de las obligaciones estatales de investigar y juzgar de los artículos 8º y 25 de la Convención Americana. Agrega Ferrer que la Corte IDH también ha argumentado, en otras oportunidades, que el derecho a la verdad no es un derecho autónomo que pueda desprenderse del artículo 13 de la Convención Americana (numeral que se identifica con la libertad de pensamiento y expresión), así como de los artículos 8º y 25 del mismo tratado.¹⁵

Frente a esto cabe preguntarse si, por una parte, las menciones reiteradas del derecho a la verdad en la jurisprudencia de la Corte IDH y, por otra parte, la identificación

¹³Cfr. Uprimny Yepes, Rodrigo y Saffon Sanín, María Paula. “Derecho a la verdad: alcances y límites de la verdad judicial”, en Uprimny Yepes, Rodrigo et al., *Justicia transicional sin transición. Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, DeJusticia, 2006, pp. 153-156.

¹⁴Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo, *Voto concurrente*, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) vs Colombia”, Sentencia Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 14 de noviembre de 2014, párs. 7-15.

¹⁵*Ibidem*, párs. 7, 8 y 13.

que el mismo tribunal realiza de distintos elementos del contenido de este derecho, y que se relacionan con elementos de otros derechos consagrados de manera expresa en la Convención Americana, no hacen de él un derecho autónomo.

Eduardo Ferrer, en su voto concurrente al defender la independencia del contenido del derecho a la verdad, realiza un recuento textual de diversos pronunciamientos de la Corte IDH sobre el derecho a la verdad. De su sistematización destaco dos pronunciamientos que permiten apreciar la reafirmación del derecho autónomo a la verdad con un contenido amplio desde este sistema regional de protección de los derechos humanos, me refiero a los casos “Zambrano Vélez y otros *vs.* Ecuador” (2007) y “Gomes Lund (Guerrilla de Araguaia) *vs.* Brasil” (2010).¹⁶

En el primer caso, se resalta la complementariedad entre la verdad judicial y la verdad extrajudicial. No obstante, considero que en esta decisión se observa también la extensión de un derecho único (y autónomo) que es proyectado en dos escenarios: uno judicial y el otro extrajudicial, lo que me lleva a afirmar que el derecho a la verdad no se restringe y ni se agota en la verdad del primer tipo. La búsqueda de la verdad mediante mecanismos extrajudiciales, como las comisiones de la verdad, procura también una forma de verdad, que se complementa con la verdad judicial.

El caso “Gomes Lund (Guerrilla de Araguaia) *vs.* Brasil” (2010) es también un referente importante, pues en esta oportunidad la Corte IDH no se limitó a mencionar el derecho a la verdad y a reiterar su contenido en sus consideraciones, sino que, como lo advierte Eduardo Ferrer, se reconoce “una violación al derecho a la verdad como un derecho autónomo”,¹⁷ que tiene relación con el derecho a la justicia y el derecho a buscar y recibir información; es decir, se trata de un derecho diferenciable a otros.

Lo anterior en mi opinión pone ciertamente en evidencia que el derecho a la verdad es reconocido de forma reiterada por la Corte IDH en relación con la Convención Americana, que el derecho a la verdad tiene un desarrollo progresivo con una proyección amplia, que se le ha atribuido un contenido específico en la jurisprudencia interamericana, que su contenido se identifica con elementos descritos en la Convención Americana que han sido asociados con otros derechos y libertades, y que aun cuando una postura mayoritaria se inclina por la falta de autonomía de este derecho, el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH apunta hacia la dirección contraria.

Contrastando lo anterior, la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia de T-576 de 2008 ha sostenido que el derecho a la verdad es un derecho autónomo, inalienable e imprescriptible con reconocimiento interno, regional e internacional, que tiene conexión con el deber del Estado de investigar de manera efectiva y con la obligación de ofrecer remedios eficaces y una reparación justa. Además de esto, señala el Tribunal constitucional colombiano que el derecho a la verdad tiene un vínculo, por una parte, con la transparencia, la rendición de cuentas y el buen gobierno que deberían caracterizar a una democracia y, por otra parte, con otros derechos fundamentales, en especial con el derecho a la dignidad humana y el principio de buena fe, contribu-

¹⁶*Ibidem*, párs. 12 y 14.

¹⁷*Idem*.

yendo a la construcción del tejido social y a la confianza legítima, evitando la mentira, la desconfianza, la venganza y la violencia.¹⁸

En consecuencia, resulta importante indagar si México está dispuesto a reconocer la autonomía del derecho a la verdad, u optará por subsumirlo en el contenido de otro derecho o, peor aún, por confundirlo con otros derechos. Ante este escenario es relevante identificar la manera en que el derecho a la verdad es incorporado en los sistemas jurídicos.

Los innegables desacuerdos en la inserción del derecho a la verdad en los sistemas jurídicos

Los derechos paralelos

Desde mi punto de vista, el derecho a la verdad está interrelacionado, que no subsumido ni confundido con otros derechos humanos. Lo más común, sin embargo, es insertar el derecho a la verdad en el derecho de acceso a la administración de justicia y, negando sistemáticamente su individualidad, hacerlo menos visible al confundirlo con otros derechos, como con el derecho a la información y el derecho de acceso a la información; muestra de ello es el debate vigente en el seno de la Corte IDH, al que me referiré en el apartado previo.

Sobre la relación entre el derecho a la verdad y el derecho de acceso a la justicia, mucho se ha discutido, pero no así frente a la relación y las diferencias entre los derechos a la verdad, a la información y de acceso a la información. Acertadamente, una distinción entre estos derechos me permite ilustrar y confirmar que, aunque cercanos, cada uno de éstos reivindica su lugar en la categoría de derechos humanos.

El derecho a la verdad no es lo mismo que los derechos a la información y de acceso a la información. Por una parte, el derecho a la información es el derecho que una persona y la sociedad tienen de recibir y difundir informaciones de interés público, es decir, la libertad a informar y ser informadas. Los derechos a la información y a la libertad de expresión en sentido estricto se diferencian en que el primero conlleva, en principio, a recibir y difundir informaciones; mientras que el segundo comprende la libertad de expresar el propio pensamiento y recibir ideas.¹⁹

Por otra parte, el derecho de acceso a la información se trata de la facultad de acceder a informaciones bajo el control del Estado,²⁰ es decir, la libertad de buscar y recibir informaciones de todo tipo, salvo las excepciones establecidas por la propia Convención Americana, o en armonía con ella, las establecidas en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados parte. En efecto, la información del derecho de acce-

¹⁸Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-576/08*, del 5 de junio de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁹Véase Rosas Martínez, Alejandro. “Información y víctimas”, en *Revista Derecho comparado de la información*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, número 21, enero-junio, 2013, pp. 101-120.

²⁰Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Claude Reyes y otros vs. Chile”, sentencia del 19 de septiembre de 2006, Serie C, no. 151, párr. 77; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Gómez Lund y otros (“guerrilla do Araguaia”) vs. Brasil”, Sentencia (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) del 24 de noviembre de 2010, párr. 197.

so a la información se trata de aquella relacionada con las atribuciones del Estado o con actividades de los particulares o de sujetos de derecho internacional que realizan funciones públicas o participan del gasto público; es decir, información pública.

En este orden de ideas, a pesar de que parte del contenido del derecho a la verdad ha sido identificado con la libertad de buscar y recibir informaciones, las diferencias entre estos tres derechos son identificables sin que por ello deje de existir una complementariedad.

Tal vez resulte confuso que las víctimas y la sociedad pueden buscar, recibir, incluso difundir, informaciones y opiniones sobre un caso de vulneración de derechos como parte de su derecho a la verdad, al investigar, aclarar y conocer los hechos, las circunstancias de lo ocurrido, los motivos que originaron la vulneración de derechos, las responsabilidades y la identificación de las víctimas inmediatas y, en su caso, la suerte de éstas. Bajo esta consideración, pareciera que el derecho a la verdad se enfrenta a lo que los derechos a la información y de acceso a la información comprenden; por lo que hace al primero, que la persona esté informada sobre hechos, noticias y actividades públicas y privadas de interés público, y, por lo que toca al segundo, que la persona pueda acceder a informaciones generadas y administradas por el Estado sobre el ejercicio de sus atribuciones.

Sin embargo, cabe hacer dos precisiones adicionales para aclarar el escenario. Primera, los productos de los derechos a la información y de acceso a la información, que podrían tratar de acontecimientos relacionados con víctimas, graves violaciones de derechos humanos o infracciones al Derecho Internacional Humanitario, o información de interés público sobre hechos victimizantes, pueden ser un instrumento de orientación o de utilidad procesal para la víctima o para instituciones en la búsqueda de la verdad judicial y la verdad extrajudicial. Segunda, una vez satisfecha la pretensión de conocer la verdad de lo sucedido, incluso cuando esto todavía esté en proceso de lograrse o esto no suceda, los derechos a la información y de acceso a la información pública operan de forma paralela para informar a una persona, que puede o no ser víctima, y a la sociedad en general, que la verdad sobre un hecho violatorio de derechos fue satisfecha, está en proceso de ello o no ha sido garantizada.

Así el escenario, pienso que la discusión sobre un derecho a la verdad en México no debería limitarse a señalar que éste está ya garantizado a través de la protección de otros derechos, o que no es necesario su reconocimiento expreso porque su objeto ya se encuentra amparado mediante el contenido reconocido a otros derechos. Como se puede observar, el derecho a la verdad es diferente de otros derechos humanos con los que suele confundirse de manera reiterada, y, significativamente, el contenido de este derecho apunta hacia una ampliación progresiva.

La ampliación necesaria

El derecho a la verdad es un derecho que se amplía progresivamente, siendo en el derecho interno en donde se manifiesta con mayor fuerza esa característica.

Una muestra de la amplitud del derecho a la verdad en un sistema jurídico interno se encuentra en el caso colombiano. La Corte Constitucional de Colombia ha interpre-

tado el derecho a la verdad en el marco del conflicto armado interno y en el proceso de transición hacia la paz, ampliándolo, como ya anotamos, en su contenido, pero además en sus ámbitos de aplicación.

De acuerdo con la Corte Constitucional colombiana, el derecho a la verdad no se restringe a la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales o la tortura en el marco del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Penal Internacional. El derecho a la verdad es exigible frente a otras conductas consideradas como graves violaciones de derechos humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario o crímenes de guerra, pero además se actualiza tratándose de delitos ordinarios o en otras áreas del derecho, con lo que a éste se le da un tratamiento y resultados distintos.

Para el juez constitucional colombiano, el derecho a la verdad y la verdad que de éste emerge no es igual tratándose de crímenes internacionales ante la Corte Penal Internacional que de delitos ordinarios.²¹ Esto significa que la forma de investigar el derecho a la verdad en uno o en los otros casos no es la misma. Tratándose de los delitos ordinarios, señala la Corte Constitucional, no siempre se conoce, por ejemplo, el nombre de los autores materiales de los delitos. Sin embargo, es posible conocer la planeación, la estructura y el funcionamiento de la organización, los patrones criminales (variedades de víctimas y delincuentes) y los auspiciadores o colaboradores de la organización.²²

En la interpretación del derecho a la verdad que realiza la Corte Constitucional de Colombia, se observa de igual modo que este derecho está presente en casos de desplazamiento forzado. Siguiendo a este tribunal constitucional, la(s) víctima(s) de desplazamiento forzado tienen derecho a que los hechos y circunstancias del desplazamiento sean esclarecidos por la autoridad judicial; esto es, que los agentes causantes y no sólo el agente culpable sean determinados y sancionados, así que el móvil de la perpetración del desplazamiento sea conocido.²³

Igualmente, la Corte Constitucional de Colombia ha resuelto sobre el derecho a la verdad de las víctimas en el derecho disciplinario. Para el juez constitucional colombiano, la violación al derecho internacional de los derechos humanos o la infracción al Derecho Internacional Humanitario cometidas por un servidor público o un particular en cumplimiento de funciones públicas tienen como consecuencia indiscutible que las víctimas, de manera legítima, puedan intervenir en el procedimiento disciplinario para el establecimiento y conocimiento de la verdad. En este sentido, el derecho a la verdad disciplinaria busca la verdad de lo acaecido y la determinación de la responsabilidad para la posterior sanción correspondiente; ello mediante el deber del Estado de investigar y sancionar a los responsables. El derecho a la verdad en este sentido tiene sustento en la protección de la dignidad humana, los fines del Estado, la convivencia pacífica y la consecución del orden justo.²⁴

²¹Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-694/15*, del 11 de noviembre de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.

²²*Idem*.

²³Corte Constitucional de Colombia, *T-367/10*, del 11 de mayo de 2010, del 2 de julio de 2008, M.P. María Victoria Calle Correa.

²⁴Corte Constitucional de Colombia, *C-014/04*, del 20 de enero de 2004, M.P. Jaime Córdova Triviño; Corte Constitucional de Colombia. *C-666/08*, del 2 de julio de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

En materia de salud, la Corte Constitucional de Colombia ha también ampliado el derecho a la verdad como medida de reparación y no repetición. Acertadamente, para el juez constitucional colombiano, el derecho a la verdad supone también evitar que las víctimas y la sociedad convivan de manera forzada en el silencio, la indiferencia y el olvido en casos en donde la salud, particularmente de niñas y niños, esté en riesgo. En tal sentido, en reconocimiento de la responsabilidad de quienes al no brindar adecuadamente los servicios de salud vulneraron el derecho a la vida de niñas y niños, el juez constitucional de Colombia resolvió ordenar la exposición de una placa en un lugar destacado y visible, que contenga sus obligaciones en el ejercicio del servicio de salud, así como la implementación de una beca para estudios en salud que lleve el nombre de la víctima, establecer protocolos de atención de los servicios de urgencias que determinen las prioridades y la efectividad, calidad y rapidez en la prestación de los servicios a los usuarios.²⁵

Con lo anterior queda claro que el derecho a la verdad no se restringe al poder punitivo que el Estado ostenta, sino que, como lo advierte la Corte Constitucional colombiana, éste se amplía a otras esferas de la vida pública y privada como una forma de justicia, reparación y no repetición.²⁶

La muestra del caso colombiano permite cuestionarse si en México se ha limitado o dado un alcance restringido al derecho a la verdad en escenarios en que pudiera exigirse y debiera ser garantizado de manera efectiva, con base en que se trata de un instrumento de lucha contra la impunidad y para la rendición de cuentas. En este sentido, es necesario reflexionar sobre los mecanismos por los cuales el derecho a la verdad ha sido o podría ser garantizado y, sobre todo, sus limitantes.

Las alternativas exaltadas

Rodrigo Uprimny, en el texto ya citado sobre verdad judicial, identifica cinco momentos históricos del derecho a la verdad, que son amplios y generales, pero ilustrativos para entender la evolución de este derecho en el marco de procesos de transición de una dictadura a una democracia y de la conclusión de una guerra a establecer un orden pacífico.²⁷

El primer momento es “un mínimo de verdad” que se presenta antes de la Segunda Guerra Mundial, en donde académicos y periodistas realizaron algunos relatos que no fueron relevantes para las instituciones de sus países, debido a la inexistente idea de derecho a la verdad y de sanción a los responsables. Después vino una “verdad judicial exaltada” con tribunales como el de Núremberg y los tribunales *ad hoc* de Ruanda y Yugoslavia, en donde la búsqueda de la verdad judicial predominó bajo las ideas de no repetición y transición y con una notoriedad de los trabajos de preservación de la memoria colectiva elaborados de nueva cuenta por académicos, periodistas y

²⁵Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-576/08*, *op. cit.*, nota 18.

²⁶Corte Constitucional de Colombia, *C-014/04*, *op. cit.*, nota 24.

²⁷Rodrigo Uprimny emplea la expresión “mecanismos extraprocesales” para referirse a las comisiones u formas de conocer la verdad que no tengan el carácter judicial. No obstante, prefiero utilizar el término “mecanismo extrajudicial” por ser más próximo a los términos conocidos en el sistema jurídico mexicano.

escritores. Enseguida el “consuelo de la verdad extrajudicial” ante las exposiciones de la amnistía en países del Centro y del Sur de América, en donde comisiones de la verdad sin carácter punitivo fueron el sustituto de una precaria verdad judicial. A continuación vino una “exaltación de las comisiones de la verdad”, en donde éstas como mecanismos extrajudiciales e institucionales fueron vistas como el mejor medio para tener una verdad completa y de cierre sobre lo sucedido ante la imposibilidad de formar una verdad judicial. Finalmente, aparece en el contexto actual la “complementariedad” entre las verdades judicial y extrajudicial, en donde se vuelve a valorar la verdad judicial por el exceso de confianza en las comisiones de la verdad; entonces, se presenta la disyuntiva de determinar las responsabilidades y sanciones por los riesgos que esto representa, y es alentada la iniciativa de creación de mecanismos extrajudiciales distintos a las comisiones de la verdad.²⁸

Frente a lo sugerente de las etapas del derecho a la verdad propuestas por Uprimny, considero pertinente anotar que pareciera que al momento histórico actual del derecho a la verdad seguirá una exaltación de la complementariedad de las verdades judicial y extrajudicial. Si la etapa de exaltación de la complementariedad aconteciera, con ello vendrían también posiblemente algunas dificultades, tal vez la más significativa sería la confrontación entre la verdad judicial y la verdad extrajudicial, lo que acarrearía como consecuencia la desconfianza en ambas formas de construir la verdad, debido precisamente a los puntos de desacuerdo entre ambas y lo que evidencien. Frente a un escenario así, considero que, siguiendo al mismo Uprimny, a la exaltación de la complementariedad podría seguir una inclinación por la construcción de la verdad en el escenario internacional, en donde cabrían dos opciones: primordialmente una verdad extrajudicial internacional o, de manera secundaria, como ya sucedió, la verdad judicial internacional.

Ahora bien, de tratarse de una verdad extrajudicial internacional a través de Comisiones de la Verdad es importante anotar que éstas no son una figura nueva, pero sí reciente. Múltiples estudios e informes dan cuenta de Comisiones de la Verdad y/o Reconciliación, notoriamente del Centro y Sur del continente Americano.

De las experiencias conocidas considero importante prestar atención a algo que pareciera evidente: las Comisiones de la Verdad son diversas, es decir, se distinguen unas de otras, no sólo por el país en que han sido constituidas, sino por otros aspectos, tales como su composición, objetivos, herramientas, plan de trabajo, resultados y consecuencias. En efecto, pensar que podría existir un modelo de Comisiones de la Verdad para la generalidad de casos resulta un error. Esto sería tanto como asumir que a pesar de las diferencias de tiempo y espacio en que las diversas Comisiones de la Verdad han sido instaladas, los contextos, los motivos, las condiciones, los responsables y las víctimas son similares en todos los casos. De ahí la relevancia del señalamiento de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, sobre que no importar modelos determinados de Comisiones de la Verdad es un principio, pues éstas necesariamente deben fundarse en las particularidades de los contextos

²⁸Uprimny Yepes, Rodrigo y Saffon Sanín, María Paula, “Derecho a la verdad: alcances y límites...”, *op. cit.*, nota 13, pp. 149-153.

locales.²⁹ Entonces, si no valen modelos preestablecidos de Comisiones de la Verdad, sí pueden discutirse componentes mínimos que llevan a un mecanismo extrajudicial como éste, a satisfacer de forma más eficiente el derecho a la verdad. Esos componentes mínimos para una eficiencia de las Comisiones de la Verdad son de carácter jurídico, económico y político.

Entre los componentes jurídicos se encuentran la formalización de la instauración de la Comisión de la Verdad, siendo los medios más conocidos un decreto del Poder Ejecutivo o una ley emitida por el Poder Legislativo; sin embargo, ambas opciones presentan dificultades en aspectos como el plazo de su expedición, la fuerza de su naturaleza y la posibilidad de modificaciones y ajustes. Frente a lo anterior, pareciera que se ha desestimado la intervención del Poder Judicial en las Comisiones de la Verdad, más allá del conocimiento que pueda tener para juzgar y sancionar a los responsables, dejando con ello de lado la posibilidad de un control judicial de este Poder Público, al examinar la constitucionalidad y convencionalidad de la norma jurídica por la que las Comisiones de la Verdad son creadas en algunos casos.

Otro componente jurídico se ubica en el periodo de tiempo del mandato, para investigar, entregar resultados o cumplir con las recomendaciones (que debe ser *a posteriori* y puede ser corto o amplio, continuo o espaciado). También el tipo de vulneraciones a investigar (que pueden ser generales o particulares, incluso excluyentes de ciertas vulneraciones). Además, las herramientas y los mecanismos con que es investida una Comisión de la Verdad (que van desde la colaboración de autoridades nacionales o extranjeras, el acceso a archivos, la recolección de testimonios y de pruebas, la protección de testigos, hasta la secrecía sobre quiénes son los perpetradores y, posiblemente, la amnistía de todos o de algunos de éstos). Igualmente, la fuerza de las conclusiones y recomendaciones (que pueden ser generales o precisas, vinculantes o no, punitivas o no). A pesar de lo importante que tiene el marco jurídico de las Comisiones de la Verdad, aún no se ha establecido un protocolo que pudiera guiar la formación de este tipo de órganos, respetando los marcos normativos nacional e internacionales, y sobre todo garantizando la protección y efectividad de los derechos de las víctimas en sentido amplio y de la sociedad en general.

Indudablemente, el financiamiento de una Comisión de la Verdad tiene una relevancia notoria. De esa suerte, el origen del financiamiento (que puede ser gubernamental, social, internacional, o mixto) y la cantidad de dinero que éste comprenda influyen por supuesto en el funcionamiento, desarrollo y el alcance de los objetivos que le son encomendados, pero también repercuten en la aceptación social de ésta y de sus resultados.

Finalmente, el componente político, que tiene una estrecha relación con lo jurídico, es un aspecto que ha sido desestimado a pesar de su presencia continua en la formación e implementación de las Comisiones de la Verdad. Incuestionablemente, la creación, el desarrollo, los resultados y las consecuencias de estos mecanismos extrajudiciales demandan la inclusión, debate, consenso, participación, colaboración y re-

²⁹Cfr. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Los instrumentos del estado de derecho en las sociedades que salen de un conflicto*, Nueva York-Ginebra, ONU, 2006, p. 5 (Traducción propia).

conocimiento del mayor número de actores. Trabajos como “Los instrumentos del estado de derecho en las sociedades que salen de un conflicto”,³⁰ de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, y “En búsqueda de la verdad, elementos para la creación de una comisión de la verdad eficaz”,³¹ editado por Eduardo González y Howar Varney, exponen la necesidad de la inclusión y participación de todos los actores, entre los que se encuentran las víctimas y la sociedad civil organizada, para la formación de las Comisiones de la Verdad a través de procesos inclusivos, participativos y consultivos que legitiman y redundan en la cooperación, operación, acuerdos y efectos para conocer la verdad.

Ya expuestas algunas de las discusiones sobre el derecho a la verdad desde el ámbito internacional y del derecho comparado (tomando como referente el derecho colombiano), así como su posible incidencia en un debate sobre el derecho a la verdad en México, estimo pertinente abordar el caso mexicano. Esto con el propósito de corroborar la pertinencia que tiene el ahondar en el estudio del derecho a la verdad en México de cara al contexto actual del país y a los avances que se han dado respecto al reconocimiento y efectividad de este derecho.

Exploración del estado actual y de las proyecciones del derecho a la verdad en México

A pesar de que la literatura nacional sobre el derecho a la verdad es escasa,³² los esfuerzos por lograr el reconocimiento de este derecho y su efectividad son notorios, singularmente en la segunda década de los años 2000. Las graves vulneraciones a los derechos humanos, sumadas a la exigencia constante de las víctimas de querer conocer la verdad de lo sucedido, han llevado a México a iniciar su propio recorrido en la construcción de este derecho. En ese orden de ideas, con este apartado pretendo dar una aproximación a la manera en que el Estado mexicano ha incorporado el derecho a la verdad en su sistema jurídico, pero también exponer si ante las formas en que este derecho se hace efectivo, habría la posibilidad de plantear nuevas herramientas que aporten a su mayor garantía.

El tratamiento del derecho a la verdad por los Poderes Públicos

La exigencia frente a los hechos

Episodios de violencia estatal hacia movimientos sociales, violaciones a derechos humanos en el marco de la Guerra Fría o el ejercicio autoritario de funciones, princi-

³⁰*Ibidem*, p. 7.

³¹Véase Eduardo González y Howard Varney, *En búsqueda de la verdad. Elementos para la creación de una comisión de la verdad eficaz*, Nueva York, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2013.

³²Véase Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *La desaparición forzada de personas en México. Los grandes problemas de México*, México, Cámara de Diputados - Universidad de Nuevo León, septiembre 2008.

palmente de cuerpos de la fuerza pública, en la segunda mitad del siglo pasado; además de hechos recientes de violencia estatal y entre particulares, por lo menos en el periodo que comprende los últimos quince años, que son constitutivos de violaciones a derechos humanos o de delitos, en un contexto inmerso en el tráfico de drogas, la impunidad y las acciones contestatarias, han tenido como consecuencia en México víctimas múltiples y diversas.

Víctimas inmediatas y mediatas de desaparición forzada o involuntaria, tortura, ejecución extrajudicial y otras violaciones de derechos humanos, o de delitos como el secuestro, homicidio o extorsión, incluso eventuales infracciones al Derecho Internacional Humanitario, han esperado, pedido y exigido conocer la verdad de lo sucedido.

El 2 de octubre de 1968 en la Plaza de Tlatelolco es un caso emblemático de víctimas y de la organización de éstas para buscar a personas desaparecidas, pero también para que la verdad de lo acontecido sea conocida. Acciones de procuración de justicia, jurisdiccionales y legislativas han sido insuficientes para una verdad que satisfaga a víctimas en lo individual y a la sociedad en general. El trabajo escrito de la sociedad civil organizada, periodistas, intelectuales y algunos académicos, junto con testimonios aislados, demuestran que la verdad sobre el 68 mexicano está inconclusa.

Casos como los caídos en el mercado de Ocosingo en 1994, Campo Algodonero, las asesinadas en Ciudad Juárez, las agresiones individuales a periodistas y defensores de derechos humanos, Atenco, APPO, Wallace, Martí, las Autodefensas, inmigrantes en el sureste mexicano, Iguala, Tlatlaya, Apatzingán, por mencionar algunas muestras que han tenido una repercusión social mayor, hacen presente la importancia que tiene saber la verdad sobre lo que sucedió y resaltan la exigencia de las víctimas y de la sociedad por conocerla.

Frente a hechos como los señalados, es inevitable preguntarse si en México hay un derecho a la verdad, y, si es así, conocer cómo está incorporado, concebido e instrumentalizado en el sistema jurídico interno; si sus alcances responden a los estándares y criterios emitidos en los escenarios internacional y regional; si este derecho en el sistema jurídico propio es equiparable a los parámetros establecidos en otros países de la región; si la garantía de este derecho responde a las condiciones de un Estado democrático; o si el caso mexicano puede dar muestra de una progresividad del contenido y extensión de este derecho o resulta ser restrictivo.

Los intentos judiciales

El Poder Judicial de la Federación de México se ha referido al derecho a la verdad en por lo menos seis sentencias. No obstante, atrae la atención la forma en que este derecho ha sido concebido en los criterios de los jueces mexicanos.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) resolvió, en una oportunidad, que en el proceso penal la víctima tiene, además de los derechos establecidos en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Constitución Federal), aquellos que le han sido reconocidos en el marco jurídico internacional, que esa Sala de la SCJN identifica en cuatro pilares: el derecho a la verdad; el derecho a ser oído de manera pública y con las debidas garantías por un tribunal com-

petente, independiente e imparcial; el derecho a un recurso efectivo, que a su vez comprende el derecho a una investigación; y el derecho a obtener una reparación.³³ Junto a lo anterior, esa misma Sala de la SCJN sostuvo, en otras dos oportunidades, que en el proceso penal el derecho a la verdad junto con los derechos a un recurso efectivo y a la justicia son derechos de las víctimas que se consagran en el artículo 20 de la Constitución Federal y los tratados internacionales de los que México es parte, de conformidad con los artículos 1º, primer párrafo, y 133 (Principio de supremacía constitucional) de la misma norma suprema; además, dijeron los jueces, esos derechos están relacionados con el derecho humano de acceso a la justicia que emana del artículo 17 de la Constitución Federal. Asimismo, esa Sala de la SCJN precisó, aunque de forma indirecta, la obligación del Estado mexicano de reconocer y garantizar los derechos de las víctimas que se derivan del proceso penal a pesar de lo deficiente e insuficiente que pueda ser el marco normativo que corresponde generar al legislador secundario.³⁴

Lo anterior demuestra que el máximo tribunal mexicano reconoce el derecho a la verdad como un derecho de las víctimas, que este derecho tendría fundamento en el artículo 20 de la Constitución Federal, que se diferencia de otros derechos, que su ámbito de exigibilidad se concentra en el ámbito penal y que los jueces identifican que este derecho está reconocido en convenciones de las que México es parte. No obstante, se observa igualmente que este tribunal no hace una precisión del contenido del derecho a la verdad, ni refiere una norma interna que contenga de manera expresa el derecho en cuestión.

Los Tribunales Colegiados de Circuito del Poder Judicial mexicano, por su parte, han tratado en dos oportunidades con más precisión el derecho a la verdad a propósito del proceso penal, aunque con una aparente contradicción sobre la ubicación que este derecho tiene en el sistema jurídico mexicano. En efecto, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito precisó que el derecho a la verdad se incorpora al sistema jurídico mexicano a través de la Convención Americana. Para estos jueces, el derecho a la verdad se desprende del artículo 8º de esa Convención, e identifican al castigo efectivo de los responsables como parte del derecho a la verdad. Además, se reconoce una relación del derecho a la verdad con el derecho de la víctima a coadyuvar con el Ministerio Público, el cual se desprende del artículo 20 de la Constitución Federal, dejando con ello entrever que pareciera que el derecho a la verdad no se ubica en este artículo constitucional; esto, tal vez disintiendo con lo dicho por la Primera Sala de la SCJN.³⁵

³³Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, *Tesis aislada 1a CLXXXVIII (10a)*, México, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, del 19 de junio de 2015.

³⁴Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, *Tesis Aislada 1a. CCCXXVII/2015 (10a.)*, México, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, del 26 de junio de 2015; Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala. Jurisprudencia 1a./ 79/2015 (10a.), México, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, del 11 de diciembre de 2015.

³⁵Tribunales Colegiados de Circuito, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, *Tesis Aislada VI.2o.P.4 P (10a.)*, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, de enero de 2013; Tribunales Colegiados de Circuito, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, *Tesis Aislada VI.2o.P.5 P (10a.)*, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, del 3 de enero de 2013.

En otra oportunidad, el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito resolvió con mayor claridad sobre el derecho a la verdad. Primero, los criterios de la Corte IDH fueron retomados para argumentar sobre la desaparición forzada de personas; entendiendo que hay un derecho a la integridad física y moral de los familiares de las víctimas, que es violentado por el sufrimiento que se genera ante la negativa constante de las autoridades estatales de informar sobre el paradero de la persona desaparecida y de iniciar investigaciones eficaces para lograr esclarecer los hechos. Luego, con base en los artículos 1º, 8º y 25 de la Convención Americana, se menciona que “los familiares de las víctimas [de desaparición forzada] tienen el derecho de conocer la verdad de lo sucedido, a saber cuál fue el destino de aquéllas y, en su caso, dónde se encuentran los restos”.³⁶ También, en este caso, el tribunal mexicano, al referirse a los derechos a la verdad y de acceso a la información, encuentra que este último está subsumido en aquél, al considerar que los familiares tienen derecho a acceder al expediente y obtener copias del mismo para conseguir del Estado el esclarecimiento de los hechos y determinar las responsabilidades correspondientes. Además, de forma casi que excepcional, el juez del tribunal colegiado de circuito define el derecho a la verdad como “saber si el Estado ha realizado investigaciones serias y efectivas para determinar la suerte o paradero de las víctimas, identificar a los responsables y, en su caso, imponerles las sanciones correspondientes”.³⁷

De estas sentencias de los Tribunales Colegiados de Circuito, se observa que los jueces aceptan que el derecho a la verdad tiene un soporte jurídico en la Convención Americana, de la cual México es parte; aunque considere que este derecho se limita a su relación con los artículos 1º, 8º y 25 de ese tratado. También, se identifican elementos del contenido del derecho a la verdad que permiten definirlo para el caso de la desaparición forzada de personas. Sin embargo, salta a la vista que estos jueces no hacen una referencia al artículo 20 de la Constitución Federal como soporte constitucional del derecho a la verdad en el sistema jurídico mexicano, y hacen una diferenciación de los derechos a la verdad y de acceso a la información, pero subsumen este último en aquél, tratándose de procesos penales sobre violaciones graves a derechos humanos, como la desaparición de personas.

En el marco de las decisiones judiciales sobre el derecho a la verdad en el sistema jurídico mexicano, considero oportuno referirme a las sentencias de los casos “Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos” (2009)³⁸ y “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México” (2009), puesto que el Estado mexicano fue condenado y, en consecuencia, con base en una interpretación armónica de la Convención Americana, en los principios que rigen la Organización de los Estados Americanos, en principios consuetudinarios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en principios generales del derecho de los tratados; esa decisión y las interpretaciones en ella con-

³⁶Tribunales Colegiados de Circuito, Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, *Tesis Aislada I.9o.P61 P (10a.)*, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, del 12 de septiembre de 2014.

³⁷*Idem.*

³⁸Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos”, Sentencia (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas) del 23 de noviembre de 2009.

tenida son vinculantes para México en ese caso específico y en otros similares que se presenten en el derecho interno.³⁹

En el caso “Campo Algodonero”, el derecho a conocer la verdad de lo ocurrido, como un derecho de las víctimas de desaparición forzada, se asocia al deber del Estado de investigar los hechos e informarlas. Esto con el fin de evitar el sufrimiento y dolor que afecta la integridad física y la moral de las víctimas, en sentido amplio, al obligarlas a vivir de forma permanente con la experiencia de impotencia, desamparo e indefensión por la irregular y deficiente atención de las autoridades para buscar a la víctima inmediata una vez reportada, determinar dónde yacen sus restos, conocer las circunstancias y causas de su muerte, informar sobre los avances de las investigaciones y haber recibido un tratado indigno durante el proceso de búsqueda.⁴⁰

De lo expuesto en este apartado, se desprende que el derecho a la verdad ya ha sido reconocido en el derecho interno, en casos particulares, gracias a una interpretación amplia del contenido del texto constitucional y al control de convencionalidad realizado por los jueces mexicanos. Sin embargo, de acuerdo con estas decisiones judiciales, pareciera que ninguna ley interna refiere el derecho a la verdad, lo que me lleva a realizar una revisión en el catálogo legal vigente, comprobando que la referencia al derecho a la verdad en el derecho interno no se restringe a una labor aislada de los jueces nacionales.

La letra de la ley

En el amplio catálogo legislativo sobre derechos humanos en México, se ha recogido en pocas leyes federales y locales el derecho a la verdad. En los casos que identifiqué, el reconocimiento se realiza unas veces de manera limitada, pero otras de forma amplia, lo que sin duda puede repercutir en su exigibilidad y garantía.

La Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia de las Víctimas de estos Delitos, de junio de 2012, enuncia el derecho de estas víctimas a “conocer lo que verdaderamente sucedió”,⁴¹ como parte de la reparación del daño. Efectivamente, en esta Ley se hace una mención del derecho a la verdad, pero antes que reconocerlo como un derecho lo identifica como una medida de reparación. Sin duda, esta Ley pone en evidencia otra complejidad del derecho a la verdad, que es su asimilación a un mecanismo de reparación. Si bien es cierto, conocer la verdad es una medida de reparación, ésta es ante todo un derecho exigible a las autoridades públicas y no sólo una alternativa de reparar a las víctimas.

³⁹Véase Romero Pérez, Xiomara L., *Vinculación de las resoluciones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, 148 pp.

⁴⁰Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Gonzalez y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”, Sentencia (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas) del 16 de noviembre de 2009, párs. 388, 419, 420, 421, 424 y 454.

⁴¹Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas del estos Delitos, México, *Diario Oficial de la Federación*, 14 de junio de 2012.

Por su parte, la particular Ley General de Víctimas, de enero de 2013, que se aproxima a la Ley 1448 de 2011⁴² o Ley de Víctimas colombiana, recogió el derecho a la verdad y lo define como: “Las víctimas y la sociedad en general tienen el derecho de conocer los hechos constitutivos del delito y de las violaciones a derechos humanos de que fueron objeto, la identidad de los responsables, las circunstancias que hayan propiciado su comisión”.⁴³ Con esta definición se puede observar que esta ley general mexicana define de forma amplia el derecho a la verdad, ya que atribuye la titularidad de éste en las dimensiones individual y colectiva, y su contenido se enfoca en tres componentes, los que considero esenciales para definir este derecho respecto de cualquier vulneración a derechos humanos o delito en México: conocer los hechos, las circunstancias que propiciaron la comisión y la identidad de los responsables. Esto significa que para el legislador mexicano, a diferencia de lo que han fallado los jueces nacionales, la sanción de los responsables no forma parte del derecho a la verdad, con lo que estoy de acuerdo, pues este elemento, desde mi punto de vista, corresponde al derecho de acceso y administración de la justicia.

La misma Ley General de Víctimas, además de dar una definición marco del derecho a la verdad, establece sus componentes en el caso de desaparición forzada, yendo con esto más allá sobre el tipo de víctimas inmediatas, pues agrega el derecho a conocer el destino o paradero también de las personas ausentes, no localizadas, extraviadas o fallecidas. En este orden de ideas, el legislador federal mexicano retomando sin duda estándares internacionales que establecen el deber del Estado de iniciar acciones una vez tenga conocimiento de la desaparición de una persona, incorporó el deber de realizar esas acciones por las autoridades competentes de una manera eficaz y urgente. Entre las acciones a considerar en esta Ley, para el derecho a la verdad en caso de personas desaparecidas, se encuentran: la exhumación, la realización de pruebas técnicas y científicas, la repatriación, proporcionar información, medidas de confidencialidad y protección de testigos.

Otro aspecto relevante de la Ley General de Víctimas, es lo que identifico como *el principio participativo y democrático del derecho a la verdad*, para lo que se establece que las víctimas y la sociedad civil puedan y deban ser involucradas en la búsqueda de la verdad a través de mecanismos judiciales u otros, como el consultivo, para, por ejemplo, solicitar la intervención de expertos independientes o el debate sobre la historia oficial.

La diferenciación del derecho a la verdad de otros derechos puede constatarse también en la Ley General de Víctimas. Una clara distinción se hace respecto de la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información, ambas prerrogativas que tienen un rol notorio en el proceso participativo y democrático del derecho a la verdad que establece la ley. De igual manera, otra precisión destacable en esta Ley es distin-

⁴² Colombia. Poder Público-Rama Legislativa, Ley 1448 de 2011 por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones, en *Diario Oficial*, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, año CXLVII, No. 48.096, del 10 de junio de 2011.

⁴³ Artículo 18 de la Ley General de Víctimas, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Ley General de Víctimas, México, *Diario Oficial de la Federación*, 9 de enero de 2013.

guir el derecho a la verdad de los derechos de acceso a la justicia, a un recurso judicial adecuado y efectivo, a que se investigue, a la reparación y a la protección de datos personales. Es importante anotar que la verdad, como un derecho reconocido en la Ley General de Víctimas, es concebido como un derecho independiente, diferenciable a otros y autónomo, sin que ello afecte su consideración adicional como una medida de satisfacción y reparación.

Por otra parte, en el ámbito de las entidades federativas, la Ley para Prevenir, Eliminar y Sancionar la Desaparición Forzada de Personas y a la Desaparición por Particulares en el Distrito Federal, de mayo de 2015, reconoce y define el derecho a la verdad, considerando que:

Las víctimas y la sociedad en general tienen el derecho de conocer los hechos constitutivos de los delitos contemplados en esta Ley y de las violaciones a derechos humanos de que fueron objeto las víctimas del mismo, la identidad de los responsables, las circunstancias que hayan propiciado su comisión, así como tener acceso a la justicia en condiciones de igualdad.⁴⁴

Además del reconocimiento del derecho a la verdad por el legislador local, a éste se le atribuye una característica singular de los derechos humanos: la imprescriptibilidad, con lo que la obligación de la autoridad de realizar toda acción para el descubrimiento de la verdad y la pronta localización del paradero de una persona desaparecida, no perdería vigencia. No obstante, es interesante anotar que el legislador local optó por diferenciar el derecho a la verdad del derecho de acceso a la información, atribuyendo a éste último la característica de ser un derecho total para las víctimas y abogados de éstas y del cual, particularmente, se extiende su ejercicio a descendientes, ascendientes y parientes colaterales hasta el grado de parentesco más lejano; aspecto este que indudablemente incide en los medios para conocer la verdad y en la ampliación de la titularidad del derecho a la verdad.

Lo expuesto en los tres casos de leyes mexicanas (dos generales y una local) demuestra que el derecho a la verdad está incorporado en normas secundarias desde momentos previos al que fueron emitidas las sentencias del Poder Judicial de la Federación, que analicé en el apartado anterior; por lo que se echa de menos en esos pronunciamientos una mención expresa a esas leyes y su contenido. Asimismo, se puede constatar que el legislador mexicano, al reconocer el derecho a la verdad en normas secundarias, le otorga un contenido amplio, aunque me parece que no es tan extenso, pues ha sido enfocado a ciertas violaciones de derechos humanos y delitos. Un aspecto más a resaltar, es que el legislador mexicano favoreció el mecanismo judicial como el medio de garantía del derecho a la verdad, sin que eso signifique que la puerta esté cerrada para mecanismos extrajudiciales, como las Comisiones de la Verdad.

⁴⁴ Artículo 2º, fracción VI, de la Ley para prevenir, eliminar y sancionar la desaparición forzada de personas y la desaparición por particulares en el Distrito Federal. Asamblea Legislativa del Distrito Federal, VI Legislatura, Ley para Prevenir, Eliminar y Sancionar la Desaparición Forzada de Personas y la Desaparición por Particulares en el Distrito Federal, Ciudad de México, *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, del 17 de mayo de 2015.

Para terminar, considero importante traer colación que en el campo del Poder Legislativo, algunas iniciativas de ley sobre Comisiones de la Verdad han sido promovidas en el ámbito federal en materia de desaparición forzada y elecciones. Sin embargo, varias de estas iniciativas han sido desechadas.⁴⁵

Una muestra de interés por la creación de una Comisión de la Verdad es la iniciativa “Que expide la ley que crea la comisión de la verdad sobre la desaparición de los 43 estudiantes de Ayotzinapa, a cargo del Grupo Parlamentario de Movimiento Ciudadano”,⁴⁶ de septiembre de 2015. Esta iniciativa tiene especial relevancia por tratarse de hechos recientes y graves, pero, además, por las inconsistencias que han expuesto los procedimientos empleados por la autoridad pública para la búsqueda de la verdad en este caso, lo que ha tenido como consecuencia optar por mecanismos extrajudiciales para conocer lo que sucedió.

Otra muestra particular de iniciativa de Comisión de la Verdad es el caso de

Iniciativa con proyecto de decreto por la que se modifica y adiciona el artículo 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de responsabilidades del titular del Poder Ejecutivo Federal, imprescriptibilidad de los delitos y faltas de corrupción, y para constituir una Comisión de la Verdad, que investigue y someta a las autoridades competentes los resultados de sus indagatorias respecto de las conductas y omisiones vinculadas a la corrupción del actual presidente y de los expresidentes de la República,⁴⁷

⁴⁵Algunas muestras de iniciativas de Comisiones de la Verdad desechadas en el Congreso de la Unión, son: De la Ley Federal de la Comisión de la Verdad, a cargo de la Diputada Cristina Portilla Ayala, del Grupo Parlamentario del PRD, presentada en la Cámara de Diputados, LIX Legislatura, publicada en la *Gaceta Parlamentaria* el 15 de noviembre de 2004 y desechada el 23 de noviembre de 2011; Ley que crea la Comisión de la Verdad del Proceso Electoral de 2006, a cargo del Diputado Carlos Ernesto Navarro López, del Grupo Parlamentario del PRD, presentada en Cámara de Diputados, LX Legislatura, publicada en la *Gaceta Parlamentaria* el 4 de julio de 2007 y desechada el 23 de noviembre de 2011; *Proyecto de Decreto por el que se crea la Ley de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación del Congreso de la Unión*, a cargo del Senador Ricardo Monreal Ávila, del Grupo Parlamentario del PT, presentada en Cámara de Senadores, LVI Legislatura, publicada en la *Gaceta Parlamentaria* el 6 de septiembre de 2011 y desechada el 3 de diciembre de 2015; *Iniciativa de Ley que crea la Comisión de la Verdad para los Crímenes de la Guerra Sucia en México*, a cargo del Senador Carlos Sotelo García, del Grupo Parlamentario del PRD, presentada en Cámara de Senadores, LXI Legislatura, publicada en la *Gaceta Parlamentaria* el 10 de noviembre de 2011 y desechada el 22 de octubre de 2013; *Que expide la Ley que crea la Comisión de la verdad en materia de delitos de desaparición forzada y ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias en el periodo 2006-2014, suscrita por integrantes de diversos grupos parlamentarios*, a cargo del Diputado Silvano Aureoles Cornejo y otros, presentada en Cámara de Diputados, LXII Legislatura, publicada en la *Gaceta Parlamentaria* el 11 de diciembre de 2014 y desechada el 17 de junio de 2015.

⁴⁶*Que expide la Ley que crea la Comisión de la Verdad sobre Desaparición de los 43 estudiantes de Ayotzinapa, a cargo del Grupo Parlamentario de Movimiento Ciudadano*, a cargo del Diputado José Clemente Castañeda Hoefflich, del Grupo Parlamentario Movimiento Ciudadano, presentada en Cámara de Diputados, LXIII Legislatura, publicada en la *Gaceta Parlamentaria* el 15 de septiembre de 2015 y pendiente en comisiones de cámara de origen al 18 de mayo de 2016.

⁴⁷*Iniciativa con proyecto de decreto por la que se modifica y adiciona el artículo 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de responsabilidades del titular del Poder Ejecutivo Federal, imprescriptibilidad de los delitos y faltas de corrupción, y para constituir una Comisión de la Verdad, que investigue y someta a las autoridades competentes los resultados de sus indagatorias respecto de las conductas y omisiones vinculadas a la corrupción del actual presidente y de los ex presidentes de la República*, a cargo del Diputado Virgilio Dante Caballero Pedraza, del Grupo Parlamentario Morena, presentada en Comisión Permanente, LXIII Legislatura, publicada el 15 de septiembre de 2015 y en pendiente de trámite en comisiones de cámara de origen al 18 de mayo de 2016.

con la que pareciera se hace una extensión del derecho a la verdad en materia administrativa mediante este mecanismo extrajudicial, y que considera la reforma de la Constitución Federal como medio para su creación.

Son estas últimas consideraciones las que me llevan a indagar si existen casos de Comisiones de la Verdad en México, que hayan sido implementadas. La respuesta a esta inquietud es afirmativa, teniendo como referentes tres casos locales interesantes que a continuación analizo, para luego proponer, al final de este texto, otra alternativa que permitiría profundizar en la garantía y efectividad del derecho a la verdad.

La efectividad del derecho a la verdad en México, experiencias y propuestas

Los ensayos prometedores

El mecanismo extrajudicial de Comisión de la Verdad es una figura ya conocida en México desde hace algunas décadas, aunque ha estado delimitado a hechos locales. Michoacán, Guerrero y Oaxaca son entidades de la República mexicana en las que por lo menos una Comisión de la Verdad ya fue creada.

En el estado de Michoacán, la “Comisión por la Verdad y la Justicia del Estado de Michoacán de Ocampo” fue instituida por decreto del Poder Ejecutivo local, publicado el 13 de febrero de 2009. Sin embargo, a ésta antecedió la “Comisión para la Investigación de la Desaparición Involuntaria de Personas del Estado de Michoacán”, creada mediante acuerdo administrativo del Poder Ejecutivo del Estado, el 19 de diciembre de 2002.

A diferencia del caso michoacano, en el estado de Guerrero la “Comisión de la Verdad para la Investigación de las Violaciones a los Derechos Humanos durante la Guerra Sucia en los años sesenta y setenta del Estado de Guerrero”, fue creada mediante un acto del Legislador, la Ley Número 932 del Congreso de esa entidad federativa, publicada en el *Periódico Oficial del Gobierno del Estado* el 20 de marzo de 2012.

Al igual que en el caso anterior, en el Estado de Oaxaca se creó la “Comisión de la Verdad para la Investigación de los Hechos que Motivaron las Violaciones a los derechos humanos del pueblo de Oaxaca en los años 2006 y 2007”, por acto del Legislador, esta vez con el decreto legislativo 2056 del Congreso local, publicado en el *Periódico Oficial del Estado de Oaxaca* el 19 de octubre de 2013.

Los objetivos en las Comisiones en los tres casos están delimitados por su instrumento de creación, siendo comunes la práctica de testimonios, el impulso de la participación de la sociedad para contar con sus aportaciones y la investigación, la recopilación de información, la denuncia y la entrega de un informe final. Por lo que hace a la designación de los comisionados, los tres casos reportan diferencias. En el caso de Michoacán, los comisionados son los sobrevivientes del periodo de la Guerra Sucia y un familiar de cada fallecido o desaparecido. En el caso de Guerrero, el nombramiento fue realizado por el Congreso de esa entidad federativa a propuesta de organizaciones de derechos humanos nacionales, regionales e internacionales. En el caso de Oaxaca, el nombramiento fue realizado por el gobernador de ese estado de la República, a propuesta de la sociedad civil organizada y especializada en derechos humanos.

Un aspecto de suma importancia, como ya lo había resaltado, es sin duda el financiamiento de una Comisión de la Verdad, que en los tres casos emana del Poder Ejecutivo local, aspecto que genera interrogantes sobre si la autonomía e independencia de estos mecanismos extrajudiciales están garantizadas, y si los recursos económicos que pudiera otorgar el Poder Ejecutivo de una entidad federativa serían suficientes para que una Comisión de la Verdad local cumpla eficientemente su mandato.

Por otra parte, en los casos de las Comisiones de la Verdad de Guerrero y Oaxaca ya ha sido emitido un informe. Sobre este particular me detendré en tres aspectos que considero importantes. Me referiré a las consideraciones que estas Comisiones hacen de estándares internacionales de derechos humanos, a los resultados de estos mecanismos extrajudiciales y a ciertas recomendaciones planteadas por estas entidades.

En primer lugar, identifico que ambas Comisiones tomaron como directrices e incorporaron en su argumentación convenciones de derechos humanos de los sistemas internacional y regional de protección de los derechos humanos. El Informe Final de Actividades de la Comisión de la Verdad del Estado de Guerrero⁴⁸ hace referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Por su parte, el Informe de la Comisión de la Verdad sobre los Hechos que Motivaron las Violaciones a los Derechos Humanos al Pueblo Oaxaqueño en 2006 y 2007⁴⁹ refiere, además de las incorporadas por el informe de la Comisión de la Verdad de Guerrero, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Contra la Tortura y Otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y Pueblos Tribales y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

Lo anterior demuestra que tanto la Comisión de la Verdad de Guerrero como la Comisión de la Verdad de Oaxaca aseguraron un mínimo de estándares internacionales en aras de satisfacer a las víctimas y a la sociedad en su derecho a conocer la verdad frente a violaciones graves a derechos humanos y comisión de delitos. En consecuencia, el derecho a la verdad implica, también, conocer los derechos humanos que fueron vulnerados y a los cuales el Estado mexicano estaba obligado a brindar protección de acuerdo con sus obligaciones institucionales.

En lo que se refiere a los resultados, en el Informe de la Comisión de Guerrero se constataron ejecuciones arbitrarias, desapariciones forzadas, desapariciones forzadas transitorias, desplazamiento, así como detenciones arbitrarias y torturas que tenían

⁴⁸Navarrete Gonjón, Hilda *et al.*, Comisión de la Verdad del Estado de Guerrero, *Informe final de Actividades*, Comisión de la Verdad del Estado de Guerrero, Guerrero, México, 15 de octubre de 2014, 237 pp.

⁴⁹Solalinde Guerra, José Alejandro, Jiménez Ramírez María Patricia y Osorno González, Diego Enrique. *Informe de la Comisión de la verdad sobre los hechos que motivaron las violaciones a los derechos humanos al pueblo oaxaqueño en 2006 y 2007*, Oaxaca/México, Comisión de la Verdad de Oaxaca, marzo de 2016, 957 pp.

relación directa con los actos de desaparición forzada. En tal sentido, esta Comisión recomendó diversas medidas,⁵⁰ que sintetizo en el cuadro siguiente:

RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN DE LA VERDAD PARA LA INVESTIGACIÓN DE LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS DURANTE LA GUERRA SUCIA EN LOS AÑOS SESENTA Y SETENTA DEL ESTADO DE GUERRERO	
Sobre el derecho a la justicia: • Informar de manera anticipada a las familiares sobre la realización de acciones de investigación y sus resultados. • Considerar para las averiguaciones previas pendientes de sobrevivientes de desaparición forzada, el supuesto de represión sistemática y generalizada. • Prohibir la incineración de los restos de una persona que haya sido considerada desaparecida.	Sobre algunas medidas legislativas: • Tipificar la desaparición forzada de conformidad con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. • Establecer en la norma la imprescriptibilidad del delito de desaparición forzada.
Sobre medidas preventivas: • Retirar a las fuerzas armadas del espacio geográfico competencia de la Comisión. • Sancionar al cuerpo de policía y seguridad pública por la dilación en la puesta a disposición de los detenidos. • Establecer en las Agencias del Ministerio Público un registro de personas detenidas. • Precisar el control de mando jerárquico en operativos de policía y seguridad pública. • Establecer un protocolo de inspección continua para los lugares de detención.	Sobre medidas de reparación: • Reparación económica a víctimas, acorde con estándares internacionales. • Simplificar y agilizar los trámites de reparación a las víctimas. • Suprimir el requisito de acreditación de una violación de derechos humanos para la reparación del daño, considerada en la Recomendación 26/2001 de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. • Reparar el daño a sobrevivientes de desaparición forzada. • Informar que la reparación económica no anula el derecho a la verdad o cualquier forma de reparación simbólica o acompañamiento a que se tiene derecho. • Establecer un modelo de salud para el acompañamiento de las víctimas en el proceso de conocimiento de la verdad.
Sobre medidas administrativas o institucionales: • Exención de pago a las víctimas en trámites administrativos, en especial del Registro Civil. • Modificar actas del Registro Civil sin mayor trámite ante errores cometidos por éste. • Omitir la exigibilidad de anular un acta de nacimiento cuando existan dos y se tenga la certeza de ser la misma persona.	Recomendaciones generales: • Cumplir las recomendaciones del Estado emitidas por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas e Involuntarias. • Retirar de lugares públicos el nombre de personas que participaron en desapariciones forzadas. • Retirar el nombre del Ejército del lugar de Honor del Congreso del Estado de Guerrero.

Fuente: Elaboración propia.

⁵⁰Navarrete Gonjón, Hilda *et al.*, Comisión de la Verdad del Estado de Guerrero, *Informe final de Actividades...*, op. cit., nota 48, pp. 95 y 96.

El Informe de la Comisión de la Verdad del Estado de Oaxaca constató que una serie de operativos de la fuerza pública para desalojar, contener y combatir el movimiento social conllevó a torturas sistemáticas y generalizadas, represión física, psicológica y técnica, estrategias de persecución, hostigamiento y estigmatización, agresiones físicas, actuación omisa y negligente de las autoridades públicas, homicidios, ejecuciones extrajudiciales, detenciones arbitrarias, tratos crueles, inhumanos y degradantes, omisión de auxilio a víctimas, desplazamiento forzado e impunidad. En ese orden de ideas, la Comisión de la Verdad de Oaxaca recomendó diversas medidas,⁵¹ que esquematizo en el cuadro siguiente:

RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN DE LA VERDAD PARA LA INVESTIGACIÓN DE LOS HECHOS QUE MOTIVARON LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS DEL PUEBLO DE OAXACA EN LOS AÑOS 2006 Y 2007	
Sobre el derecho a la justicia: • Esclarecer los casos documentados sobre desaparición forzada. • Iniciar indagatorias en contra de diversos funcionarios del Poder Ejecutivo local y municipales, relacionados con funciones de gobierno, procuración de justicia y seguridad pública. • Reconocer la imprescriptibilidad de los delitos cometidos hacia las víctimas y valorar su calificación como crímenes de lesa humanidad. • Revisar diversas acciones penales emprendidas en contra dos expresidentes de la República. • Buscar fosas y la exhumar los cadáveres.	Sobre medidas legislativas: • Impulsar acciones legislativas orientadas a impulsar una nueva institucionalidad y un nuevo pacto político. • Armonizar la legislación en materia de atención a víctimas, por parte del Poder Legislativo y la instalación del Sistema Estatal de Protección a Víctimas.
Sobre medidas de reparación: • Ampliar medidas de reparación integral del daño a través de la restitución, indemnización, rehabilitación, medidas de satisfacción y garantías de no repetición a las víctimas. • Instaurar un Museo de la Memoria sobre los acontecimientos de 2006 y 2007, que tenga como propósito fortalecer los valores de tolerancia, la no violencia y el respeto a los derechos humanos, así que busque advertir sobre los riesgos del olvido y la violencia. • Impulsar desde la Secretaría de Cultura y el Instituto Estatal de Educación Pública, así como la sociedad civil organizada, una cultura de paz y respeto a los derechos humanos.	Sobre medidas preventivas: • Diseñar desde la Defensoría Especializada de Defensores y Periodistas de Oaxaca, protocolos de actuación y medidas cautelares para asegurar los derechos y libertades de periodistas y defensores de derechos humanos. • Proteger y garantizar los derechos humanos y el derecho a la seguridad de la población, a partir del diseño e implementación de políticas públicas integrales que desarrollen acciones específicas y planes estratégicos en el plan operativo, normativo y preventivo. • Regular, por parte de las autoridades federales como el Congreso de la Unión, Secretaría de Gobernación y Comisión Nacional de Seguridad Pública, en el ámbito de sus competencias y atribuciones, mediante leyes y protocolos, los procedimientos policiales que involucran el uso de la fuerza pública.

⁵¹Solalinde Guerra, José Alejandro Jiménez Ramírez, María Patricia y Osorno González, Diego Enrique *Informe de la Comisión de la verdad*, op. cit., nota 49, pp. 794 - 800.

RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN DE LA VERDAD PARA LA INVESTIGACIÓN DE LOS HECHOS QUE MOTIVARON LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS DEL PUEBLO DE OAXACA EN LOS AÑOS 2006 Y 2007	
• Otorgar los recursos materiales y humanos para la reparación integral del daño, la reconciliación con la sociedad, para el acceso a la justicia y a la reparación. • Reparar, de manera simbólica mediante el reconocimiento público de la responsabilidad, un memorial para las víctimas y establecer fechas conmemorativas en actos oficiales.	• Asegurar que las y los servidores públicos actúan en un marco comprensivo de los derechos humanos.
Sobre medidas administrativas o institucionales: • Revisar las conductas de funcionarios de procuración de justicia y seguridad pública. • Iniciar procedimientos administrativos, inhabilitar de la función pública y separar del cargo a funcionarios señalados como responsables de violaciones de derechos humanos, considerando la investigación caso “Oaxaca” 1/2007, realizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. • Revisar, por parte de los Congresos Federal y local, las Contralorías y los Consejos Consultivos, la actuación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y de la Comisión Estatal de Derechos Humanos del estado de Oaxaca. • Facilitar el regreso de personas asiladas en otros países con motivo de las violaciones a derechos humanos y los delitos investigados.	Recomendaciones generales: • Garantizar el derecho a la educación de niñas, niños y adolescentes por parte de la Secretaría de Educación Pública, el instituto Estatal de Educación Pública de Oaxaca y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Educación, y en particular a las Secciones XXII y LIX. • Difundir, a través de la Corporación Oaxaqueña de Radio y Televisión, los contenidos de este Informe en las lenguas indígenas del estado y producir contenidos informativos y pedagógicos de la verdad histórica de Oaxaca. • Implementar programas y políticas diferenciadas, que generen condiciones para la igualdad de trato, oportunidades y derechos a las mujeres. • Incluir, en la currícula del sistema escolar de primaria y secundaria, una materia referida al conflicto social de Oaxaca 2006 y 2007.

Fuente: Elaboración propia.

De esta breve síntesis de los informes de las Comisiones de Guerrero y Oaxaca, que en un caso sobrepasan 200 páginas y en el otro 900 páginas, se desprende el arduo trabajo que realizaron estas entidades para proteger los derechos de las víctimas y garantizar a éstas su derecho a la verdad. Como se concluye del contenido de los informes, garantizar el derecho a la verdad no se agota con medidas relacionadas estrictamente con el derecho de acceso y administración de justicia, sino que puede llegar a involucrar, al menos según estos informes, medidas de prevención y de reparación, pero también medidas de carácter administrativo y legislativo y otras generales.

La transversalidad del derecho a la verdad se impone, de manera tal, que osaría incluso en compararlo con la amplitud que el derecho a la dignidad reporta frente a la generalidad de los derechos humanos. Por esta razón, y dada la importancia que el derecho a la verdad asume para consolidar una sociedad democrática, participativa, informada y que rinde cuentas, considero viable proponer como una opción eficaz para garantizar de mejor manera este derecho: su constitucionalización.

Por qué el reconocimiento de un derecho constitucional a la verdad

La aproximación al derecho a la verdad desde los derechos internacional y comparado, frente a la manera expuesta en que éste ha sido tratado en el derecho mexicano, me genera el interrogante sobre si para una mayor protección y garantía debería estar incorporado en el texto constitucional. En mi opinión, la respuesta es afirmativa.

En primer lugar, considero que el hecho de que las víctimas en sentido amplio y la sociedad en general conozcan lo sucedido, las circunstancias de los hechos, los motivos que los originaron, las responsabilidades y, en su caso, el paradero o destino de las víctimas inmediatas o de sus restos, es un aspecto vinculado a la dignidad humana, pues las víctimas tienen necesidades, deseos e intereses propios que pueden alcanzar sin humillaciones o degradación de su personalidad al conocer la verdad de lo sucedido.⁵² Pienso que esta simple constatación amerita un reconocimiento expreso y separado del derecho a la verdad en el texto constitucional.

En segundo lugar, como se ha presentado en este texto, el control de convencionalidad en el sistema jurídico mexicano es un mecanismo posible, pero igualmente insuficiente para garantizar el derecho a la verdad. Por un lado, los jueces nacionales y las autoridades no retoman en sus decisiones o no consideran en sus acciones los estándares internacionales que algunas convenciones de derechos humanos incorporan, en particular sobre el derecho a la verdad y de las que México hace parte, como es el caso de la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones de personas. Por otro lado, como se expuso, el sistema interamericano de protección de derechos humanos conserva una posición mayoritaria que niega la autonomía a este derecho, pese a los importantes avances en su invocación y al establecimiento de un contenido. Estas carencias hacen, sin duda, necesario que el derecho a la verdad sea incorporado en el texto constitucional para evitar incertidumbres sobre su autonomía y aplicación a todo caso de victimización por vulneración a derechos humanos o delitos.

En tercer lugar, en el sistema jurídico interno, como se pudo observar, el derecho a la verdad está reconocido y desarrollado de manera amplia en leyes generales y en algunas locales, donde se identifica como un derecho independiente y autónomo frente a otros derechos. Sin embargo, esto no ha conducido a que sea protegido y garantizado por los jueces mediante interpretaciones sistemáticas de las leyes internas que lo refieren, como es el caso de la Ley General de Víctimas o la Ley para Prevenir, Eliminar y Sancionar la Desaparición Forzada de Personas y a la Desaparición por Particulares en el Distrito Federal.

Ahora bien, en el ámbito interno persiste la tendencia a vincular o reconocer la protección del derecho a la verdad respecto de ciertos actos (desaparición forzada, tortura o ejecuciones extrajudiciales), pero se puede constatar en los hechos que los supuestos de violaciones a derechos humanos y de la comisión de delitos es amplia, de suerte que este derecho podría extender sus ámbitos de exigibilidad para conocer

⁵²Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, *Tesis Aislada 1a. CCCLXXXI/2015 (10a.)*, México, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* del 4 de diciembre de 2015.

la verdad de lo sucedido; primero, a otras vulneraciones y, segundo, a otros ámbitos del derecho; piénsese en el derecho disciplinario o en el derecho administrativo. Estas evidencias me llevan una vez más a insistir en la pertinencia de constitucionalizar el derecho a la verdad.

En cuarto lugar, el derecho a la verdad está ausente en el apartado de derechos de las víctimas en el texto de la Constitución Federal (artículo 20), de suerte que su aparición expresa en la norma suprema permitiría con mayor facilidad que las personas se enteren de que tienen este derecho y que puedan exigirlo. Además, esto significaría que el derecho a la verdad podría ser garantizado mediante control de constitucionalidad respecto de nuevas leyes que requieran su inclusión y, si se dieran los supuestos respectivos, mediante el amparo. La constitucionalización de este derecho permitiría igualmente que éste pudiera hoy en día ser interpretado de forma amplia por los tribunales mexicanos como, según se presentó, pueden hacerlo la Comisiones de la Verdad desde la perspectiva extrajudicial.

En sexto lugar, y sólo con el ánimo de enunciar algunos argumentos en favor de la constitucionalización de este derecho, estimo que no hay que tener prevención con la posible ampliación del catálogo actual de los derechos humanos. De existir una postura que avalara la síntesis de los derechos o su inmersión en derechos rectores, no hubiera sido posible que del derecho a la libertad emanasen otros derechos, reconocidos en la actualidad como autónomos y necesarios, tales como la libertad de expresión, la libertad de religión, la libertad de tránsito o la libertad de escoger profesión u oficio. Tampoco estimo que la dificultad de diferenciar el contenido de los derechos sea excusa para no emprender esta tarea urgente para las víctimas y la democracia misma, así fue el caso, por ejemplo, cuando se discutió sobre la individualización entre los derechos a la religión, el culto y la conciencia. Otorgar autonomía y reconocimiento constitucional a un derecho humano, brinda la posibilidad de ahondar en su contenido y de concretar el desarrollo del dinamismo de las normas jurídicas.

Una oportunidad excelente para otorgar un carácter constitucional al derecho a la verdad se encuentra en la redacción de la Constitución de la Ciudad de México, en donde bien podría incorporarse, teniendo con ello la oportunidad de conectar y actualizar los derechos humanos con la realidad social que los reclama. Sin embargo, estoy convencido de que este derecho debería figurar de manera expresa en el artículo 20 de la Constitución Federal, por lo que la iniciativa de una reforma es una tarea pendiente que no admite prórrogas de cara a los hechos que afronta el país.

Conclusiones

Las exigencias de las víctimas de violaciones de derechos humanos y de delitos se centran hoy en día prioritariamente en su deseo por conocer la verdad de lo sucedido. Atrás quedó la satisfacción de las víctimas basada en una simple indemnización económica o en la sanción punitiva de los responsables. Las víctimas demandan el derecho a la verdad, pese a que el mismo no está consagrado en la Constitución Federal y cuyo

contenido se vuelve difuso frente al alcance aparente de otros derechos. Es necesario, por consiguiente, retomar con seriedad el debate sobre el derecho a la verdad en México; debate que no se puede limitar sólo al ámbito interno, sino que debe necesariamente considerar parámetros internacionales, regionales y de derecho comparado; en este último caso contrastando lo comparable, es decir, de preferencia sistemas jurídicos estatales de la región de América Latina.

De la evolución del derecho a la verdad, desde sus cimientos hasta su estado actual, queda claro que éste no se limita a situaciones de desaparición forzada, sino que poco a poco se ha extendido, primero a graves violaciones de derechos humanos hasta cubrir en el presente un cuadro amplio de vulneraciones de derechos humanos y delitos entre particulares en los que estos derechos también sean afectados. Incluso hoy se plantea la necesidad de extender el derecho a la verdad a todas las áreas jurídicas, principalmente al derecho disciplinario y al derecho administrativo.

El Estado mexicano ha realizado importantes avances en el reconocimiento y la protección del derecho a la verdad, avances en los que han participado los distintos Poderes Públicos y Comisiones de la Verdad creadas por las autoridades públicas estatales. Sin embargo, se concluye que estos esfuerzos continúan siendo insuficientes, primordialmente, por una falta de interpretación armónica de la normatividad que rige al Estado mexicano e igualmente por una ausencia de claridad sobre la autonomía del derecho a la verdad, el alcance de su contenido, su inmersión y confusión reiterada con otros derechos, así como su asociación como una medida de reparación y de no repetición antes que como un derecho.

Las Comisiones de la Verdad parecen ser una alternativa viable para garantizar la protección plena del derecho a la verdad, pero me cuestiono la razonabilidad de tener que crear una comisión por cada vulneración a los derechos humanos en México, incluso planteando que las mismas se restrinjan a vulneraciones graves y/o colectivas.

Es por ello que la alternativa que he propuesto para profundizar en una mejora de la efectividad de este derecho, sin que con ello se abandonen otros avances, es la consagración constitucional del derecho a la verdad. Esta posibilidad daría sin duda alguna un mayor margen de apreciación a las autoridades públicas, permitiría que la sociedad y, en particular, las víctimas exijan con mayor claridad y fuerza su derecho, y motivaría a la academia a retomar el debate sobre el derecho a la verdad en México.

Bibliografía

Libros

- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *La desaparición forzada de personas en México. Los grandes problemas de México*, México, Cámara de Diputados, Universidad de Nuevo León, septiembre 2008.
- Comisión Colombiana de Juristas, *Derecho a la verdad y Derecho internacional*, Colombia, CCJ, 2012.

- Comité Internacional de la Cruz Roja, *Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, 3a. ed., v. I, Reglas, Reino Unido, University Press, 2009.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Control de Convencionalidad. Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Costa Rica, CIDH, s/a.
- GONZÁLEZ, Eduardo y Varney, Howard, *En búsqueda de la verdad. Elementos para la creación de una comisión de la verdad eficaz*, Nueva York, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2013.
- NAVARRETE GONJÓN, Hilda *et al.*, Comisión de la Verdad del Estado de Guerrero, *Informe final de Actividades*, Comisión de la Verdad del Estado de Guerrero, Guerrero, México, 15 de octubre de 2014.
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Los instrumentos del estado de derecho en las sociedades que salen de un conflicto*, Nueva York-Ginebra, ONU, 2006 (Traducción propia).
- RODRÍGUEZ, Jorge *El derecho a la verdad en la justicia transición española*. España, Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 2014.
- ROMERO PÉREZ, Xiomara L., *Vinculación de las resoluciones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- SOLALINDE GUERRA, José Alejandro, Jiménez Ramírez, María Patricia y Osorno González, Diego Enrique, *Informe de la Comisión de la verdad sobre los hechos que motivaron las violaciones a los derechos humanos al pueblo oaxaqueño en 2006 y 2007*, Oaxaca/México, Comisión de la Verdad de Oaxaca, marzo de 2016.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo *et al.*, *Justicia transicional sin transición. Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá, De Justicia, 2006.

Artículos

- NEWMAN-PONT, Vivian, “¿Falso o verdadero (El derecho a la verdad es norma imperativa internacional?)”, en: *International Law Review*, número 14, Bogotá, enero-junio de 2009.
- ROSAS MARTÍNEZ, Alejandro, “Información y víctimas”, en *Revista Derecho comparado de la información*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, número 21, enero-junio, 2013.

Documentos y resoluciones

- Organización de Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. *Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 2005 [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/60/509/Add.1)]*, 21 de marzo de 2006, (Anexo).
- Organización de Naciones Unidas. Consejo Económico y Social, *Promoción y protección de los derechos humanos, Estudio sobre el derecho a la verdad, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, E/CN.4/2006/91*. ONU, 9 de enero de 2006.
- Organización de Naciones Unidas. Consejo Económico y Social, *Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 2005. Sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/60/509/add.1)*, Naciones Unidas, 21 de marzo de 2006, sexagésimo periodo de sesiones.

Sentencias

- Corte Constitucional de Colombia, *C-014/04*, del 20 de enero de 2004, M.P. Jaime Córdova Triviño.
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C 936/10*, del 23 de noviembre de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-694/15*, del 11 de noviembre de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-418/15*, del 3 de julio de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-576/08*, del 5 de junio de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional de Colombia, *T-367/10*, del 11 de mayo de 2010, del 2 de julio de 2008, M.P. María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional de Colombia. *C-666/08*, del 2 de julio de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Claude Reyes y otros *vs.* Chile”, sentencia del 19 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 151.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Gómez Lund y otros (“Guerrilla do Araguaia”) *vs.* Brasil”, Sentencia (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) del 24 de noviembre de 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “González y otras (“Campo Algodonero”) *vs.* México”, Sentencia (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas) del 16 de noviembre de 2009.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) *vs.* Colombia”, Sentencia Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 14 de noviembre de 2014.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, *Tesis aislada 1a CLXXXVIII (10a)*, México, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, del 19 de junio de 2015.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, *Tesis Aislada 1a. CCCLXXXI/2015 (10a.)*, México, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* del 4 de diciembre de 2015.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, *Tesis Aislada 1a. CCCXXVII/2015 (10a.)*, México, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, del 26 de junio de 2015.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala. Jurisprudencia 1a./ 79/2015 (10a.), México, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, del 11 de diciembre de 2015.
- Tribunales Colegiados de Circuito, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, *Tesis Aislada VI.2o.P4 P (10a.)*, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, de enero de 2013.
- Tribunales Colegiados de Circuito, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, *Tesis Aislada VI.2o.P5 P (10a.)*, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, del 3 de enero de 2013.
- Tribunales Colegiados de Circuito, Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, *Tesis Aislada I.9o.P61 P (10a.)*, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, del 12 de septiembre de 2014.

Planteamiento y aproximación al concepto¹

La protección de datos personales es un derecho humano² —subjetivo, universal y establecido en una disposición de derecho fundamental— de reciente incorporación en México, que suele ser incluido dentro de la categoría de los derechos referentes a las libertades públicas a la cual se adhieren otros derechos como la libertad de expresión, la libertad de imprenta, el derecho de réplica, el derecho de acceso a la información pública, entre otros,³ y que se encuentra contenido en el párrafo segundo del artículo 16 de la Constitución

¹Agradezco su inestimable ayuda para la investigación de este artículo al licenciado Gregorio Barco Vega.

²Denominación que en México se deriva del contenido del primer párrafo del artículo primero de la CPEUM tras histórica reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011. Connotados autores como Miguel Carbonell y Pedro Salazar indican que la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011 significó un nuevo paradigma para el sistema jurídico mexicano, *vid.* Miguel Carbonell Sánchez y Pedro Salazar Ugarte (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011. Otros, como Orozco Henríquez, señalan que la redacción anterior tiene implicaciones jurídicas, teóricas y prácticas y una función didáctica. *Vid.* José de Jesús Orozco Henríquez, “Los derechos humanos y el nuevo artículo 1º constitucional”, *Ius, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, año V, núm. 28, julio-diciembre de 2011, pp. 85-98. La Comisión Nacional de Derechos Humanos, por su parte, dice que se trata de un “Conjunto de prerrogativas sustentadas en la dignidad humana, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona”, disponible en http://www.cndh.org.mx/Que_son_Derechos_Humanos

³Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot *et al.* (coords.), *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas: Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2013.

Sumario

Planteamiento y aproximación al concepto.	567
Individualización conceptual y diferenciación con otros derechos	568
Breve referencia histórica nacional e internacional	573
El derecho a la autodeterminación informativa.	575
¿Qué se entiende por dato personal?	576
Estructura, contenido y relevancia (pasada, presente y futura)	577
Conclusiones y reflexiones a futuro (y presente).	579

Política de los Estados Unidos Mexicanos⁴ (en adelante, también CPEUM):⁵

Artículo 16.

(...) Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros. [...]

Sin embargo, y como veremos en detalle en la exposición posterior, no obstante que internacionalmente goza de una no corta trayectoria, lo cierto es que su comprensión⁶ e individualización no es generalizada, y a menudo su relevancia cualitativa y cuantitativa se ve minusvalorada.

Individualización conceptual y diferenciación con otros derechos

La protección de datos personales es un derecho autónomo e independiente que gira sobre el individuo, la persona física titular de esos datos personales. Y esta autonomía es la que tiene que destacarse por encima de todo. Si sólo se protegieran los datos cuando su tratamiento tiene un impacto en algún otro derecho, como el de la intimidad, la vida privada, el honor, la reputación o la imagen, por ejemplo, este derecho no sería autónomo, en realidad no existiría, porque sólo sería una manifestación de algún otro, una vía o una herramienta por medio de la que se pudiera conculcar otro derecho.

⁴Ernesto Araujo Carranza, “El derecho a la información y la protección de datos personales en el contexto general y su construcción teórica y jurídica, *Ius, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, México, núm. 23, 2009, pp. 174-213, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222963009>

⁵Sin profundizar demasiado entre la denominación de derecho humano y/o fundamental, puesto que la trascendental reforma de junio de 2013 en nuestro país sentenció la denominación de derecho humano a los recogidos en el texto constitucional y/o tratados internacionales. Ferrajoli señala que los derechos humanos son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «status» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”. Vid. Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, España, Editorial Trotta, 2001, pp. 19-56. Sin que, como señala Liguori, esta definición requiera que estén previstos en documentos constitucionales. Vid. Alfonso Liguori, “La teoria dei diritti fondamentali di Luigi Ferrajoli Considerazioni epistemologiche e politiche”, *Jura Gentium, Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2009, disponible en <http://www.juragentium.org/topics/rights/it/liguori.htm> La sistematización positiva en textos constitucionales o tratados internacionales se había requerido por otros autores cuando se hablaba de derechos fundamentales. Vid. Miguel Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, Porrúa, 2007, p. 12.

⁶Ni siquiera por el propio titular que debería ser consciente, o al menos empezar a serlo, de su valor, y comenzar a actuar en consecuencia diligentemente respecto del tratamiento de su información personal decidiendo cada uno personal y conscientemente qué tipo de cuidado y límites desea para su información personal identificable. Este poder de decisión, que implica al mismo tiempo un control, constituye el núcleo esencial del derecho a la protección de datos.

No obstante, muchas veces puede tener, como decíamos, consecuencias en otros derechos,⁷ muy especialmente en el de la intimidad o el derecho a la vida privada, y de ahí que su colocación en nuestro texto constitucional sea en el artículo 16, que comienza afirmando que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento, para continuar, como vimos, en el párrafo segundo, con el derecho a la protección de datos personales en comentario.

En este orden de ideas, nos encontramos con que una de las grandes confusiones es la mezcla de las denominaciones a nivel internacional⁸ de conceptos que son distintos,⁹ y que además tratan de castellanizarse a veces de manera errónea. En castellano, la palabra privacidad fue de reciente aceptación definiéndola el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como “1. Cualidad de privado. 2. Ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión”.

Podemos decir, como regla general, que en los Estados Unidos de América cuando la legislación usa *privacy*, en Europa y en México las legislaciones utilizan la expresión protección de datos personales, mientras que en Estados Unidos cuando emplean la expresión *data protection*, sin incluir personales, se refiere regularmente a cuestiones de seguridad de la información (en general, no de la personal únicamente).¹⁰ Por lo

⁷ Asimismo, es necesario destacar que la garantía de dicho derecho podría encontrar puntos de inflexión frente a otros derechos como el de acceso a la información también reconocido por el texto constitucional. Véase tesis con rubro información confidencial. límite al derecho de acceso a la información (ley federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental), Tesis 1a. VII/2012. (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo I, febrero de 2012, p. 655.

⁸ “De todos los derechos humanos en el ámbito internacional, la privacidad es quizás el más difícil de definir. Las definiciones de privacidad varían considerablemente de acuerdo al contexto y ambiente. En muchos países, el concepto ha sido identificado con el de protección de datos, donde la privacidad se interpreta en términos de gestión de información personal. Fuera de este contexto estricto, la protección de la privacidad es vista con frecuencia como una vía de separar como la sociedad puede interferir en los asuntos de una persona. La falta de una definición única no debería ser vista como un asunto sin importancia. Tal y como un autor señaló, «en un sentido, todos los derechos humanos son aspectos del derecho a la privacidad.»” (Traducción del original) *Vid.* VVAA., *Privacy & Human Rights*. Electronic Privacy Information Center and Privacy International, 1a. ed., 2007. “El concepto de privacidad es muy subjetivo, ya que su interpretación cambia en el tiempo y en el espacio (...). Estas complejidades permitieron a Alan Westin concluir que el concepto es en “parte filosofía, en parte semántica y mucho de pura pasión” (traducido del original). *Vid.* Colin J. Bennet, *Regulating Privacy: Data Protection and Public Policy in Europe and the United States*, Ithaca, Nueva York, Cornell University Press, 1992.

⁹ Señala E. Ferrer Mac-Gregor Poisot, “Ante este estado de cosas, comienza un proceso de internacionalización del derecho constitucional (de los derechos humanos). El derecho internacional que se encontraba fundamentado en las relaciones de los Estados y no en la protección de los individuos, inicia una transformación importante. Surge así el *derecho internacional de los derechos humanos*, donde la interacción entre los derechos internacionales, constitucional y procesal resulta evidente, lo que también provoca nuevos entendimientos con el tradicional concepto de “soberanía” y de los Estados nacionales. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Miguel Carbonell Sánchez y Pedro Salazar Ugarte (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 376.

¹⁰ *Vid.* Lee A. Bygrave, *Privacy and Data Protection in an International Perspective*, Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2010 www.scandinavianlaw.se, y Françoise Gilbert, *Privacy V. Data Protection. What is the Difference?* en <http://www.francoisgilbert.com/2014/10/privacy-v-data-protection-what-is-the-difference/>

tanto, es muy importante siempre añadir el adjetivo personal, porque en realidad lo que se pretende proteger es a la persona.¹¹

El objeto de protección de este derecho es la protección del individuo frente al tratamiento ilícito de sus datos personales, especialmente cuando en dicho tratamiento se utilizan tecnologías de información y comunicaciones, contra la finalidad legítima o lícita para la que dicho tratamiento, en su caso, pueda darse. Los datos no requieren protección. Los individuos a los que conciernen esos datos sí. Los individuos sobre los que se trata esa información son los sujetos protegidos por este derecho.

Es cierto que en muchas ocasiones este derecho puede tener incidencia en algunos otros, o puede solaparse con ellos, como los mencionados, pero lo esencial es distinguir que no se requiere que se atente contra ningún otro derecho, porque éste es autónomo e independiente y de ahí su reconocimiento constitucional.

Porque no sólo se protege la intimidad,¹² o la vida privada, o como se quiera traducir, de las personas. Hay que ir más allá. El derecho a la intimidad es un derecho ya asentado históricamente, y el concepto de “privacidad” se queda corto en relación con lo que tratamos de proteger con este derecho a la protección de datos personales. La intimidad es algo que el sujeto de la misma controla en grado suficiente. Cada quien define qué es íntimo para él mismo (además de los mínimos establecidos en las leyes) y, además, cuando ésta se vulnera puede saberlo con bastante exactitud. Sin embargo, el derecho del que estamos hablando aquí es diferente. Hablamos de la protección de este perfil que se crea utilizando estas nuevas técnicas. Este perfil que el ciudadano incluso llega a no conocer pero, sobre todo, que no controla. El derecho a la intimidad pasa así de una concepción cerrada y estática (libertad negativa) a una abierta y dinámica (libertad positiva),¹³ que implica el reconocimiento no sólo de un derecho, sino de nuevos mecanismos de protección basados en el poder de control del tratamiento de los datos personales.¹⁴

¹¹En Europa los dos instrumentos de protección de derechos humanos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 dedican el artículo 8 del Convenio y el 7 de la Carta se dedican a la protección de la vida privada y familiar, mientras que el artículo 8 de la Carta específicamente se dedica a la protección de los datos personales. El Tribunal Europeo de derechos humanos, que interpreta la aplicación del Convenio, ha considerado que el artículo 8 del Convenio (sobre “privacidad” o vida privada) incluye también a la protección de los datos personales. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que garantiza la protección de los derechos fundamentales, si bien distingue los dos derechos, como lo hace la Carta, no deja de señalar que en muchos casos la vida privada y la protección de datos personales se solapan.

¹²Para un estudio del derecho a la protección jurídica de la intimidad se puede consultar Ángeles Jereño Leal (coord.). *La protección jurídica de la intimidad*, España, Iustel, 2010.

¹³Así, señala la Exposición de Motivos de los Lineamientos de protección de datos de la anterior Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental: “Atendiendo a la evolución que ha ocurrido de la noción tradicional de intimidad o vida privada limitada al derecho de impedir interferencias ajenas, o al derecho a ser dejado solo, hasta el derecho de mantener el control de la propia información y de determinar la forma de construcción de la propia esfera privada que el derecho a la protección de los datos personales se presenta como un elemento esencial para el libre desarrollo de la persona en las sociedades democráticas”.

¹⁴Como señala Aristeo García, la delimitación conceptual del derecho a la intimidad como facultad de aislamiento se ha convertido en un poder de control sobre las informaciones relevantes para cada sujeto. Y así, citando al famoso ex presidente del Tribunal Constitucional Federal Alemán, doctor Benda, “el peligro para la privacidad del individuo no radica en que se acumule información sobre él, sino, más bien, en que pierda la capacidad de disposición sobre ella y respecto a quién

No se trata ya del derecho a ser dejado solo (*the right to be let alone*),¹⁵ del que surge la base conceptual del término *privacy* en Estados Unidos, sino del poder de controlar la información personal¹⁶ y, en concreto, el flujo de la misma.

Podemos afirmar, por tanto, que privacidad, en Estados Unidos, es un término¹⁷ que se utiliza para referirnos al perfil que se puede obtener de una persona con el tratamiento de sus datos personales, que es el término más preciso en nuestra opinión, que se utiliza en México, y que el individuo tiene derecho a exigir que permanezca en su esfera interna.

El derecho a la protección de datos personales se encuentra enraizado individualmente en la dignidad y la libertad humanas,¹⁸ y su relevancia histórica, presente y futura es indiscutible, aunque sea bastante desconocida o minusvalorada. Cada vez más, mediante el tratamiento de nuestra información personal, se nos puede llegar a controlar por terceros, impidiéndonos desarrollar nuestra vida normal, atentando contra nuestra libertad y dignidad como personas. El titular de los datos, corre peligro de convertirse en un ciudadano de vidrio, transparente a ojos de todos.¹⁹

La dignidad humana es el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos²⁰ y representa un valor supremo establecido en el artículo 1º de la CPEUM, en virtud del cual se reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo, cuya plena eficacia debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna.²¹ De acuerdo con lo anterior, se reconoce 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

y con qué objeto se transmite”. Vid. Aristeo García González, “La protección de datos personales: derecho fundamental del siglo XXI. Un estudio comparado”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XL, núm. 120, septiembre-diciembre de 2007, p. 763.

¹⁵En concreto, en un memorable artículo titulado “The Right to Privacy”, partiendo del concepto de propiedad, se desarrolló la base conceptual del término privacidad, en el entorno anglosajón, al enunciar el derecho a ser dejado solo (*the right to be let alone*). En la actualidad, aquella concepción negativa de la privacidad, estática, y basada en la exclusión de terceros a efectos de evitar cualquier tipo de injerencia ha sido superada y se ha convertido en una concepción positiva y dinámica. L. Brandeis y S. Warren, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, Estados Unidos, vol. 4, núm. 5, diciembre de 1890, pp. 193-220, <http://www.jstor.org/stable/1321160>

¹⁶C. Fried, “Privacy”, *Yale Law Journal*, 475, 1968.

¹⁷Westin diferencia cuatro clases de privacidad: soledad; intimidad; anonimato y reserva. Asimismo distingue cuatro funciones de la misma: autonomía personal, relajación emocional, evaluación propia. Vid. Alan Westin, *Privacy and Freedom*, Nueva York, Atheneum, 1967, 487 pp.

¹⁸Y así señala el artículo 1º de la CPEUM (Reformado mediante Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011). Y el artículo 1º de la Carta Europea de Derechos humanos.

¹⁹Rodotà indica que “el «hombre de vidrio» es una metáfora nazi, que refleja la idea de un Estado que puede adueñarse por entero de la vida de las personas, que frente a sí no tiene ciudadanos sino súbditos”. Vid. S. Rodotà, “Democracia y protección de datos”, *Cuadernos de Derecho Público*, Madrid, INAP, núms. 19-20, mayo-diciembre de 2003.

²⁰Tesis I.5o.C. J/30 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo III, octubre de 2011, p. 1528. Vid. también, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, de Emmanuel Kant, donde se reitera que el hombre siempre es un fin en sí mismo, y no un medio.

²¹Tesis I.5o.C. J/31.9a., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo III, octubre de 2011, p. 1529.

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.²²

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que 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. 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.²³

La dignidad humana no sólo es un derecho en sí mismo, sino la base para otros derechos y libertades, entre los que está el derecho a la protección de datos. Es universal, inalienable, irrenunciable, intransferible, imprescriptible e indivisible.²⁴ La privacidad es una parte esencial de la dignidad humana y el derecho a la protección de datos fue concebido originalmente para compensar, en parte, la potencial agresión de dicha privacidad y de la dignidad en sí misma como consecuencia de tratamientos de datos personales intensivos.

Si bien la tecnología puede tener consecuencias muy positivas, tanto en la facilitación de las actividades cotidianas como en las de más largo plazo, si el tratamiento se realiza de manera ilícita puede conllevar también grandes riesgos. Por lo tanto, deviene imprescindible que se instrumenten soluciones jurídicas que protejan al individuo contra esta intromisión ilícita por parte de terceros, ya sean del sector privado o público.²⁵

²²Tesis P. LXV/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXX, diciembre de 2009, p. 8.

²³Tesis 1a. CCCLIV/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, octubre de 2014, p. 602.

²⁴En este sentido, resulta aplicable el criterio emitido por los Tribunales Colegiados de Circuito bajo el rubro principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos, en qué consisten, véase en la Tesis I.4o.A.9 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo I, abril de 2013, p. 2254.

²⁵En los últimos tiempos han adquirido gran notoriedad los casos de vigilancia masiva por parte del Estado. Casos como Wikileaks y Snowden, o como Schrems y Facebook, son ejemplo de ello.

Breve referencia histórica nacional e internacional

En México, como decíamos, el reconocimiento del derecho es relativamente nuevo. A efectos de simplificar la exposición temporal, nos permitimos enlistar a continuación los hitos más relevantes:

1. El 11 de julio de 2002 fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LGTAIPG), actualmente derogada salvo precisamente en lo que se refiera a lo previsto para la protección de datos personales en su Capítulo IV, en tanto en cuanto no se publique la Ley General de Protección de Datos Personales para el Sector Público.²⁶
2. El 11 de junio de 2007 se reforma al artículo 6° constitucional en materia de acceso a la información,²⁷ incorporando la protección de datos personales y el derecho a la vida privada al texto constitucional,²⁸ si bien en referencia al acceso a la información pública.
3. El 1° de junio de 2009, finalmente, se publicó la reforma al artículo 16 de la Constitución que incorpora un párrafo específico, el segundo, sobre el derecho a la protección de datos personales, como hemos visto.
4. El 30 de abril de 2009 se reformó el artículo 73 de la Constitución que atribuyó al Congreso la facultad de legislar en protección de datos para el sector privado, añadiendo la fracción XXIX. O.: “Artículo 73. El Congreso tiene facultad: (...) XXIX O. Para legislar en materia de protección de datos personales en posesión de particulares”.
5. El 1° de julio de 2010 se publicó la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (LFPDPPP) como instrumento normativo específico en dicha materia, y al cual seguiría la publicación de diversa normatividad secundaria.

Estamos a la espera de la publicación de una nueva Ley General de Protección de Datos Personales para el Sector Público.

Como adelantábamos, a nivel internacional existe un recorrido histórico más extenso y detallado, del que ha habido muchos y diversos pasos en el camino normativo

²⁶Además, en materia de protección de datos personales en posesión de los entes públicos se prevé la futura emisión de una Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, misma que se espera vea la luz muy pronto.

²⁷Se adiciona un segundo párrafo con siete fracciones, entre las que destacamos: “II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes; III. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de éstos”.

²⁸Según señala el Dictamen con Proyecto de Decreto por el que se expide la LFPDPPP: “La reforma al artículo 6 de la Constitución Federal plantea diversos nuevos retos a la transparencia gubernamental en nuestro país que se materializaron en siete fracciones. En las tres primeras se establecieron los principios fundamentales que dan contenido básico al derecho, mientras que en las fracciones cuarta, quinta y sexta se plantearon las bases operativas que deberán contener las leyes en la materia para hacer del derecho una realidad viable, efectiva y vigente”.

hasta llegar al amplio desarrollo internacional actual. A pesar de algunos desarrollos incipientes en Estados Unidos que no fructificaron en un sistema comprehensivo después, fue en Europa donde este derecho encontró su germen y desarrollo posterior. Así, podemos citar sin ánimo de exhaustividad o precisión dogmática²⁹ las siguientes disposiciones internacionales:

- El artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948.
- El artículo 8º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y las Libertades Fundamentales, de 1950.
- El artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966.
- La Resolución 509 de la Asamblea del Consejo de Europa sobre derechos humanos y nuevos logros científicos y técnicos, de 1968.
- El artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969.
- Los ampliamente aceptados *Fair Information Practice Principles* (Información (*Notice*), Elección (*Choice*), Acceso (*Access*) y Seguridad (*Security*))³⁰ desarrollados por el Departamento de Sanidad, Educación y Bienestar de los Estados Unidos en 1973.
- Las Resoluciones del Comité de Ministros de 1973 y 1974.
- El Convenio 108 del Consejo de Europa, para la protección de las personas con relación al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal y a la libre circulación de estos datos de 28 de enero de 1981.
- Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (mientras siga vigente).
- El mosaico³¹ de leyes federales y estatales³² que protegen ciertos sectores³³ en Estados Unidos, además de la denominada “autorregulación industrial”.
- La Carta Europea de Derechos Fundamentales (artículo 8).
- La Constitución Europea (artículo I-51 dedicado al derecho a la protección de datos personales).
- El nuevo Reglamento General de Protección de Datos (UE) 2016/679.

²⁹A grandes rasgos, en Europa hay un enfoque social, los principios de protección se establecen en las leyes, el tratamiento de datos se da cuando es necesario, existen autoridades reguladoras independientes, y la protección se extiende a los no nacionales. En Estados Unidos el enfoque es individual, los alcances de la protección se delimitan ante los tribunales, el tratamiento de datos se realiza cuando es conveniente, el mercado es el regulador (con intervención de algún organismo sectorial como la Federal Trade Commission), y sólo se protege a los ciudadanos norteamericanos en sus derechos como consumidores.

³⁰El Informe de la FTC sobre prácticas justas de información en el mercado electrónico de 1998 identificó además de los FIPP el *Enforcement*. Vid. *Privacy on Line: Fair Information Practices in the Electronic Marketplace. A Report to Congress*, Federal Trade Commission, mayo de 2000.

³¹Robert Ellis Smith, “Compilation of State and Federal Privacy Laws”, *Privacy Journal*, 2002 Edition, pp. v-vi.

³²J. Hutchins, *U.S. Data Breach Notification Law: State by State*, ABA Section of Science & Technology Law, 2007.

³³Así, como leyes sectoriales federales en Estados Unidos podemos citar: Graham Leach Bliley/Financial Services Modernization Act; Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA); Child Online Protection Act (COPA); Electronic Communications Privacy Act (ECPA); Fair Credit Reporting Act (FCRA).

Y, además de estas referencias normativas, existen muchos y muy diferentes esfuerzos de distintas organizaciones internacionales. Reconoceremos aquí los siguientes:

- Las “Directrices relativas a la protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales” de la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) de 1980.
- La Resolución 45/95 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas de 1990.
- El Marco de Privacidad de la Asociación para la Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC).
- El Reglamento de la Red Iberoamericana de Protección de Datos de mayo de 2008.

El derecho a la autodeterminación informativa

En la sentencia de 15 de diciembre de 1983 del Tribunal Constitucional Alemán³⁴ (en adelante STCA), que condujo a que se declararan inconstitucionales algunos artículos de la ley del Censo alemana, se asienta el conocido “derecho a la autodeterminación informativa”.

Este derecho en nuestra opinión resume claramente lo que consistió en gran parte el desarrollo posterior de la normatividad hasta hace relativamente muy poco tiempo: el titular de los datos tiene derecho a decidir cómo y para qué se tratan sus datos.

No obstante, actualmente muchos se están cuestionando si el control del individuo es tan siquiera posible, en el entorno de tratamientos como los de *big data* o inteligencia artificial, y que se debería virar hacia un enfoque basado en la responsabilidad demostrable (o “accountability” por su referencia en inglés) donde el que trata los datos tenga la obligación de demostrar que dicho tratamiento se realiza acorde con los principios de la normatividad y la expectativa razonable del individuo.³⁵

En todo caso, no cabe la menor duda de que la STCA marcó un hito en la defensa de los derechos de la persona a preservar su vida privada, en concreto frente al tratamiento de sus datos personales, donde el TCA señaló que la proliferación de centros de datos había permitido, gracias a los avances tecnológicos, producir “una imagen total y pormenorizada de la persona respectiva —un perfil de la personalidad—, incluso en el ámbito de su intimidad, convirtiéndose así el ciudadano en “hombre de cristal”.”³⁶

Por otro lado, la sentencia del Tribunal Constitucional Español 290/2000, de 30 de noviembre (en adelante “STCE 292/2000”) delimitó lo que hasta hoy es el derecho

³⁴Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 15 de diciembre de 1983, Madrid, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1984, pp. 126 y ss.

³⁵Véase entre otros, A discussion paper exploring potential enhancements to consent under the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, Policy and Research Group of the Office of the Privacy Commissioner of Canada, mayo 2016, en https://www.priv.gc.ca/information/research-recherche/2016/consent_201605_e.asp

³⁶Aristeo González García, *op. cit.*, p. 772.

fundamental de protección de datos en el ordenamiento jurídico español y de gran influencia en otros sistemas legales que se han nutrido de su tradición jurídica, otorgando plena autonomía a este derecho con respecto a otros derechos fundamentales como el de la intimidad personal y familiar.

La STCE define el contenido del derecho y las facultades que se le otorgan al titular de los datos para poder disponer de su información personal sea quien sea el tercero que los posea y los trate. Por lo tanto, dice la STCE, el derecho fundamental de protección de datos garantiza al titular de los datos el control del uso que hacen los terceros de su información personal a través de las instituciones del consentimiento y la información previa.³⁷ A pesar de que, como decíamos, las técnicas y adelantos actuales cuestionen la factibilidad práctica de lo anterior, y se estén alzando voces que clamen por la necesidad de que la responsabilidad del control no se cargue en el titular, muchas veces imposibilitado para ello, sino que vire hacia los responsables del tratamiento, no se puede negar la transcendencia de este precedente jurisprudencial internacional como clave para el asentamiento en la diferenciación del derecho.

¿Qué se entiende por dato personal?

La definición legal que hagamos de dato personal determinará que se aplique la normatividad sobre uno u otro dato. La LFPDPPP³⁸ define en su artículo 3º como dato personal: “Cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable”.³⁹ De esta definición cabe resaltar que:

1. Se trata de una *definición amplia*, pero tampoco es un concepto ilimitado.⁴⁰
2. *La información*: existen una serie de datos personales que todo el mundo identifica como tales, pero queda un gran espectro de información personal sobre la que no se tiene demasiado interés a menudo y que ni tan siquiera se considera como propia.

³⁷Vid. STCE 292/2000, Fundamento Jurídico 6.

³⁸Como simple mención a los orígenes de la definición, expondremos un par de antecedentes en Derecho comparado.

– El Convenio (108) define en la letra a) de su artículo 2 el concepto de datos personales como: “*cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable (“persona concernida”)*”.

– La Directiva 95/46/CE, define en la letra a) del artículo 2 el concepto de datos personales de la siguiente manera: “*toda información sobre una persona física identificada o identificable (el “interesado”); se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social*”.

³⁹La LFTAIPG, que como decíamos sigue vigente en lo que respecta a datos personales, en la fracción II del artículo 3 los define como: “la información concerniente a una persona física, identificada o identificable, entre otra, la relativa a su origen étnico o racial, o que esté referida a las características físicas, morales o emocionales, a su vida afectiva y familiar; domicilio, número telefónico, patrimonio, ideología y opiniones políticas, creencias o convicciones religiosas o filosóficas, los estados de salud físicos o mentales, las preferencias sexuales, u otras análogas que afecten a su intimidad”.

⁴⁰En este sentido, el artículo 3 del RLFPDPPP establece en su último párrafo que “los datos personales podrán estar expresados en forma numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo, concerniente a una persona física identificada o persona física identificable”.

3. *Persona física*: en la normativa mexicana sólo tiene sentido la protección de datos sobre los datos de las personas físicas.⁴¹ Acerca de la información sobre personas morales hablaríamos de otras protecciones jurídicas, pero no de aplicación de la normativa en protección de datos personales.⁴²
4. *Identificada o identificable*: incluso cuando esa persona física sólo pueda ser identificable,⁴³ es decir, aunque no la tengamos identificada actualmente, su información personal sigue siendo protegible.⁴⁴
5. “Entre otra” y “otras análogas que afecten a su intimidad”: en la definición se indican a modo de ejemplo algunos datos o clases de datos que entran dentro del concepto de dato personal, pero no se trata de una lista cerrada.

En conclusión, cualquier información, en cuanto asociada a un titular, es información personal, no por la información en sí, sino por su asociación con la persona física a la que se protege. Así, no se puede hablar de datos personales en sentido neutro, sino que tan sólo adquieren este carácter en cuanto se asocian a un titular.

Estructura, contenido y relevancia (pasada, presente y futura)

Al estar hablando de un derecho humano, recogido en la Constitución en el párrafo segundo de su artículo 16, la normatividad que desarrolla este derecho tiene que estructurarse de manera que se vea protegido y cumplido. La normatividad de desarrollo, y especialmente la referida al sector privado, así como la que está en elaboración para

⁴¹Aunque es un tema muy debatido. La Directiva europea deja abierta la posibilidad de extender la protección a las personas jurídicas también. En Argentina, por ejemplo, la protección se extiende a dichas personas jurídicas. Por otro lado, un problema práctico es el tratamiento de datos “fronterizos” como los empresarios, los profesionistas, los servidores públicos, etc. En cuanto a la consideración de la protección del empresario individual *vid.* VV.AA., “El empresario individual y la LORTAD”, *Actualidad Informática Aranzadi*, núm. 30, Pamplona, Aranzadi, 1999, páginas 1 y ss. Las Guías de Privacidad de APEC ya mencionadas también incluyen únicamente a la persona física o el individuo.

⁴²Otra de las diferenciaciones es que, si bien las personas morales tienen derecho a la privacidad, no a la protección de datos personales, porque uno de sus elementos constitutivos es la dignidad humana y es connatural a las personas físicas y no a las morales. *Vid.* Opinión Consultiva OC-22/16 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf, *Vid.* la tesis de rubro DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA. ES CONNATURAL A LAS PERSONAS FÍSICAS Y NO A LAS MORALES. Tesis, VI.3o.A. J/4 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, tomo III, agosto de 2013, p. 1408.

⁴³*Vid.* Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales del Grupo de Trabajo del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE. WP 136, 01248/07/ES, de 20/06/2007. Disponible en http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/index_en.htm. Con respecto al concepto legal de persona física identificable, la fracción VIII del RLFPDPPP establece que esta última es “Toda persona física cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante cualquier información. No se considera persona física identificable cuando para lograr la identidad de ésta se requieran plazos o actividades desproporcionadas”.

⁴⁴Y, en sentido contrario, si los datos se someten a un procedimiento de disociación, que el artículo 3, fracción VIII de la LFPDPPP define como “el procedimiento mediante el cual los datos personales no pueden asociarse al titular ni permitir, por su estructura, contenido o grado de desagregación, la identificación del mismo”, estos dejan de ser datos personales, porque pierden su característica más esencial, que es identificar o hacer identificable a una persona.

el sector público, configura un conjunto de principios y deberes para el que trata los datos (Principios: licitud, consentimiento, información, calidad, finalidad, lealtad, proporcionalidad y responsabilidad; y Deberes: seguridad y confidencialidad), unos derechos para los titulares (acceder a sus datos, solicitar su rectificación en caso de que sean inadecuados o excesivos, pedir su cancelación, y manifestar su oposición al tratamiento, esto es, el famoso acrónimo ARCO), y unas garantías de protección en caso de que esos derechos se vean infringidos o el tratamiento de los datos personales haya incurrido en algún otro tipo de violación (función de tutela que en la actualidad desempeña en México el Instituto Nacional de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales⁴⁵ —INAI—⁴⁶ y los organismos garantes locales). Así se cierra el círculo o triángulo de la normatividad, de manera que quien trata datos sabe que tiene unas obligaciones y deberes que cumplir, el titular debe saber que su derecho a la autodeterminación informativa se concreta en el ejercicio de unas acciones, y que si el tratamiento se vio vulnerado, o los derechos no atendidos de conformidad con la ley, el Estado tiene unas actividades y procedimientos concretos de tutela.

A pesar de que lo lógico parecería ahondar en el análisis de cada uno de los principios, deberes y derechos anteriores, lo cual sin lugar a dudas resulta muy relevante, nos vamos a permitir la licencia de que este enfoque operativo ceda, dadas las limitaciones de espacio y la relevancia de la publicación que ahora comentamos, a favor de la reflexión sobre la relevancia ontológica del derecho, de su existencia autónoma, de la necesidad de su individualización de otros derechos que parecen muy similares, para evitar caer en esas confusiones, no sin antes resaltar que la normatividad busca que el tratamiento de datos sea leal, legítimo y para fines concretos, respetando los derechos de los titulares.

Es indiscutible que con la aplicación de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC también en adelante) al tratamiento de los datos personales este derecho ha adquirido una mayor importancia, pero ya tiene una trascendencia histórica que hizo que se convirtiera en un elemento individual a proteger. Las barbáricas e inhumanas experiencias históricas del siglo pasado, especialmente en Europa, don-

⁴⁵Como señala J. A. Caballero: “A diferencia del derecho de acceso a información gubernamental, en el caso de protección de datos personales la relación jurídica básica se da entre particulares: el titular del dato y otro particular responsable del tratamiento de los datos. El IFAI se coloca como un tercero que dirime en sede administrativa a través de un proceso administrativo seguido en forma de juicio —pero no jurisdiccional— sobre una posible afectación de datos personales de una persona”. Vid. José Antonio Caballero *et al.*, *El futuro del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales. Consideraciones sobre su autonomía constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3196>

⁴⁶La reforma Constitucional al artículo 6 logró, entre otras cosas, que el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (ahora Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales) transitara de ser un organismo descentralizado a un órgano constitucional autónomo, especializado, imparcial, colegiado, con personalidad jurídica y patrimonio propios y responsable de garantizar el cumplimiento del derecho a la protección de datos personales. En caso de que se vulnera algún principio o deber, o que el titular entienda que no se atendieron sus derechos, el Instituto Nacional de Acceso a la Información y Protección de Datos (INAI), puede actuar de oficio o a petición de parte, para lo que tiene establecidos unos procedimientos por ley (en la LFPDPPP y normatividad de desarrollo), que son el procedimiento de verificación, el de protección de derechos, y el de imposición de sanciones.

de surge este derecho con más fuerza, en las que teniendo como elemento central el tratamiento de información de personas, si bien con métodos no tan avanzados como en la actualidad, se llevaron a cabo atrocidades en masa sin precedentes, en las que, más allá de los exterminios, se despojó a la persona de su dignidad humana, condujo al entendimiento de la necesidad de proteger el tratamiento de información de las personas con fines ilícitos. Si no había listados de personas, no había personas a las que despojar de su calidad humana al encerrarlos, deshumanizarlos, cosificarlos y, en muchos casos, exterminarlos. Por supuesto, podemos ver otra gran cantidad de ejemplos de menor envergadura en cuanto a sus brutales consecuencias, pero no por ello inocuos, por parte del Estado y por parte de las organizaciones de la iniciativa privada, donde se toman decisiones sobre la persona con base en el tratamiento de su información personal.

En la actualidad, con los grandes tratamientos de datos, las aplicaciones de *Big Data*, del llamado Internet de las cosas, de aprendizaje de las máquinas, de robótica y, en general, con la utilización masiva de la informática (o de las TIC en una denominación más actual), aplicadas al tratamiento de la información personal, existe una intromisión amplísima y agresiva en la esfera personal e íntima de las personas. Esta intromisión, que en algunos casos no tiene por qué ser negativa, ni mucho menos ilícita, se percibe como una amenaza potencial y en muchos casos desconocida.

Por lo tanto, si no existe una regulación que ampare⁴⁷ al titular de los datos frente a tratamientos invasivos e ilícitos, la persona queda indefensa ante estas situaciones.⁴⁸

Conclusiones y reflexiones a futuro (y presente)

El derecho a la protección de datos personales es un derecho humano reconocido en nuestra Constitución,⁴⁹ que pertenece a los derechos consustanciales a la personalidad, no se puede prescindir de él. Es un derecho colectivo y/o universal, que afecta a todos, y por el que cada uno de nosotros, titulares de datos, tenemos que luchar, pero, a la vez, podemos demandar protección del Estado, porque el derecho gira en torno al titular, que es el sujeto de la protección, no en torno a los datos.

⁴⁷Pérez Luño señala que “la protección de datos personales tendría por objeto prioritario asegurar el equilibrio de poderes sobre y la participación democrática en los procesos de la información y la comunicación a través de la disciplina de los sistemas de obtención, almacenamiento y transmisión de datos”, Antonio E. Pérez Luño, citado por Francisco Zúñiga Urbina, *El derecho a la intimidad y sus paradigmas*, “Ius et praxis”, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile, año 3, núm. 1, 1997.

⁴⁸S. Bayends, “The Search and Seizure of Computers: are we Sacrificing Personal Privacy for the Advancement of Technology?”, *Drake Law Review*, 2000.

⁴⁹P. Nikken, “En conclusión, lo jurídicamente relevante es que un determinado derecho sea “inherente a la persona humana”. Es por esa razón, y no por el hecho de figurar en el articulado de la Constitución, que esos derechos deben ser considerados como atributos inviolables que, por fuerza de la dignidad humana, deben ser objeto de protección y garantía por parte del Estado. Vid. Pedro, Nikken, “El concepto de derechos humanos”, en Rodolfo Cerdas Cruz y Rafael Nieto Loaiza, *Estudios Básicos de Derechos Humanos I*, San José, Instituto Interamericano de derechos Humanos, 1994, p. 26.

Hoy en día el valor de los datos personales es innegable.⁵⁰ Cualquier actividad, en el más amplio sentido de la palabra, vive hoy en día en gran parte de información personal. El valor añadido más importante es cuánto se conoce al destinatario final.⁵¹

La persona física trasciende al ámbito virtual, en el más extenso sentido de la palabra. Conocemos a muchas personas tan sólo por su vertiente electrónica. Nos relacionamos, profesional y personalmente, con multitud de personas de las que sólo conocemos su identidad electrónica.

Las fronteras de espacio y tiempo que protegían en gran manera la intimidad del individuo se han visto superadas por el uso cotidiano de la tecnología haciendo que la información personal se pueda tratar, comunicar, conservar, manipular, etc., en muy distintos modos y de muy diferentes maneras, conformando una identidad electrónica, un perfil de la persona, que ella misma desconoce o, cuando menos, no controla.

Es aquí donde esta inmensa transformación tecnológica hace que el Derecho tenga que reaccionar y proponer soluciones encaminadas a manejar este escenario en la protección de, no ya la intimidad de las personas, sino de su derecho a la protección de datos personales.

Si este derecho ya había ido adquiriendo una gran importancia, aún de manera un poco imperceptible, la gran cantidad de recolección y tratamiento de datos que en los últimos años ha venido sucediendo, y de manera bastante opaca en muchas ocasiones, hace que la relevancia de la protección del individuo frente al tratamiento agresivo y ubicuo de sus datos personales sea más que nunca urgente.

En este entorno, el “Internet de las cosas”⁵² o el “Big Data”,⁵³ unidos al desarrollo de la inteligencia artificial, o la aplicación de técnicas biométricas que permiten que las aplicaciones informáticas puedan tener habilidades de aprendizaje computacional,

⁵⁰ Así dice Rodotà: “Las tecnologías de la información y de la comunicación están rediseñando el mundo, las relaciones personales, sociales, políticas y económicas. Pero esta transformación tiene un precio. (...) es justamente la información la que viene a constituir ahora la materia prima más importante y que, dentro de la información, los datos personales son especialmente preciados. (...) nuestra propia vida está volviéndose hoy en día un intercambio continuo de informaciones (...) la protección de datos asume una importancia creciente, que la conduce cada vez más hacia el centro del sistema político-institucional”. Stefano Rodotà, *Tecnología y derechos fundamentales*, Agència Catalana de Protecció de Dades, 2004, disponible en www.apd.cat

⁵¹ Vid. R. Posner, “The Economics of Privacy”, *The American Economic Review*, vol. 71, núm. 2, mayo de 1981.

⁵² En el Internet de las cosas, o de las personas, o de todo, cuando actualmente nos encontramos ante la proliferación de aparatos interconectados, que generan, intercambian y obtienen multitud de datos personales, de los usuarios y de terceros, que pueden llevar aparejados grandes beneficios, y que de hecho son imparables, la privacidad, propia y de terceros, se ve en entredicho. Por supuesto, como decíamos, pueden conllevar grandes y relevantes beneficios, pero el ingente volumen de información personal que se recaba sin duda es de gran interés en la toma de decisiones según el comportamiento detectado, en sectores como el asegurador, o el de empleo, o muchos otros. Opinión 7/2015 del Supervisor Europeo de Protección de Datos, de 19 de noviembre “Meeting the challenges of big data. A call for transparency, user control, data protection by design and accountability”.

⁵³ El “Big Data” se refiere a la práctica de combinar inmensos volúmenes de información, proveniente de diferentes fuentes, analizarlos, y con frecuencia usar algoritmos que además pueden seguir aprendiendo por su cuenta para ayudar a la toma de decisiones. No siempre la información es personal, porque no siempre se refiere a una persona física identificada o identificable, pero uno de los más importantes valores añadidos del Big Data deriva de monitorear el comportamiento humano de manera colectiva e individual y reside en su potencial predictivo. Opinión 4/2015 del Supervisor Europeo de Protección de Datos, de 11 de septiembre “Towards a new digital ethics. Data, dignity and technology”.

o los hogares inteligentes,⁵⁴ entre otros,⁵⁵ deben revisarse desde distintos entornos y enfoques para crear el entorno adecuado para la protección del individuo en lo que respecta a este tratamiento de datos, desde el Estado y con la colaboración de todos los agentes intervinientes.

La noción misma de dato personal puede muy probablemente cambiar radicalmente con el espectacular desarrollo de la tecnología,⁵⁶ que permite identificar a individuos supuestamente anónimos mediante datos que supuestamente no son personales. La mayoría de las personas ni siquiera se da cuenta de esta potencialidad. Incluso cuando los datos han sido anonimizados, dado el ingente volumen de los mismos y las diferentes fuentes combinadas de las que proceden, identificar a una persona a partir de dichos datos disociados acaba siendo mucho más evidente de lo que puede parecer. En estos tratamientos, por lo tanto, surgen varias preocupaciones en torno a la privacidad, entre las que destacan la falta de transparencia, de equilibrio en la información, y que se puedan ver comprometidos los principios esenciales de la protección de datos personales.

Esperamos que después de estas ideas que hemos ido desgranando sea mucho más factible la relevancia y el posicionamiento real que en la actualidad este derecho debe tener, como la más importante manifestación de derecho humano en el entorno digital, donde cada vez habitamos más, y con más facetas o aristas de nuestra personalidad, y donde, como todo lo demás, sólo somos dígitos, esto es, datos, pero que, unidos a una persona física —identificada o identificable—, pueden tener consecuencias en su dignidad y libertad humanas.

Cada vez son más las voces que se alzan por la necesidad de crear y compartir una *ética internacional común* en relación con el tratamiento de los datos personales, creando unas reglas que todos los agentes involucrados respeten, dada la magnitud, ubicuidad y facilidad de estos tratamientos y las repercusiones en los titulares.

⁵⁴Muy unido a lo anterior, la computación ambiental o invisible, que se refiere a la tecnología que soporta el internet de las cosas, como los “hogares inteligentes” o las “oficinas inteligentes”, que permiten que los consumidores puedan remotamente planificar de manera más eficiente el uso de energía, sin duda conlleva un seguimiento y conocimiento de perfiles de hábitos y consumos de los individuos mucho más sofisticado de lo que hasta el momento conocíamos. *Vid.* Opinión 7/2015 del Supervisor Europeo de Protección de Datos, de 19 de noviembre, ya citada.

⁵⁵Como la multitud de técnicas y actividades que hoy en día son comunes en el mercado: cómputo en la nube, los “nuevos” modelos de negocio cuyo valor añadido, si no único, es el tratamiento de datos personales, como las plataformas de enlace entre iguales, los drones y los vehículos automatizados, o los grandes avances en inteligencia artificial, entre otras cosas.

⁵⁶A pesar del desarrollo en Europa, autores como Rovertto Lattanzi consideran que se trata de un viaje todavía no concluido. *Vid.* Rovertto Lattanzi, “Diritto alla protezione dei dati di carattere personale: Apunti di un viaggio non ancora concluso”, en Aretemi Rallo Lombarte y Rosario García Mahamut (eds.), *Hacia un nuevo derecho europeo de protección de datos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015.

Tecnologías de la información y ejercicio de los derechos humanos

Consideraciones previas

Anterior a la irrupción de Internet, el evento histórico que marcó el curso de la historia de la humanidad fue la Revolución Industrial. Un proceso de grandes magnitudes, ocurrido en el siglo XVIII en el Reino Unido que provocó cambios en la economía, sociedad y tecnología; la máquina de vapor, ícono de aquel acontecimiento histórico, vino a transformar radicalmente a una sociedad acostumbrada al trabajo manual y al uso de animales de tiro para la producción industrial y el transporte de mercancías y personas.

Con el avance de los años, y la incursión en la sociedad de tecnologías cada vez más sofisticadas, que permitieron acortar aún más los tiempos de producción y de traslado entre personas, la Revolución Industrial fue cediendo su portento, primero, a una revolución caracterizada por el empleo de tecnologías análogas, mecánicas y electrónicas, y después a una de mayor calado y mayores proporciones, representada por las tecnologías digitales. Esta última revolución, considerada como la tercera revolución industrial, se ha caracterizado por el desarrollo galopante de nuevas tecnologías de la información y la comunicación, sistemas digitales innovadores que sin duda han venido a reconfigurar la manera en la cual nos relacionamos, comunicamos, actuamos, trabajamos y pensamos.

Esta revolución digital, además, está representada por Internet, una tecnología única en su tipo que de acuerdo a la *Federal Networking Council*, hace referencia a un sistema global de información que cumple con tres características, a saber:

Sumario

Consideraciones previas.	583
Derechos humanos y la red.	586
Derecho a la privacidad y derecho de acceso a la información en Internet . . .	589
Libre expresión y opinión en Internet	595
Consideraciones finales.	598
Bibliografía.	599

1. Un sistema relacionado lógicamente por un único espacio de direcciones global basado en el protocolo de Internet (conocido como IP) o en sus extensiones;
2. Un sistema capaz de soportar comunicaciones utilizando para ello protocolos TCP/IP o sus extensiones u otros protocolos compatibles con el protocolo de Internet, y
3. Un sistema que usa, provee, o hace accesible, privada o públicamente, servicios de alto nivel en capas y otras infraestructuras relacionadas.¹

En efecto, estas tres características han dado pie para concebir a Internet como una gran red interconectada, global y abierta. Vale la pena señalar, en este sentido, que Internet no depende de un poder centralizado sino que se encuentra distribuido en millares de redes interconectadas dirigidas por proveedores de servicios, compañías individuales, universidades, gobiernos, etcétera.²

La magia, por decirlo de alguna manera, de Internet, reside en su potencial de comunicación y organización para quienes acceden a ella. Dicho de otra manera, Internet es la puerta de entrada para millones de personas no sólo para consumir contenidos, sino también para crearlos y difundirlos. Este aspecto, a su vez, ha sido el causante de que la red de redes -como también es conocida Internet- sea la punta de lanza de esta tercera revolución industrial:

Si la tecnología de información es el equivalente histórico de lo que supuso la electricidad en la era industrial, en nuestra era podríamos comparar a Internet con la red eléctrica y el motor eléctrico, dada su capacidad para distribuir el poder de la información por todos los ámbitos de la actividad humana.³

Dicha capacidad de Internet para distribuir el poder de la información ha tomado, con el transcurso de los años, más notoriedad; cada vez son más las personas, por ejemplo, que prefieren recurrir a medios de comunicación digital para acceder a información noticiosa y de entretenimiento. Y lo anterior no es para sorprendernos, pues frente al nulo nivel de interactividad y colaboración ofrecidos por los medios convencionales, Internet se ha posicionado como un medio capaz, no solamente de conectar a millones de personas, sino de crear ambientes de colaboración horizontal idóneos para la generación de condiciones de igualdad entre los competidores.

Internet también es una red en crecimiento. En 1995, el número de usuarios de la red de redes era menor a los 20 millones.⁴ Conforme fueron saliendo y comercializándose nuevos avances de la informática y se amplió la gama de proveedores de servicios de Internet, la estadística fue en aumento. Ahora, en el año 2016, de acuerdo a la Unión

¹The Networking and Information Technology Research and Development Program, *Definition of Internet*, 1995, disponible en https://www.nitrd.gov/fnc/Internet_res.aspx

²Internet Society, *Cómo funciona Internet*, disponible en <http://www.internetsociety.org/es/c%C3%B3mo-funciona>.

³Castells, Manuel, *La Galaxia Internet*, Barcelona, Areté, 2001, p. 15.

⁴Tubella I Casadevall, Imma y Vilaseca I Requena, Jordi (coords.), *Sociedad del Conocimiento, como cambia el mundo ante nuestros ojos*, Barcelona, Editorial UOC, 2005, p. 49.

Internacional de Telecomunicaciones (UIT), se estima que la cifra global de personas conectadas a Internet sea de 3,200 millones.⁵ Como es de esperarse, la cifra crecerá año con año, para el 2020, por ejemplo, Microsoft augura que el número alcanzará los 4,000 millones de internautas.⁶

Las ventajas de mantenerse conectado son amplias. Una de las más significativas, sin duda, es el hecho de que con un solo clic podemos acceder a todo un cúmulo de información y conocimiento a la carta. De hecho, según un estudio del 2010, se estima que el 95% de toda la información existente en el planeta se encuentra digitalizada y accesible, en su mayor parte, en Internet⁷. La sencillez para acceder a dicha información, por principio de cuentas, ha sido el detonante para mejorar paulatinamente la calidad de vida de las personas.

Ahora bien, que Internet, y en general las nuevas tecnologías, sean potenciadoras de la calidad de las personas y las sociedades es algo que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ya preveía en varios de sus documentos oficiales. Por ejemplo, en la Resolución 56/183 aprobada el 21 de diciembre de 2001 la ONU reconoció la necesidad de aprovechar las posibilidades que ofrecen los conocimientos y la tecnología para promover los objetivos fijados en la Declaración del Milenio, la cual tuvo como objetivo resolver, o al menos aminorar, ocho problemas de índole mundial, como la pobreza, y la propagación del SIDA, por ejemplo.

Derivado de la resolución 56/183, la ONU aprobó la celebración de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (CMSI), un evento internacional que estuvo a cargo de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y que fue realizado en dos fases. La primera de ellas, realizada en Ginebra, Suiza del 10 al 12 de diciembre de 2003, y la segunda en Túnez, realizada del 16 al 18 de noviembre de 2005. Aunado a las dos fases de la CMSI, se encuentra el CMSI+10, celebrado el 15 y 16 de diciembre de 2015 para revisar los resultados de los objetivos y renovar los acuerdos pactados en Ginebra y Túnez.

Dicha Cumbre, acogió a gobiernos nacionales, organizaciones de la sociedad civil, sector privado y a la ONU y sus organismos especializados para abordar diversas cuestiones relativas a las tecnologías de la información y la comunicación. Resalta, además, con motivo de la primera fase de la CMSI, el deseo y compromiso de los participantes de:

[...] construir una Sociedad de la Información centrada en la persona, integradora y orientada al desarrollo, en que todos puedan crear, consultar, utilizar y compartir la información y el conocimiento, para que las personas, las comunidades y los pueblos puedan emplear plenamente sus posibilidades en la promoción de su desarrollo sostenible y en la mejora de su calidad de vida, sobre la base de los propósitos y principios de la Carta de las Na-

⁵ International Telecommunication Union, *ICT Facts & Figures*, disponible en <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/facts/ICTFactsFigures2015.pdf>.

⁶ Kleiner, Aaron et al., *Linking Cybersecurity Policy and Performance*, disponible en <http://www.microsoft.com/en-us/download/confirmation.aspx?id=36523&gt>.

⁷ Castells, Manuel, *Cambio, el impacto de Internet en la sociedad: una perspectiva global*, disponible en <https://www.bbvaopenmind.com/wp-content/uploads/2014/03/BBVA-Comunicaci%C3%B3n-Cultura-Manuel-Castells-El-impacto-de-internet-en-la-sociedad-una-perspectiva-global.pdf>.

ciones Unidas y respetando plenamente y defendiendo la Declaración Universal de Derechos Humanos.⁸

Derivado de la segunda fase de la CMSI, y como muestra del compromiso para desarrollar una Sociedad de la Información, los participantes solicitaron al Secretario General de las Naciones Unidas que convocara para el segundo trimestre de 2006 al Foro para la Gobernanza de Internet (IGF, por su acrónimo para *Internet Governance Forum*), un espacio multilateral, democrático y transparente que tiene como finalidad debatir temas relativos a las políticas públicas para consolidar la gobernanza de internet, con el fin de contribuir a la sostenibilidad, la solidez, la seguridad y el desarrollo de la red de redes.

Las discusiones abordadas en el IGF tienden a analizar los marcos regulatorios y las políticas públicas, los riesgos emergentes, los problemas globales, así como las mejores y peores prácticas que han sido adoptadas, todo en torno a Internet. Vale recalcar que el IGF no adopta resoluciones ni acuerdos de ningún tipo. En cambio, lo que busca es propiciar un entorno que facilite el discurso entre gobiernos, organizaciones no gubernamentales, compañías privadas, especialistas técnicos y sociedad civil interesados en temas de Gobernanza de Internet.

Con lo anterior como contexto, es que cada año⁹, desde el 2006, se celebra este importante Foro, en el cual se abordan temas coyunturales relacionados con Internet. La agenda varía en cada edición del IGF. En su más reciente edición, por ejemplo, la agenda tuvo como tema central *La Evolución de la Gobernanza de Internet, fortaleciendo el Desarrollo Sostenible* y como subtemas, entre otros, los relativos a Internet y Derechos Humanos, Ciberseguridad y Confianza Digital, Inclusión y Diversidad, Economía Digital, etcétera.¹⁰

Todo lo ya señalado sirve como prueba inequívoca de que en la actualidad, tanto Internet como las nuevas tecnologías, son conceptualizadas como instrumentos potenciadores de la calidad de vida humana y el desarrollo de los pueblos. Desde el mirador del Derecho, sin embargo, Internet y las nuevas tecnologías también representan un serio desafío de cara al ejercicio de los derechos humanos, en especial los relativos a la privacidad, el acceso a la información y la libertad de expresión.

Derechos humanos y la red

Los derechos humanos son exigencias fundamentales que puede plantear cualquier ser humano por el simple hecho de serlo. Son inherentes a todas las personas, sin discriminación por motivo alguno. Estos deben ser satisfechos, toda vez que refieren a unas

⁸ Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, *Documento WSIS-03/GENEVA/4-S*, 2004, disponible en <http://www.itu.int/net/wsisis/docs/geneva/official/dop-es.html>.

⁹ Cabe hacer hincapié que en diciembre de 2016 el IGF tendrá verificativo en México.

¹⁰ Internet Governance Forum, *The 10th Internet Governance Forum (IGF) Chair's Summary*, Joao Pessoa, Brasil, 2015, disponible en http://www.intgovforum.org/cms/10th%20IGF%20Chairs%20Summary_Finalv2.pdf.

necesidades tan básicas, que resultan indispensables para que puedan desarrollarse los seres humanos. Son garantías jurídicas universales que protegen a las personas y los grupos contra acciones y omisiones que interfieren con las libertades, los derechos fundamentales y la dignidad humana.¹¹ Constituyen atributos inherentes a la dignidad humana superiores al poder del Estado. Reconociendo un carácter único y excepcional de todo ser humano que debe ser respetado y protegido, de forma íntegra, sin excepción alguna.¹²

El principio de universalidad es la piedra angular del derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido los Estados tienen el deber, con independencia de sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.¹³ La obligación de protección exige a los Estados impedir abusos contra los derechos humanos de individuos y grupos. La obligación de realizarlos significa que los Estados deben adoptar medidas positivas que faciliten el disfrute de los derechos humanos. De igual forma, los derechos humanos se encuentran interrelacionados y son interdependientes e indivisibles. En consecuencia, el avance de uno facilita el de los demás. De la misma forma que la privación de un derecho afecta de forma negativa a los demás, son iguales y no discriminatorios.¹⁴

La *Declaración y Programa de Acción de Viena* (1993), reconoce que los derechos humanos y las libertades fundamentales son *patrimonio innato de todos los seres humanos*. Y si bien, su promoción y protección recae principalmente en los Estados, las personas, como sujetos centrales de los derechos humanos y las libertades fundamentales, no sólo deben ser el principal beneficiario de estos derechos, sino que también deben participar de forma activa en su realización.¹⁵

En la actualidad, debido a la importancia que tiene en todos los ámbitos del desarrollo humano, mucho se ha discutido en torno a si Internet, o más bien, su acceso, debe ser reconocido como un derecho humano. Más allá de esta discusión, una cosa es cierta, Internet se desarrolla como una herramienta básica en la vida diaria a través de la cual las personas ejercen sus derechos humanos, sin limitación de fronteras ni espacio. Las redes que dan vida a Internet no conocen espacios delimitados, sino conexiones comunicativas, canalizaciones infraestructurales de flujos. Es por ello que debemos comenzar a pensar que los bordes ya no están donde estaban, en ese lugar

¹¹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (OACNUDH), *20 claves para conocer y comprender mejor los Derechos Humanos*, México, OACNUDH, 2011, p. 6.

¹² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Caballero Ochoa, José Luis, “Nomenclatura y universalidad de los derechos; reconocimiento de derechos y garantías; restricciones”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo et al. (coords.), *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, tomo I, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación/UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas/Konrad Adenauer Stiftung, 2013, p. 5.

¹³ Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU), *Declaración y Programa de Acción de Viena*, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, ONU Doc. a/CONF.157/23, p. 19, http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf

¹⁴ Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *¿Qué son los derechos humanos?*, <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>

¹⁵ AGNU, *Declaración y Programa de Acción de Viena*, cit., p. 15.

institucionalizado donde acababa una soberanía y empezaba otra.¹⁶ Con internet las fronteras ya no están demarcadas por la territorialidad.

Al inicio de este artículo hacíamos mención de que Internet se caracteriza por no ser propiedad de nadie. A diferencia de otras redes tradicionales como pueden ser la radio y la televisión, Internet se encuentra dirigida por los usuarios, quienes diariamente crean gran parte su contenido. Asimismo, Internet ha generado un espacio en torno al cual las personas han desarrollado un sentido de pertenencia, adaptándola como la nueva forma de espacio público, en donde diariamente se comparten ideas, pensamientos, además de información. Ahí radica el enorme crecimiento y aceptación que ha fomentado el crecimiento exponencial de Internet, el sentido de pertenencia que los usuarios tenemos.

Cada uno conformamos y alimentamos a la enorme red que significa Internet. Lo que nos permite sentirnos, en parte, propietarios de la misma. En la actualidad Internet continúa creciendo. Por otro lado, el perfil de las personas que en un inicio empleaban Internet se ha ido diversificando. En el aspecto tecnológico, la manera en que hoy accedemos a la red es híbrida. Se accede a través de numerosos dispositivos electrónicos, la computadora ha cedido su protagonismo a nuevas tecnologías como los teléfonos móviles inteligentes y otros sistemas inalámbricos o vinculados a la banda ancha, lo que ha fomentado el crecimiento exponencial de Internet.¹⁷

En la Cumbre del Milenio de la ONU se hizo énfasis en que la Sociedad de la Información debe contribuir a mejorar la vida de todos los ciudadanos, una forma de hacerlo es a través de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) para el fomento a la democracia, transparencia, responsabilidad y gobierno eficaz.¹⁸

A nivel regional, en la Resolución AG/RES.2702 (XLII-O/12) intitulada *Utilización de las Telecomunicaciones/Tecnologías de la Información y la Comunicación para crear una Sociedad de la Información integradora* (aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2012), la Organización de Estados Americanos (OEA), reconoció la importancia de las TIC para el desarrollo político, económico, social y cultural, así como un factor esencial para la reducción de la pobreza, la creación de empleo, la protección ambiental y para la prevención y mitigación de catástrofes naturales¹⁹.

En el año 2015, dentro del 70° aniversario de la ONU, la Asamblea General adoptó un nuevo programa de desarrollo sostenible y un nuevo acuerdo mundial sobre el cambio climático. Derivado de lo anterior se adoptaron 17 Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS). Para su cumplimiento, la ONU ha reconocido la importancia de las

¹⁶ Innerarity, Daniel, *Un mundo de todos y de nadie. Piratas, riesgos y redes en el nuevo desorden global*, Barcelona, Paidós, 2013, p. 82.

¹⁷ Badia, Félix, *Internet: situación actual y perspectivas*, Colección de Estudios Económicos, número 28, Barcelona, Ed. La Caixa, 2002, pp. 208-209.

¹⁸ Organización de las Naciones Unidas (ONU), *Objetivos del Desarrollo del Milenio*, <http://www.un.org/es/millenniumgoals/global.shtml>

¹⁹ Organización de los Estados Americanos, *Declaraciones y Resoluciones Aprobadas por la Asamblea General, Utilización de las Telecomunicaciones/Tecnologías de la Información y la Comunicación para crear una Sociedad de la Información integradora*, 2012, p. 33, scm.oas.org/42AG/Documents/VOL_SPA.doc

TIC y la interconexión mundial, como coadyuvantes para superar la brecha digital y desarrollar sociedades del conocimiento.

Derecho a la privacidad y derecho de acceso a la información en Internet

Comunicación e información son dos aspectos de la totalidad de una sociedad. La sociedad no puede ser tal sin la comunicación y no puede transformarse sin la información, ambos aspectos no pueden separarse del estudio de la sociedad global.²⁰ Sin embargo, en esta era del acceso,²¹ el Derecho a la Información, que abarca el derecho a investigar, recibir, difundir información y opiniones por cualquier medio, plasmado en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), la más de las veces colisiona con los derechos a la intimidad, privacidad y protección de datos personales, que también constituyen derechos humanos.

La DUDH refiere en su artículo 12:

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o correspondencia, ni de ataques a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Derecho que también lo encontramos reconocido en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el cual en su artículo 17, establece que *nadie será objeto de injerencias arbitrarias ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación*, además de establecer la obligación, por parte de los Estados, de la protección de la ley efectivo contra tales injerencias. Este instrumento, que ha sido adoptado por 168 estados, se presenta como mínimo un nivel que debe alcanzarse y a menudo refleja una norma de derecho consuetudinario.²² En el mismo tenor tenemos el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que entre otros rubros menciona lo siguiente:

1. ...
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

²⁰ Araujo Carranza, Ernesto, *El Derecho a la Información y la Protección de Datos Personales en México*, Porrúa, México, 2009, p. 13.

²¹ Rifkin, Jeremy, *La era del acceso. La revolución de la nueva economía*, Barcelona, Paidós, 2013.

²² Kayne, David, 2015, A/HRC/29/32. *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Organización de las Naciones Unidas, párrafo 15, p. 7.

El derecho a la privacidad también tiene reconocimiento en diversos instrumentos internacionales como: la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 16),²³ la Convención para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales europeo (art. 8),²⁴ la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01) (artículo 7).²⁵ Corolario de lo anterior se colige que al amparo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los Estados tienen la obligación de respetar la privacidad de las personas, al mismo tiempo que deben velar porque esta no se encuentre mermada de forma arbitraria por conductas de terceros.

Debido a que los derechos a la vida privada y a la libertad de expresión son tan fundamentales para la dignidad humana y la gobernanza democrática, las restricciones deben delimitarse de cerca, estar establecidas en la ley y aplicarse en sentido estricto y sólo en circunstancias excepcionales. *En la era digital, proteger estos derechos exige una vigilancia excepcional.*²⁶

Los individuos gozan de los mismos derechos humanos en el mundo *online* que en el mundo *off line*, este reconocimiento fue manifestado por la ONU en la Resolución 68/167, aprobada el 28 de diciembre del año 2013, denominada *El derecho a la privacidad en la era digital*. En ella señala que los derechos humanos deben prevalecer, con independencia del medio. Además exhortó a los Estados a respetar y proteger el derecho a la privacidad, así como a las comunicaciones digitales y la recopilación de datos personales. Este reconocimiento ha sido adoptado en reiteradas ocasiones por la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU), la OEA, por la Comisión Europea y por los Estados. En este sentido, existe un reconocimiento internacional sobre la necesidad de que los Derechos Humanos deban ser garantizados y protegidos en el contexto de Internet.²⁷

²³ El artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño, refiere: *1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.*

El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

²⁴ Artículo 8. *Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*

No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

²⁵ Artículo 7. *Respeto de la vida privada y familiar. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.*

²⁶ Kayne, David, *op. cit.*, p. 15.

²⁷ Mismo reconocimiento se ha realizado en los siguientes documentos: *Declaración Conjunta sobre Antiterrorismo, Radiodifusión e Internet* (20 de noviembre de 2001), donde se reconoce que: *El derecho a la libertad de expresión rige tanto para Internet como para los demás medios de comunicaciones*; *La Declaración Conjunta Sobre Internet y sobre Medidas Anti-Terroristas* (21 de diciembre de 2005), en donde reconoce *la gran y cada vez mayor importancia de Internet como un vehículo para facilitar en la práctica el libre flujo de información e ideas que yacen en el corazón del derecho a la libertad de expresión*; *Declaración conjunta del décimo aniversario: Diez desafíos claves para la libertad de expresión en la próxima década* (2 de febrero de 2010), la cual destaca *el gigantesco potencial que ofrece Internet como herramienta para ejercer la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información*; *Declaración Conjunta sobre Wikileaks* (21 de diciembre de 2010), la cual, al amparo de los derechos de libertad de expresión y el derecho de acceso a la información, reconoce que: *los bloqueos o*

El derecho a la intimidad nos permite salvaguardar qué carácter de nuestra vida queremos compartir, el derecho a la protección de datos personales consiste en ese derecho a la disposición de nuestra información, lo que se ha dado en llamar el derecho a la autodeterminación informativa. Tal y como lo reconoció el Tribunal Constitucional español en su sentencia de fecha 292/2000, de 30 de noviembre.²⁸ El Tribunal diferenció entre el derecho de una persona de tener control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y el derecho del afectado, con el cual se identifica el derecho de protección de los datos personales, con el derecho de ser protegido en nuestra persona frente a cualquier invasión que pueda realizarse en éste ámbito de la vida personal y familiar, que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de intromisiones de terceros contra su voluntad, lo que constituye el derecho a nuestra intimidad.

En el ámbito regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha reconocido la protección contra injerencias arbitrarias o abusivas en el ámbito personal, el honor y familiar. La Corte IDH se ha pronunciado en el sentido de que *el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública*.²⁹ En este contexto, también ha establecido que el ámbito de la privacidad comprende *el controlar difusión de información personal hacia el público*,³⁰ reconociendo de esta forma el derecho a controlar información sobre uno mismo o de autorregulación informativa. Por tanto se ha determinado como una obligación para los Estados, la adopción de medidas que aseguren el referido derecho.³¹

El derecho a la privacidad no es algo nuevo. Sin embargo, con el empleo de Internet, se potencializa la forma en que pueden surgir injerencias a nuestra privacidad. El tema privacidad ha tomado mayor importancia gracias a las declaraciones vertidas por

sistemas de filtración de Internet no controlados por usuarios finales, impuestos por un proveedor gubernamental o comercial del servicio son una forma de censura previa y no pueden ser justificados; Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet (1 de junio de 2011), en donde se establecen lineamientos para proteger la libertad de expresión en Internet; Declaración Conjunta sobre libertad de expresión en Internet del Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión y la Relatora Especial para la libertad de expresión de la CIDH (20 de enero de 2012); en donde se reconoce que la libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación; Declaración conjunta sobre programas de vigilancia y su impacto en la libertad de expresión (21 de junio de 2013), reconoce la importancia fundamental de comprender que dado el carácter dinámico de los avances en Internet y en la tecnología de las comunicaciones en general, este tipo de vigilancia puede constituir un acto particularmente invasivo que afecta seriamente el derecho a la privacidad y la libertad de pensamiento y expresión.

²⁸ Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre de 2000, Recurso de inconstitucionalidad 1.463/2000, Promovido por el Defensor del Pueblo respecto de los arts. 21.1 y 24.1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, *Vulneración del derecho fundamental a la protección de datos personales. Nulidad parcial de varios preceptos de la Ley Orgánica*, publicado en el Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 4, de 4 de enero de 2001, páginas 104 a 118, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-2001-332>

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, Sentencia de 27 de enero del año 2009, Serie C, número 193, párrafo 55.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Serie C, número 238, párrafo 48.

³¹ *Ibidem*, párrafo 49.

Edward Snowden en el año 2013. Las revelaciones,³² por parte del ex agente de la CIA (*Central Intelligence Agency*), respecto a la violación masiva a la privacidad, derivada de tecnologías de vigilancia (programas PRISM y *XKeyscore*) desarrolladas por la Agencia Nacional de Seguridad (NSA, por su acrónimo en inglés para *National Security Agency*) el gobierno estadounidense fue un despertar para la Comunidad Internacional, respecto a la facilidad con que las nuevas tecnologías pueden ser empleadas para la vigilancia clandestina, la interceptación de comunicaciones y la recopilación de nuestra información personal, de forma tanto nacional como transnacional.

Como parte de lo que se ha denominado el “Efecto Snowden”, el 18 de diciembre del año 2013 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó, sin votación, su Resolución 68/167, sobre *El derecho a la privacidad en la era digital*, antes referida. Además, en dicha Resolución se reconoce que el avance de la tecnología ha acrecentado la capacidad, por parte de los gobiernos, empresas y personas de llevar a cabo actividades de vigilancia, interceptación y recopilación de datos de forma arbitraria. Lo anterior puede conllevar la violación a los derechos humanos. De dicho documento destaca la emisión de un cuestionario el cual fue entregado a los Estados, en relación a la implementación de dicha resolución. Las preguntas formuladas fueron:³³

1. ¿Qué medidas se han tomado a nivel nacional para asegurar el respeto y la protección del derecho a la privacidad, incluido en el contexto de la comunicación digital?
2. ¿Qué medidas fueron adoptadas para prevenir violaciones al derecho a la privacidad, incluidas las que aseguran que la legislación nacional relevante cumplía con las obligaciones de los Estados miembros bajo la legislación internacional?
3. ¿Qué medidas específicas fueron tomadas para asegurar que los procedimientos, prácticas y legislación sobre la vigilancia de las comunicaciones, su interceptación y recolección de datos personales, son coherentes con las obligaciones de los Estados miembros bajo la legislación internacional?
4. ¿Qué medidas han sido adoptadas para establecer y mantener la independencia de los mecanismos efectivos capaces de asegurar la transparencia y rendición de cuentas de las comunicaciones vigiladas por los Estados y la recolección de datos personales?
5. ¿Cualquier otra información sobre la protección y promoción del derecho a la privacidad en el contexto de la vigilancia doméstica y extraterritorial y en la interceptación de las comunicaciones personales, así como en la recolección de datos personales.

El 17 de abril del año 2013 el Relator Especial para la promoción y protección del derecho de libertad de expresión, Frank La Rue,³⁴ presentó un informe, ante la AGNU, en donde advertía sobre las implicaciones de la vigilancia de las comunicaciones, por parte de los Estados, como posibles injerencias en contra de los derechos de privacidad y libertad de expresión. En el documento pone en evidencia la realidad sobre la reco-

³² Publicadas en el mes de junio del año 2013 en los periódicos *The Guardian* y *The Washington Post*.

³³ Vale la pena señalar que México no respondió al cuestionario.

³⁴ La Rue, Frank, *A/HRC/23/40. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, Organización de las Naciones Unidas, 2013, http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A.HRC.23.40_EN.pdf.

lección, almacenamiento, accesibilidad de nuestra información. Destacando las formas en que los Estados pueden llevar a cabo este tipo de vigilancia, a saber: interceptación en tiempo real a través de la intromisión de llamadas telefónicas; la localización de los individuos por medio de servicios de geolocalización, o a través del envío de mensajes de texto y su grabación; el historial de navegación *web* (*web browsing*) o actividad *online*, entre otros.

En el mismo tenor, el documento A/HRC/27/37 de fecha 30 de junio de 2014,³⁵ relativo al Informe de la Oficina de Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, se reconoce que la más de las veces los gobiernos justifican la creación e implementación de programas de vigilancia en atención a motivos de seguridad nacional, en particular en un entorno amenazado por el terrorismo o la delincuencia. En este sentido, desde el punto de vista de lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 17) la seguridad nacional o la prevención de actos terroristas u otros delitos puede ser un “objetivo legítimo”. Sin embargo, refiere el informe, debe existir un criterio de proporcionalidad entre la necesidad de la medida y el beneficio real obtenido por la misma.

En el año 2014, como resultado de la preocupación en torno a los sistemas de vigilancia en masa, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, emitió el informe A/HRC/27/37. En dicho documento se reconoce el aumento en la capacidad, por parte estados, gobiernos y empresas, para realizar actividades de vigilancia, interceptación y recopilación de datos. Incluso, refiere el documento: *la mera existencia de un programa de vigilancia en masa crea, por lo tanto, una injerencia en la privacidad* (párrafo 20).³⁶ En este caso corresponde al Estado el acreditar que dicha injerencia se encuentra fundada y motivada conforme a Derecho.

Atendiendo a la interdependencia de los derechos humanos, el derecho a la privacidad también garantiza e efectivo disfrute de otros derechos, como el de libertad de expresión. Los sistemas de vigilancia en masa pueden atentar contra el libre intercambio y expresión de ideas. Para que las personas puedan ejercer su derecho a la privacidad en las comunicaciones, estas deben garantizar la privacidad, estar libres de injerencias y de ser el caso el anonimato. En este sentido la ONU ha hecho hincapié en que la seguridad de las comunicaciones significa que los individuos deben ser capaces de verificar que sus comunicaciones se reciben únicamente por sus destinatarios, sin interferencia ni alteración alguna, y que las comunicaciones que reciben se encuentran libres de dicha intrusión. El anonimato, por su parte, es uno de los avances más im-

³⁵ Derivado de la solicitud a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, de la elaboración de un informe sobre la protección y la promoción del derecho a la privacidad en el contexto de la vigilancia y la interceptación de las comunicaciones digitales y la recopilación de datos personales en planos nacional e internacional, incluso a gran escala.

³⁶ Organización de las Naciones Unidas, A/HRC/27/37. *El derecho a la privacidad en la era digital. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, 2014, párrafo 20, p. 7.

portantes habilitados por Internet, el cual permite que las personas expresen libremente sus ideas y pensamientos, sin miedo a ser castigados³⁷.

En este entorno, también ha tomado gran relevancia el cifrado de las comunicaciones digitales. Tal y como ha señalado el Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, David Kaye, en el Informe A/HRC/29/32³⁸ (22 de mayo de 2015), en la actualidad el cifrado y el anonimato son las principales vías de seguridad en línea que ofrecen a las personas un medios para proteger su privacidad, al permitirles elaborar y compartir ideas y opiniones, sin injerencia alguna. De esta forma reconoce las implicaciones sobre el uso del cifrado³⁹ y el anonimato como una forma de protección de la privacidad en la era digital.

Dentro del Informe, el Relator reconoce la necesidad de que Internet deba mantenerse abierto y seguro, lo cual figura entre *los principales requisitos para el disfrute de la libertad de expresión en la actualidad* (párrafo 11). En este sentido, afirma que *la capacidad de buscar en la red, elaborar ideas y comunicarse de manera segura es tal vez, para muchos, la única manera de explorar aspectos básicos de su identidad como género, la religión, la etnia, el origen nacional o la sexualidad* (párrafo 12).⁴⁰

En torno a la libertad de expresión en Internet, cabe destacar el monitoreo y bloqueo que se realiza a algunos sitios *web*. Lo que conlleva una violación a dicho derecho. Tal y como se ha reconocido en la *Declaración Conjunta* del Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Protección y Promoción del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, *sobre programas de vigilancia y su impacto en la libertad de expresión*.⁴¹ En dicha declaración se alerta sobre la inadecuada legislación existente en materia de inteligencia y seguridad, frente al desarrollo de las tecnologías en la era digital. En especial sobre los efectos intimidatorios que el acceso indiscriminado sobre la información sobre la comunicación de las personas pueda generar sobre los derechos de libertad de pensamiento y acceso a la información. En relación a la intervención, recolección y uso de información personal, *incluidas todas las limitaciones al derecho de la persona afectada a acceder a información sobre las mismas*,

³⁷ Kayne, David, A/HRC/29/32. *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, Organización de las Naciones Unidas, 2015, <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session29/Pages/ListReports.aspx>

³⁸ *Idem*.

³⁹ El tema del encriptado, tomó mayor relevancia en la conciencia pública derivado de la solicitud de FBI (Federal Bureau of Investigation) hacia la empresa *Apple Inc.*, para colaborar en la investigación de los ataques terroristas que tuvieron verificativo en diciembre del año 2015 en San Bernardino, California. En esa ocasión el FBI solicitaba a la empresa la creación de una versión del sistema operativo de iPhone, que fuera capaz de evadir los sistemas de seguridad, lo que, bajo el argumento de la empresa, dicho software tendría el potencial para desbloquear cualquier dispositivo de esa clase y poner en riesgo la privacidad de sus usuarios. Derivado de la controversia suscitada entre la empresa *Apple Inc.*, y el FBI y como un reconocimiento a la importancia de proteger la privacidad de los usuarios, aplicaciones como WhatsApp han creado un cifrado para proteger las conversaciones.

⁴⁰ Kayne, David, 2015, *op. cit.*, p. 5.

⁴¹ Relator Especial de las Naciones Unidas para la Protección Promoción del Derecho a la Libertad de Opinión y Expresión, Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, *Declaración Conjunta sobre programas de vigilancia y su impacto en la libertad de expresión*, 2013, <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=926&IID=2>

éstas no deben ser arbitrarias o abusivas, por tanto se insta a que estas se encuentren claramente autorizadas por la ley. En este sentido, los límites respecto a la naturaleza, alcance y duración de este tipo de medidas, las razones para ordenarlas, las autoridades competentes para autorizar, ejecutar y supervisarlas y los mecanismos legales para su impugnación, deben estar contemplados en la ley. Y refiere la Declaración:

La vigilancia de las comunicaciones y las injerencias a la privacidad que excedan lo estipulado en la ley, que se orienten a finalidades distintas a las autorizadas por ésta o las que se realicen de manera clandestina deben ser drásticamente sancionadas. Esta injerencia ilegítima incluye aquella realizada por motivos políticos contra periodistas y medios de comunicación independientes.⁴²

No pasa inadvertido que a través de Internet y amparados en la libertad de expresión se manifiestan ideologías basadas en torno a discursos de odio. Los terroristas y delincuentes también emplean esta herramienta para cometer ilícitos, hacer llamamientos de odio o incluso, reclutar seguidores. En este sentido, recientemente en la Comisión Europea en conjunto con *Facebook*, *Twitter* y *YouTube* firmaron el *Code of Conduct on illegal online hate speech*.⁴³ Con la firma de este Código de Conducta, las empresas se comprometen a continuar sus esfuerzos para hacer frente a las expresiones de odio, ilegal, en línea. El Código es el resultado de la declaración conjunta emitida por el Consejo extraordinario de Justicia e Interior, de fecha 24 de marzo del año 2016, en el marco de los ataques terroristas llevados a cabo en Bruselas. En esta Declaración la Comisión se comprometió a *intensificar su trabajo con las empresas de tecnologías de la Información, en particular en el Foro de internet de la unión, para contrarrestar la propaganda terrorista y desarrollar, antes de junio de 2016*.⁴⁴ Dentro de las medidas, se incluye el desarrollo conjunto de procedimientos internos y la capacitación del personal para garantizar la revisión de la mayoría de las notificaciones válidas, para la eliminación de estos mensajes, en menos de 24 horas, y eliminar o desactivar, en su caso, el acceso a dicho contenido.⁴⁵

Libre expresión y opinión en Internet

Tal y como lo ha expresado el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, *Internet, como ningún otro medio de comunicación antes, ha permitido a los individuos comunicarse*

⁴² *Idem*.

⁴³ Comisión Europea, *European Commission and IT Companies announce Code of Conduct on illegal online hate speech*, 2016, <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/24-statement-on-terrorist-attacks-inbrussels-on-22-march/>

⁴⁴ Consejo Europeo, *Joint statement of EU Ministers for Justice and Home Affairs and representatives of EU institutions on the terrorist attacks in Brussels on 22 March 2016*, <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/24-statement-on-terrorist-attacks-inbrussels-on-22-march/>.

⁴⁵ Disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1937_en.htm.

instantáneamente y a bajo costo, y ha tenido un impacto dramático en el periodismo en la forma en que compartimos y accedemos a la información e ideas (párrafo 10).⁴⁶

La DUDH refiere en su artículo 19:

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

El derecho a la libertad de opinión y expresión también se encuentra reconocido en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Dicho instrumento reconoce como parte del derecho de libertad de expresión el: *buscar, recibir y difundir toda clase de informaciones e ideas, de toda índole*, sin fronteras, por cualquier procedimiento de nuestra elección. De igual manera, el mencionado derecho se encuentra plasmado en el artículo 13 de la CADH.

Los instrumentos internacionales referidos no sólo reconocen el derecho de libertad de expresión, sino que establecen el ámbito de protección a través del cual se puede hacer ejercicio de este derecho al referir *cualquier medio de expresión, sin límite de fronteras*. En la actualidad Internet se presenta como el principal medio, atemporal, a través del cual, sin espacios ni fronteras, las personas comparten sus ideas y opiniones.

En el contexto nacional, el artículo sexto constitucional establece que:

La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.⁴⁷

En el párrafo segundo del citado numeral se encuentra reconocido el derecho al *libre acceso a información plural y oportuna*, lo que constituye la base del derecho de acceso a la información. Este derecho, íntimamente ligado con la rendición de cuentas y la transparencia, es un eje fundamental de la democracia. Y continua el párrafo segundo del artículo 6° reconociendo que este derecho abarca la libertad de *buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión*. Como un reconocimiento de la importancia de las TIC, banda ancha e Internet en el ejercicio de nuestro derecho de acceso a la información y a la libre manifestación de ideas, dentro del párrafo tercero del artículo 6° CPEUM el Estado se obliga a garantizar el derecho de acceso a las tecnologías de la información y la comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluidos banda ancha e Internet.⁴⁸

⁴⁶ AGNU, A/66/290. Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de expresión, 2011, p. 5, <http://www.palermo.edu/cele/pdf/onu-informe-2011-esp.pdf>.

⁴⁷ Reformado mediante Decreto Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2013.

⁴⁸ Adicionado mediante Decreto Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2013.

En el año 2011, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Promoción y Protección del derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos para la Libertad de Expresión, y Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) presentaron la *Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión en Internet*.⁴⁹ En este documento se reconoce, principalmente, que la libertad de expresión se aplica del mismo modo en los medios tradicionales de comunicación como en Internet. Además se establecen varios principios generales necesarios para garantizar el efectivo ejercicio de la libertad de expresión en Internet, entre los que destaca lo referente a las restricciones a la libertad de expresión en Internet, las cuales solo serán aplicables cuando cumplan con los estándares internacionales.

En el año 2013, en el documento *La libertad de expresión e Internet*,⁵⁰ la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reconoció la amplitud e importancia del derecho de la libertad de expresión en cualquier sociedad democrática. Derivado de este reconocimiento y con el objetivo de guiar a los gobiernos, órganos legislativos y administrativos, tribunales y la sociedad civil para la adopción de legislación y prácticas en torno al *escenario técnicamente novedoso* que plantea Internet, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión redactó principios generales de protección del derecho de pensamiento y expresión, en el entorno digital.

Con lo anterior como contexto, podemos señalar otros avances que se han producido, a nivel internacional, en torno a Internet y los derechos humanos:

- Relator Especial de Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión (ONU), Representante de la Organización de Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación (OSCE) y Relator Especial para la Libertad de Expresión (OEA): *Declaración Conjunta sobre Antiterrorismo, Radiodifusión e Internet* (20 de noviembre de 2001);
- Relator Especial sobre la Libertad de Opinión y Expresión de la ONU, Representante sobre la Libertad de Prensa de la OSCE, Relator Especial sobre Libertad de Expresión de la OEA: *Declaración Conjunta sobre la regulación de los medios, las restricciones a los periodistas y a la investigación de la corrupción* (18 de diciembre de 2003), de la que destaca que *la manifestación de que cualquier regulación del Internet debe tomar en consideración las características especiales de este medio de comunicación*;

⁴⁹ Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) sobre la Promoción y Protección del derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión *et al*, *Declaración Conjunta Sobre Libertad De Expresión E Internet*, 2011, <http://www.oas.org/es/cidh/expression/showarticle.asp?artID=849>.

⁵⁰ Botero Marino, Catalina, *Libertad de Expresión e Internet*, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, 2013, http://www.oas.org/es/cidh/expression/docs/informes/2014_04_08_internet_web.pdf.

- Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión: *Declaración Conjunta Sobre Internet y sobre Medidas Anti-Terroristas* (21 de diciembre de 2005);
- Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) para la Libertad de los Medios de Comunicación, Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP): *Declaración conjunta del décimo aniversario: Diez desafíos claves para la libertad de expresión en la próxima década* (2 de febrero de 2010);
- Relator Especial de las Naciones Unidas para la Protección y Promoción del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión y Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Declaración Conjunta sobre Wikileaks* (21 de diciembre de 2010);
- Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP): *Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet* (1 de junio de 2011);
- Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión y Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión de Derechos Humanos de la OEA: *Declaración Conjunta sobre libertad de expresión en Internet del Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión y la Relatora Especial para la libertad de expresión de la CIDH* (20 de enero de 2012);
- Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Protección y Promoción del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión y Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA: *Declaración conjunta sobre programas de vigilancia y su impacto en la libertad de expresión* (21 de enero de 2013).

Consideraciones finales

Internet, y en general las nuevas tecnologías, han reconfigurado la forma en la cual nos involucramos, no sólo con el entorno, sino también en el ejercicio de los derechos humanos. Los derechos humanos que antaño sólo eran ejercibles en el mundo físico,

en la actualidad, y gracias a la incursión y socialización de las tecnologías digitales, también es posible ejercerlos en los entornos virtuales. Habida cuenta de estos cambios en su ejercicio, diversas organizaciones internacionales y gobiernos han tenido a bien considerarlos para su protección y debido disfrute por parte de las personas.

La experiencia jurisprudencial, de igual manera, da razones para vislumbrar un futuro con nuevos derechos humanos, o en su caso, con derechos ya existentes que producto del impacto de dichas tecnologías adquirirán nuevos matices, tanto en lo que respecta a su ejercicio como en su protección por parte de los Estados. El punto neural de todo esto, al final de cuentas, es que todos quienes formamos parte de la gran red veamos, por una parte, una Sociedad de la Información consolidada, y por la otra, una mejoría en nuestra calidad de vida producto del ejercicio de derechos como el de la libertad de expresión y opinión y el acceso a la información.

Sin duda, conforme avance el tiempo sabremos si lo anterior se queda en una mera elucubración, o si por el contrario, se convierte en una realidad en la cual estemos involucrados cada uno de los usuarios de nuevas tecnologías, y también quienes sin ser usuarios de ellas, puedan verse beneficiados de manera indirecta. Mientras tanto, la clave residirá en que contemos con un panorama respecto al adecuado ejercicio de nuestros derechos humanos en la red, y lo más importante, que nos involucremos en su defensa y promoción.

Bibliografía

- ARAUJO CARRANZA, Ernesto, *El Derecho a la Información y la Protección de Datos Personales en México*, Porrúa, México, 2009.
- Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU), *Declaración y Programa de Acción de Viena*, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, ONU Doc. a/CONF.157/23, disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf.
- , A/66/290. *Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de expresión*, 2011.
- BADIA, Félix, 2002, “Internet: situación actual y perspectivas”, *Colección de Estudios Económicos*, número 28, Barcelona, Ed. La Caixa.
- BOTERO MARINO, Catalina, *Libertad de Expresión e Internet*, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, 2013, disponible en http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_internet_web.pdf.
- CASTELLS, Manuel, *La Galaxia Internet*, Barcelona, Areté, 2001.
- , Cambio, el impacto de Internet en la sociedad: una perspectiva global, disponible en <https://www.bbvaopenmind.com/wp-content/uploads/2014/03/BBVA-Comuni-caci%C3%B3n-Cultura-Manuel-Castells-El-impacto-de-internet-en-la-sociedad-una-perspectiva-global.pdf>.
- Comisión Europea, *European Commission and IT Companies announce Code of Conduct on illegal online hate speech*, 2016, disponible en <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/24-statement-on-terrorist-attacks-inbrussels-on-22-march/>.

- Consejo Europeo, *Joint statement of EU Ministers for Justice and Home Affairs and representatives of EU institutions on the terrorist attacks in Brussels on 22 March 2016*, disponible en <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/24-statement-on-terrorist-attacks-inbrussels-on-22-march/>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Tristán donoso vs. Panamá*, Sentencia de 27 de enero del año 2009, Serie C, número 193.
- , *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Serie C, número 238.
- Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, *Documento WSIS-03/GENEVA/4-S*, 2004, disponible en <http://www.itu.int/net/wsis/docs/geneva/official/dop-es.html>.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, José Luis Caballero Ochoa y Christian Steiner (coords.), *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, tomo I, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Konrad Adenauer Stiftung, 2013.
- INNERARITY, Daniel, *Un mundo de todos y de nadie. Piratas, riesgos y redes en el nuevo desorden global*, Barcelona, Paidós, 2013.
- International Telecommunication Union, *ICT Facts & Figures*, disponible en <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/facts/ICTFactsFigures2015.pdf>.
- Internet Society, *Cómo funciona Internet*, disponible en <http://www.internetsociety.org/es/c%C3%B3mo-funciona>
- KAYNE, David, *A/HRC/29/32. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Organización de las Naciones Unidas, 2015, disponible en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session29/Pages/ListReports.aspx>.
- KLEINER, Aaron *et al.*, *Linking Cybersecurity Policy and Performance*, disponible en <http://www.microsoft.com/en-us/download/confirmation.aspx?id=36523&gt>.
- LA RUE, Frank, *A/HRC/23/40. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, Organización de las Naciones Unidas, 2013, disponible en http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A.HRC.23.40_EN.pdf.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (OACNUDH), *20 claves para conocer y comprender mejor los Derechos Humanos*, México, OACNUDH, 2011.
- , *¿Qué son los derechos humanos?*, <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU), *Objetivos del Desarrollo del Milenio*, disponible en <http://www.un.org/es/millenniumgoals/global.shtml>.
- , *A/HRC/27/37. El derecho a la privacidad en la era digital*. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2014.
- Organización de los Estados Americanos, *Declaraciones y Resoluciones Aprobadas por la Asamblea General, Utilización de las Telecomunicaciones/Tecnologías de la Información y la Comunicación para crear una Sociedad de la Información integradora*, 2012, disponible en scm.oas.org/42AG/Documentos/VOL_SPA.doc.
- Relator Especial de las Naciones Unidas para la promoción del derecho a la libertad de opinión y expresión, relatora especial para la libertad de expresión de la comisión interamericana de derechos humanos de la OEA, *Declaración Conjunta sobre programas de*

vigilancia y su impacto en la libertad de expresión, 2013, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=926&IID=2>.

Relator especial de las Naciones Unidas (ONU) sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, representante para la libertad de los medios de comunicación de la organización para la seguridad y la cooperación en Europa (OSCE), relatora especial de la organización de estados americanos (OEA) para la libertad de expresión, y relatora especial sobre libertad de expresión y acceso a la información de la comisión africana de derechos humanos y de los pueblos (CADHP), *Declaración Conjunta Sobre Libertad de Expresión e Internet*, 2011, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849>.

RIFKIN, Jeremy, *La era del acceso. La revolución de la nueva economía*, Barcelona, Paidós, 2013. The Networking and Information Technology Research and Development Program, *Definition of Internet*, disponible en https://www.nitrd.gov/fnc/Internet_res.aspx

Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre de 2000. Recurso de inconstitucionalidad 1.463/2000. Promovido por el Defensor del Pueblo respecto de los arts. 21.1 y 24.1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, *Vulneración del derecho fundamental a la protección de datos personales. Nulidad parcial de varios preceptos de la Ley Orgánica*, publicado en el Boletín Oficial del Estado (BOE) núm. 4, de 4 de enero de 2001, páginas 104 a 118, disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-2001-332>.

TUBELLA CASADEVALL, Imma y Vilaseca Requena, Jordi (coords.), *Sociedad del Conocimiento, como cambia el mundo ante nuestros ojos*, Barcelona, Editorial UOC, 2005, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1937_en.htm.

Libertad de expresión en materia electoral. Artículo 6°

Democracia,
libertad de expresión y elecciones

La libertad de expresión protege la facultad de difundir y recibir información, opiniones e ideas mediante medios verbales y no verbales, y tiene una relación estrecha con otros derechos, entre ellos los derechos de participación política de votar, ser votado, reunión, asociación y afiliación. En términos generales, el contenido de la libertad de expresión, sus alcances y límites a su ejercicio están definidos por el ordenamiento nacional e internacional, así como por los criterios interpretativos que orientan y guían la práctica judicial, así como de los diferentes operadores jurídicos.

En términos generales, la libertad de expresión es un elemento esencial de los sistemas democráticos. Así lo reconoce la doctrina y la jurisprudencia nacional, internacional y comparada; a través de dicha libertad se construye el debate público y se conforma la opinión pública en torno a las elecciones, partidos y candidaturas. Esta libertad implica dos aspectos o dimensiones: uno activo, referido a la libertad de expresar la propia opinión, esto es, su dimensión individual, y otro pasivo, que corresponde a su dimensión social, relacionado con la posibilidad de recibir la información de otros para considerarse, de modo comprensivo, como una libertad comunicativa.¹ Desde esta perspectiva, no hay democracia sin debate público ni debate público sin libertad de expresión, libertad de los medios de comunicación y libertad de información. Sólo a partir

Sumario

Democracia, libertad de expresión y elecciones	603
Contenido normativo de la libertad de expresión en materia electoral	604
El modelo de comunicación político-electoral	606
La doctrina nacional e internacional sobre libertad de expresión en materia electoral	607
La noción de propaganda electoral	612
La práctica judicial de la Sala Superior del Tribunal Electoral	613
Comentario final	618
Bibliografía	619

¹ Cfr. Dieter Grimm, "Freedom of Speech in a Globalized World", en Ivan Hare y James Weinstein (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, p. 14.

de la conformación de un debate público robusto se garantiza la participación política de la ciudadanía de manera libre e informada.

En el ámbito electoral, la libertad de expresión tiene tres ámbitos claros de ejercicio: el primero, vinculado a la propaganda política y electoral que emiten los partidos políticos, dirigentes, militantes y simpatizantes, para difundir sus ideologías, plataformas y propuestas, así como para emitir mensajes con miras a la obtención de una precandidatura, candidatura, el triunfo en una elección o la crítica a un adversario político. El segundo se relaciona con la tarea a cargo de los medios masivos de comunicación de difundir información veraz e imparcial sobre los procesos políticos. El tercero estaría vinculado a la expresión libre de opiniones de la ciudadanía en general para difundir sus ideas políticas, así como respecto de su derecho a recibir información plural y suficiente para la emisión de un voto informado, libre y consciente. Adicionalmente, además de la propaganda en sentido estricto, la libertad de expresión en los procesos electorales se relaciona con toda aquella actividad que fomente el debate público y genere información relevante para el electorado, como es la celebración de debates, entrevistas y encuestas, entre otras formas de comunicación, incluidas las nuevas tecnologías de la información y comunicación. Con ello se procura también la transparencia en el desarrollo de las elecciones y en sus resultados.

La libertad de expresión se incluyó como derecho positivo mexicano en la Constitución de 1857; texto que se trasladó íntegro a la vigente Constitución de 1917 en su artículo 6° constitucional. Esta disposición se ha reformado en seis ocasiones. La primera, de 1977, incorporó el derecho a la información; las dos subsecuentes de 2007 delinearon las bases y principios del derecho de acceso a la información pública y se incorporó el derecho de réplica como un derecho de configuración legal. La cuarta reforma de 2013 estableció la obligación del Estado de garantizar el acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones; la quinta, de 2014, amplió los sujetos obligados en materia de transparencia y constitucionalizó al órgano encargado de garantizar el acceso a la información y la protección de datos; finalmente, la sexta reforma, de 2016, estableció un régimen de coordinación entre el órgano garante federal con los órganos fiscalizadores, las autoridades en materia de archivos y con el organismo encargado de regular la captación de información estadística y geográfica, tanto a nivel federal como local.

Contenido normativo de la libertad de expresión en materia electoral

Las diferentes dimensiones del derecho a la libertad de expresión están contenidas en los artículos 6° y 7° constitucionales que, en conjunto, establecen que la manifestación de las ideas no puede ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, salvo que su ejercicio implique la actualización de supuestos específicos, como el ataque a la moral, la afectación a los derechos de terceros, la provocación de un delito o la perturbación del orden público. Lo anterior es congruente con el respeto de otros de-

rechos fundamentales como la honra, la reputación y la dignidad, que deben ser jurídicamente protegidos en tanto límites externos a la libertad de expresión.

El ámbito electoral establece un régimen especial de propaganda político-electoral respecto al denominado “modelo de comunicación política”, derivado de lo dispuesto, sustancialmente, en los artículos 6°, 7°, 41 y 134 constitucionales, a la luz de los artículos 1°, 2°, 3°, 16, 130; por cuanto hace a los principios que rigen la interpretación de los derechos humanos, el pluralismo cultural y el derecho a la propia lengua de los pueblos indígenas y los alcances respecto de sus emisoras comunitarias, el sentido democrático de la educación y las prohibiciones respecto de la propaganda religiosa en materia política; así como 116 y 122, respecto de las elecciones en las entidades federativas y de la Ciudad de México.

El artículo 41 constitucional, a partir de la reforma de 2007, fija, de modo general, las reglas conforme a las cuales se organizarán y desarrollarán los procesos electorales y determina las características del modelo de comunicación política, caracterizado, en sus rasgos más generales, por el acceso permanente de los partidos políticos a la radio y televisión a través de los tiempos que corresponden al Estado, administrados por el Instituto Nacional Electoral (INE), mediante promocionales pautados; por la prohibición de contratar espacios de radio y televisión para partidos y terceros; la restricción a la propaganda gubernamental durante las campañas y a la promoción personalizada de funcionarios públicos, el derecho de réplica y por el establecimiento de un régimen administrativo sancionador y de un sistema de nulidades electorales, como mecanismos de prevención, control y reparación de posibles violaciones tanto al propio modelo como a los derechos humanos de la ciudadanía y los principios que rigen el proceso electoral. Los artículos 116 y 122 estatuyen las directivas conforme a las cuales las entidades federativas y la Ciudad de México organizarán sus procesos electorales y el sistema de medios de impugnación que regirá localmente; y el artículo 134 regula la propaganda gubernamental con el objetivo de impedir que influya indebidamente en las elecciones.

En el contexto internacional, la libertad de expresión está reconocida en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, así como, en el ámbito americano, en la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* (artículo IV) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 13), y se articula con otros derechos reconocidos internacionalmente, como, por ejemplo, el derecho a la privacidad (honra, reputación, vida privada y familiar), el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación. En su conjunto, como se destacó, el derecho a la libertad de expresión no se limita a difundir las ideas, sino que comprende también los derechos a investigar y recibir informaciones y opiniones por cualquier medio, ya sea oral, escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Asimismo, se reconoce que el ejercicio del derecho entraña deberes y responsabilidades especiales y, por tanto, no es un derecho absoluto, y puede estar sujeto a limitaciones legítimas con la finalidad de proteger derechos de terceros, bienes, valores o principios necesarios en una sociedad democrática, siempre que tales restricciones se encuentren previstas en la legislación, procuren un fin legítimo, sean adecuadas, ne-

cesarias y proporcionales respecto al fin que persiguen. Así lo ha reconocido la jurisprudencia nacional e internacional. Asimismo, se reconoce como un aspecto fundamental del derecho a la libertad de expresión que el mismo no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores, así como tampoco puede restringirse por vías o medios indirectos tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

El modelo de comunicación político-electoral

Como se destacó, la reforma electoral de 2007 estableció las bases del actual “modelo de comunicación política” que tiene como ejes principales el derecho de los partidos políticos de acceder permanentemente a los tiempos de radio y televisión que corresponden al Estado y que administra la autoridad electoral nacional a través de pautas de promocionales de 20 segundos para autoridades, y de 30 segundos y uno y dos minutos para partidos y candidaturas independientes, atendiendo a la etapa del proceso electoral (precampaña, inter campaña, campaña o fuera del proceso, en el entendido de que a partir del inicio de las precampañas y hasta el día de la jornada electoral, el INE tendrá a su disposición 48 minutos diarios en cada estación de radio y canal de televisión); la prohibición de que los partidos (o terceras personas) contraten espacios en radio y televisión, así como de la difusión de propaganda gubernamental durante las campañas electorales, quedando prohibida también la promoción personalizada de servidores públicos; también se estableció un régimen de sanciones y la garantía del derecho de réplica respecto de información falsa o inexacta que genere un perjuicio o agravio. En 2014, el marco jurídico en materia de telecomunicaciones se complementó con la emisión de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión estableciendo directivas para la competencia en materia de medios de comunicación.

De acuerdo con dicho modelo, previsto en los artículos 41 y 134 de la Constitución y las leyes generales de Partidos Políticos y de Instituciones y Procedimientos Electorales, así como en las normas reglamentarias, particularmente en el Reglamento de Radio y Televisión en Materia Electoral expedido por la autoridad electoral nacional, dentro de los procesos electorales federales, a partir del inicio de las precampañas y hasta el día de la jornada electoral, el tiempo será distribuido en dos y hasta tres minutos por cada hora de transmisión en cada estación de radio y canal de televisión. En los horarios comprendidos entre las 6 y las 12 horas y entre las 18 y las 24 horas se utilizarán tres minutos por cada hora; en el horario comprendido después de las 12 y hasta antes de las 18 horas se utilizarán dos minutos por cada hora.

Durante las precampañas y campañas electorales federales, el tiempo en radio y televisión, convertido a número de mensajes, asignable a los partidos políticos, se distribuirá entre ellos conforme al siguiente criterio: 30 por ciento del total en forma igualitaria y el 70 por ciento restante en proporción al porcentaje de votos, obtenido

por cada partido político en la elección para diputados federales inmediata anterior; estableciendo un régimen de distribución equitativo para las coaliciones. Los partidos políticos de nuevo registro, tanto nacionales como locales, según sea el caso, participarán solamente en la distribución del 30 por ciento del tiempo, durante la precampaña y la campaña electoral; lo mismo que las candidaturas independientes, que serán tratadas como un partido de nuevo registro, durante las campañas y dividido su tiempo en el número de candidaturas registradas.

La reforma constitucional de 2007 y legal de 2008 tuvieron por objeto limitar la influencia indebida de los medios masivos de comunicación y generar condiciones de equidad en la contienda política evitando la propaganda electoral contratada por terceros, a partir de la administración de los tiempos del Estado por la autoridad electoral y la prohibición general de adquirir tiempos en radio y televisión con fines electorales; el establecimiento de reglas de neutralidad e imparcialidad de la propaganda gubernamental, y de un régimen sancionatorio que abarca partidos, candidatos, concesionarios y cualquier tercero que pase por alto la legislación en la materia.

La doctrina nacional e internacional sobre libertad de expresión en materia electoral

La doctrina y jurisprudencia internacionales

Existe una vasta jurisprudencia nacional, comparada e internacional en materia de libertad de expresión que, de manera coincidente ha destacado su importancia en un régimen democrático. Especial influencia ha tenido la doctrina judicial de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América a partir de nociones como un debate público “robusto, abierto y desinhibido”, la noción de “real malicia”, entre otras, destacando, para estos efectos, como referente ineludible el caso “New York Times *vs.* Sullivan” (1964). Adicionalmente, es reconocida la influencia de la jurisprudencia europea en la materia, así como la doctrina de los tribunales europeo e interamericano de derechos humanos.

La jurisprudencia europea ha reiterado que la libertad de expresión garantiza la difusión de informaciones o ideas que son favorablemente recibidas, así como aquellas consideradas como inofensivas o indiferentes, pero también las que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción de la población, porque esas ideas contrastantes son reflejo del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática (*Caso Handsyde vs. Reino Unido*, 1976). En cuanto a su contenido y alcance, el derecho a la libertad de expresión genera una especial protección a la sustancia de las ideas y a la información transmitida en ellas, pero también a la forma en que se transmiten (caso “De Haels y Gijels *vs.* Bélgica”, 1997). Además, dicha libertad, y los derechos que conlleva, impone al Estado el deber de no interferir en su ejercicio, sin justificación legítima, así como obligaciones positivas de protección, que incluso pueden extenderse a la esfera de relaciones entre particulares (caso “Ozgür Günden *vs.* Turquía”, 2003).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha dispuesto en su jurisprudencia que la libertad de expresión es piedra angular de una sociedad democrática y condición esencial para que ésta esté debidamente informada (entre otros, caso “Olmedo Busto y otros *vs.* Chile”, 2001). A su vez, ha insistido en que, sin una efectiva garantía de la libertad de expresión se debilita el sistema democrático y sufren un quebranto el pluralismo, la tolerancia y se vuelven inoperantes los mecanismos de control y denuncia, lo que es campo fértil para que arraiguen sistemas autoritarios (entre otros, caso “Granier y otros (Radio Caracas Televisión) *vs.* Venezuela, 2015”). Igualmente, el tribunal interamericano ha señalado que el ejercicio efectivo de la libertad de expresión implica “la existencia de prácticas sociales que lo favorezcan”. En esta medida, el Estado debe abstenerse de actuar de manera tal que “propicie, estimule o favorezca o profundice” cierta situación de vulnerabilidad de quienes la ejerzan o intenten ejercerla, por lo que ha de adoptar medidas necesarias y razonables para prevenir y proteger los derechos de quienes se encuentren en situación de “vulnerabilidad” e investigar los hechos que los perjudiquen (caso “Perozo y otros *vs.* Venezuela”, 2009).

Asimismo, la Corte IDH ha reiterado que la libertad de expresión presenta dos dimensiones: la individual y la social. La primera asegura la posibilidad de utilizar cualquier medio idóneo para difundir el pensamiento propio y llevarlo al conocimiento de los demás. La segunda —social— supone que los receptores potenciales del mensaje tienen derecho a recibirlo. Ambas dimensiones deben protegerse simultáneamente, ya que cada una adquiere sentido y plenitud en función de la otra (entre otros, caso “Ricardo Canese *vs.* Paraguay”, 2004).

En el mismo sentido, la Relatoría especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de Naciones Unidas ha destacado que la libre circulación de las ideas es un “requisito básico para la promoción de los espacios democráticos” y la libertad de expresión “piedra angular de las sociedades democráticas”, “garantía de procesos electorales libres y limpios” y de discursos públicos “sustantivos y representativos”.² De igual forma, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, órgano supervisor del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, ha enfatizado que la libertad de expresión es una “condición necesaria” para el logro de los principios de transparencia y rendición de cuentas, que a su vez es “necesaria” para la promoción y la protección de los derechos humanos.³

Este mismo comité, en su *Observación General No. 25*, sobre “La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto”, consideró que la libre comunicación de información e ideas acerca de las cuestiones públicas y políticas entre los ciudadanos, los candidatos y los representantes elegidos es indispensable para garantizar el pleno ejercicio de la libertad de expresión para los asuntos públicos y el ejercicio del derecho

² Cfr. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, Doc. A/HRC/26/30, 2 de julio de 2014, párrs. 2, y 10.

³ Cfr. *Observación General No. 34*, Artículo 19. Libertad de opinión y libertad de expresión, CCPR/C/GC/34, 12 de septiembre de 2011, párr. 2.

al voto y ello supone la existencia de una prensa y otros medios de comunicación libres, capaces de comentar cuestiones públicas sin censura ni limitaciones, así como de informar a la opinión pública.⁴

En cuanto a los límites a la libertad de expresión, la Corte IDH ha señalado que el primer requisito que debe satisfacer una restricción es estar establecida en ley, como medio para asegurar que ésta quede al libre arbitrio del poder público; el segundo, que resulte “necesaria” para asegurar el respeto a los derechos o reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas, siempre que se oriente a satisfacer un interés público imperativo, debiendo ser, además, “proporcional” y “justificada” con respecto al objetivo buscado. En cuanto a este último elemento, la proporcionalidad, de acuerdo con la Corte IDH: 1) la restricción debe justificarse en objetivos colectivos que sean preponderantes, con respecto a la necesidad social del pleno goce del derecho; 2) la restricción debe ajustarse al interés que lo justifica y al logro de ese objetivo legítimo, y 3) que el derecho no se limite más de lo estrictamente necesario, a efecto de interferir en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión.⁵

Sobre las violaciones conexas y las restricciones indirectas, la Corte IDH ha señalado en diferentes criterios que se puede estar ante una posible violación a la libertad de expresión por medios indirectos o controles particulares, cuando la afectación tiene el propósito de reducir o evitar la manifestación del pensamiento y, ello, trae como consecuencia, una reducción de la esfera general de derechos del sujeto, por medios como la intimidación o la puesta en riesgo de otros derechos, como la vida, la seguridad u otro, contenido dentro del catálogo de derechos y libertades protegidos por la Convención. Asimismo, la Corte IDH ha señalado que las causales de responsabilidad ulterior deben estar “expresa, taxativa y previamente fijadas por la ley”, ser “necesarias” para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas y, no deben, en modo alguno, limitar más allá de lo estrictamente necesario el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa. Asimismo, la Corte IDH ha señalado en diversos criterios que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta.⁶

La doctrina internacional ha destacado sobre el tema de participación en asuntos públicos y el derecho al voto que el derecho a votar en elecciones y referendos debe estar establecido por la ley y las restricciones deben “ser razonables”; no siendo “razonable” restringir el derecho al voto por motivos de discapacidad física, así como

⁴Cfr. *Observación General No. 25*, HRI/CEN/1/Rev.7 at 194 (1996), párr. 25.

⁵Cfr. entre otros, *Opinión Consultiva OC-5/85*, del 13 de noviembre de 1985, párrs. 39, 45 y 46. caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, Sentencia de 31 de agosto de 2004, párr. 96.

⁶Cfr. entre otros, *Opinión Consultiva OC-5/85*, del 13 de noviembre de 1985, párrs. 38, 39, 47 y 48; caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, del 31 de agosto de 2004, párrs. 95 y 107; caso *Fonteviechia y D'Amico vs. Argentina*, 29 de noviembre de 2011, párr. 89.

imponer requisitos o restricciones relacionadas con la “capacidad de leer y escribir”, el nivel de instrucción o la situación económica o la afiliación política a un partido.⁷

Por su parte, la Relatoría Especial de Naciones Unidas sobre libertad de expresión ha señalado que en un contexto de elecciones y comunicaciones políticas debe darse una atención especial a la libertad de expresión de los actores, a saber: los votantes,

que dependen de que se realice el derecho a la libertad de expresión para recibir información completa y exacta y para expresar su afiliación política sin miedo; los candidatos y las organizaciones políticas, que necesitan ejercer sus derechos para hacer campaña y transmitir su mensaje político libremente, sin interferencias o ataques; y los medios de comunicación, que se basan en el derecho a la libertad de expresión para cumplir su esencial función democrática de informar al público, realizar un atento seguimiento de los partidos y programas políticos, y constituirse en un mecanismo de contrapeso y control en relación con el proceso electoral,

ya que, continúa el propio relator, los retos a los que se enfrenta la promoción y protección de la libertad de expresión “como la censura, la violencia contra los periodistas, los discursos que incitan al odio, la discriminación y la violencia política” son persistentes en la sociedad y aumentan “en frecuencia y gravedad”, durante los procesos electorales. De este modo, en el tema electoral, toda restricción a la libertad de expresión se orienta al fortalecimiento del sistema democrático a través de la equidad en la contienda, la libertad del sufragio y la autenticidad de las elecciones. En virtud de ello, la Sala Superior ha establecido criterios relevantes, jurisprudencias y precedentes (sentencias), que van enfocados a garantizar la libertad del voto, de forma que los factores externos —la presencia de propaganda calumniosa, ilegal, o que sea contratada en contra de las reglas del modelo de comunicación política— que rodean su ejercicio puedan eliminarse o, cuando menos, limitarse hasta un nivel en que provoquen el menor daño posible y no afecten los resultados o promuevan la nulidad de los mismos, por ponerse en riesgo la voluntad del elector.⁸

La doctrina judicial en México: aspectos relevantes

En México, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la libertad de expresión y el derecho a la información son derechos fundamentales, indispensables para la formación de la opinión pública y componentes necesarios para el funcionamiento de una democracia representativa.⁹ Asimismo, como lo reconoce la juris-

⁷ Cfr. *Observación General No. 25*, HRI/GEN/1/Rev.7 at 194 (1996), párr. 10.

⁸ Cfr. *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue*, Doc. A/HRC/26/30, 2 de julio de 2014, párrs. 11 y 12.

⁹ Jurisprudencia P/J. 24/2007 con rubro: LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LOS ARTÍCULOS 6º. Y 7º. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECEN DERECHOS FUNDAMENTALES DEL ESTADO DE DERECHO. [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su *Gaceta*; XXV, mayo de 2007; p. 1522.

prudencia internacional y comparada, ha precisado que existe una doble dimensión, individual y colectiva, de la libertad de expresión vinculada al derecho de acceso a la información.¹⁰

Dentro de la misma línea argumentativa, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) ha señalado la necesidad de maximizar el debate político al reiterar que la importancia de la libertad de expresión e información es mayor en el contexto del debate político, por lo que, en dicho contexto, se ensancha el margen de tolerancia frente a juicios valorativos, apreciaciones o aseveraciones respecto de temas de interés público en una sociedad democrática. Bajo esa premisa, no se considera una transgresión a la normativa electoral la manifestación de ideas, expresiones u opiniones que, apreciadas contextualmente, permiten la formación de una opinión pública libre, la consolidación del sistema político y el fomento de una auténtica cultura democrática, sin rebasar el derecho a la honra y dignidad reconocidos como derechos fundamentales, que constituyen límites legítimos de éstos.¹¹

Sobre el tema de la censura, el TEPJF ha subrayado que las autoridades no están facultadas para implementar mecanismos que intenten excluir, de forma previa, expresiones que se emitan en el contexto del debate, por medio de acuerdos generales que exijan que las expresiones contenidas en la propaganda política cuenten con sustento o apoyo, ya que ello supera las limitaciones que establece la ley, la Constitución y los tratados internacionales.¹² En este sentido se pronuncia también la *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al señalar, en su Principio 7, que “condicionamientos previos, tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales”.

En el caso de México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y otros tribunales federales han reiterado el carácter no absoluto de la libertad de expresión. Asimismo, de modo particular, han fijado los límites a esta libertad fundamental, de acuerdo con las restricciones que traza la propia norma constitucional. Acorde con esta

¹⁰ Así lo destacó la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en la Acción de inconstitucionalidad 45/2006 y su acumulada, y, en el mismo sentido, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) se ha pronunciado sobre esta doble dimensión, véase, entre otras, las sentencias emitidas en los expedientes SUP-JRC-175/2005; SUP-JRC-179/2005 y acumulado, y SUP-RAP-62/2008.

¹¹ Tesis de jurisprudencia 11/2008, con el rubro: LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. SU MAXIMIZACIÓN EN EL CONTEXTO DEL DEBATE PÚBLICO. Este criterio se corresponde con los adoptados por instancias internacionales, tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Ricardo Canese*, de 31 de agosto de 2004, Serie C, No. 11; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso “*Lepojić vs. Serbia*”, de 31 de marzo de 2008, en los que se ha enfatizado la importancia de la libertad de expresión e información en el debate público y en los periodos de campaña electoral, así como reconocido que el derecho a la honra y dignidad es un límite a la libertad de expresión que admite un mayor margen de tolerancia tratándose de actores políticos y de temas relacionados con el interés público.

¹² Tesis XII/2009, con el rubro: CENSURA PREVIA. EXISTE CUANDO LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA SUJETA, DE MANERA ANTICIPADA, LAS EXPRESIONES QUE SE HACEN EN LA PROPAGANDA POLÍTICA, A UNA RESTRICCIÓN DISTINTA A LAS PREVISTAS EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL Y LEGAL, Cuarta Época, Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 2, Número 4, 2009, páginas 33 y 34.

lógica, la libertad de expresión tiene sus límites generales en la moral y las buenas costumbres,¹³ en el honor,¹⁴ en la vida privada¹⁵ y en el orden público.¹⁶

Sobre la importancia de la libertad de expresión en el debate público, el TEPJF, en sintonía con la jurisprudencia interamericana, ha destacado que el derecho a la libertad de expresión e información es uno de los principales mecanismos con que cuenta la sociedad para ejercer un control democrático sobre las personas que tienen a su cargo asuntos de interés público. De igual modo, que la libertad de expresión en sus dos dimensiones, en el marco de la campaña electoral constituye un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral, ya que funciona como herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y se transforma en un instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión (entre otros, SUP-REP-49/2015).

La noción de propaganda electoral

La Sala Superior del TEPJF ha definido la propaganda electoral como aquella forma de comunicación persuasiva que puede tener una doble finalidad: obtener el voto a favor de una propuesta política o desalentar otra preferencia. En este sentido, se considera propaganda electoral a todo acto de difusión (escritos, publicaciones, imágenes, grabaciones, proyecciones y expresiones) que se realice en el marco de una campaña o precampaña comicial, con independencia de que se desenvuelva en el ámbito de la actividad comercial, publicitaria o de promoción empresarial; cuando en su difusión se muestre objetivamente que se efectúa también con la intención de presentar una candidatura ante la ciudadanía, por incluir signos, emblemas y expresiones que identifican a un candidato con un determinado partido político o coalición, aun cuando tales elementos se introduzcan en el mensaje de manera marginal o circunstancial, puesto que lo trascendente es que con ello se promociona una candidatura.¹⁷

¹³ Tesis: 1ª.I./2014. (aislada), con el rubro: LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. FORMA EN QUE LA “MORAL” O “BUENAS COSTUMBRES”, PUEDEN CONSTITUIR RESTRICCIONES LEGÍTIMAS A DICHOS DERECHOS FUNDAMENTALES, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, Primera Sala, libro, febrero de 2014, tomo I, p. 672.

¹⁴ Tesis: I.4º.C.312.C (aislada), con el rubro: DAÑO MORAL TRATÁNDOSE DE AFECTACIÓN AL HONOR POR ABUSO DE LAS LIBERTADES DE INFORMACIÓN Y EXPRESIÓN DEBE ANALIZARSE EL CONTEXTO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, tomo XXXIII, febrero de 2011, p. 2283.

¹⁵ Tesis: 1ª. CXLVIII/2007, con el rubro: VIDA PRIVADA. EL ARTÍCULO 1º DE LA LEY SOBRE DELITOS DE IMPRENTA, AL PROTEGER EL HONOR Y LA REPUTACIÓN FRENTE A CUALQUIER MANIFESTACIÓN O EXPRESIÓN MALICIOSA, NO EXCEDE EL LÍMITE ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 7º DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Primera Sala, tomo XXVI, julio de 2007, p. 272.

¹⁶ Tesis: I.4º.A.11.K (10ª), con el rubro: SUSPENSIÓN. NOCIÓN DE ORDEN PÚBLICO Y SU FINALIDAD, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, libro XV, diciembre de 2012, tomo 2, p. 1575.

¹⁷ Jurisprudencia 37/2010, con el rubro: PROPAGANDA ELECTORAL. COMPRENDE LA DIFUSIÓN COMERCIAL QUE SE REALIZA EN EL CONTEXTO DE UNA CAMPAÑA COMICIAL CUANDO CONTIENE ELEMENTOS QUE REVELAN LA INTENCIÓN DE PROMOVER UNA CANDIDATU-

Asimismo, la propaganda electoral será aquella que busca reducir el número de adeptos, simpatizantes o votos de los otros partidos políticos que intervienen en la contienda electoral, circunstancia que puede provocar dos efectos no excluyentes, sino concurrentes: atraer votos en detrimento de los contrincantes, o bien, reducir las preferencias electorales hacia éstos, que podría llegar a provocar abstencionismo en la jornada electoral.¹⁸ La Sala Superior también ha destacado que la propaganda electoral debe propiciar la exposición, desarrollo y discusión ante el electorado de los programas y acciones fijados por los partidos políticos en sus documentos básicos y, particularmente, en la plataforma electoral, con miras a obtener el triunfo en el cargo de elección popular por el cual compitan, debiendo sujetarse dicha propaganda a los principios, valores e ideología política que postulan los partidos o candidaturas, respetar los límites a la libertad de expresión y tener por objeto la divulgación de su ideología, programas, principios e ideas, así como su plataforma electoral.¹⁹

Por otra parte, a diferencia de la propaganda electoral, la propaganda política no tiene temporalidad específica, por cuanto tiene como finalidad la presentación de la ideología, principios, valores o programas de un partido político en general, para generar, transformar o confirmar opiniones a favor de ideas y creencias, o bien, realizar una invitación a los ciudadanos a formar parte del mismo, con el objeto de promover la participación del pueblo en la vida democrática del país o incrementar el número de sus afiliados.²⁰

La práctica judicial de la Sala Superior del Tribunal Electoral

La Sala Superior del TEPJF ha resuelto una serie de asuntos y fijado criterios relacionados con límites estructurales o sustanciales de la libertad de expresión impuestos por el modelo de comunicación política. Así, destacan los aspectos vinculados con la indebida contratación de tiempos en radio y televisión con fines electorales; la simulación informativa; las denuncias por calumnia, la utilización de símbolos religiosos en la propaganda electoral o violaciones al principio de neutralidad (limitaciones a la propaganda gubernamental y a la promoción personalizada de servidores públicos); así como casos relacionados con el uso indebido de la pauta por actos anticipados, confusión al electorado, indebido uso de pautas federales o locales en una elección diversa a la que corresponden; por no identificar la existencia de una coalición; por posicionamiento indebido o sobreexposición de dirigentes partidistas, o por la promoción in-

RA ANTE LA CIUDADANÍA, Cuarta Época, Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, TEPJF, Año 3, Número 7, 2010, pp. 31 y 32.

¹⁸ Tesis CXX/2002, con el rubro: PROPAGANDA ELECTORAL. FINALIDADES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIHUAHUA Y SIMILARES), Tercera Época, Justicia Electoral. Revista del TEPJF, Suplemento 6, año 2003, p. 181.

¹⁹ *Idem*. Así lo dispone la legislación electoral en su artículo 242.4, al señalar que tanto la propaganda electoral como las actividades de campaña, “deberán propiciar la exposición, desarrollo y discusión ante el electorado de los programas y acciones fijados por los partidos políticos en sus documentos básicos y, particularmente, en la plataforma electoral que para la elección en cuestión hubieren registrado”.

²⁰ Entre otros, véase, SUP-REP-18/2016.

debida de candidaturas independientes en la propaganda de los partidos, entre otros supuestos.²¹

Así, por ejemplo, por cuanto hace a las limitaciones estructurales del modelo de comunicación política, se destaca el aspecto vinculado a la contratación indebida de propaganda en radio y televisión que ha sido uno de los ámbitos que han tenido más desarrollo jurisprudencial.

Contratación de propaganda con fines electorales. Como se destacó, la reforma electoral de 2007 impuso la prohibición general de comprar o adquirir tiempos en radio y televisión, dotando de mayores atribuciones a la autoridad electoral para administrar y vigilar la relación de los partidos con los medios de comunicación y con el uso del financiamiento, situación que permaneció constante con la reforma constitucional y legal de 2014.²²

Conforme a esta normativa, la Sala Superior del TEPJF ha establecido que la restricción de contratar propaganda política-electoral en radio y televisión, en el territorio nacional o extranjero, dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular, no implica la transgresión a las libertades constitucionales de expresión, información y comercial de los concesionarios, toda vez que es una prohibición fijada por el Constituyente Permanente en términos de lo que establece la constitución.²³

Sobre la obligación de los concesionarios y permisionarios de radio y televisión de transmitir los promocionales de los partidos políticos y las autoridades electorales federales y locales, la Sala Superior del TEPJF ha precisado también que la obligación de transmitir los mensajes de las autoridades electorales y partidos políticos es ineludible y que ni siquiera la autoridad electoral administrativa puede establecer criterios para dejar de transmitir tales mensajes, con independencia del tipo de programación y la forma en que la transmitan, ya que el orden normativo no señala causa alguna de exclusión o excepción.²⁴

²¹ Véase, por ejemplo, respectivamente: SUP-RAP-234/2009 y acumulados; Jurisprudencia 29/2010: RADIO Y TELEVISIÓN. LA AUTÉNTICA LABOR DE INFORMACIÓN NO CONTRAVIENE LA PROHIBICIÓN DE ADQUIRIR O CONTRATAR TIEMPO; SUP-REP-51/2016; JURISPRUDENCIA XVII/2011: SÍMBOLOS RELIGIOSOS. SU INCLUSIÓN EN LA PROPAGANDA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN GRAVE A DISPOSICIONES JURÍDICAS DE ORDEN E INTERÉS PÚBLICO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO Y SIMILARES); JURISPRUDENCIA 39/2010: PROPAGANDA RELIGIOSA CON FINES ELECTORALES. ESTÁ PROHIBIDA POR LA LEGISLACIÓN; TESIS V/2016: PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD. LO DEBEN OBSERVAR LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES (LEGISLACIÓN DE COLIMA); SUP-REP-392/2015; TESIS VI/2014: RADIO Y TELEVISIÓN. LOS TIEMPOS DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS DEBEN DESTINARSE EXCLUSIVAMENTE A LAS ELECCIONES A QUE FUERON ASIGNADOS; SUP-REP-483/2015; SUP-REP-170/2015, Y TESIS LII/2015: CANDIDATOS INDEPENDIENTES. LA PROPAGANDA ELECTORAL QUE DIFUNDAN DEBE APARTARSE DE LA QUE REALICEN LOS PARTIDOS POLÍTICOS O SUS CANDIDATOS.

²² El 10 de febrero de 2014 se publicó en el DOF el “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia política-electoral”. El 23 de mayo de 2014, se publicó el Decreto por el que se expide la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales; y se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

²³ Jurisprudencia 30/2009, con el rubro: RADIO Y TELEVISIÓN. LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR PROPAGANDA ELECTORAL NO TRANSGREDE LAS LIBERTADES CONSTITUCIONALES DE LOS CONCESIONARIOS, Cuarta Época, Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, TEPJF, año 3, núm. 5, 2010, pp. 45 y 46.

²⁴ Tesis XXIII/2009, con el rubro: RADIO Y TELEVISIÓN. EL INSTITUTO FEDERAL ELECTORAL CARECE DE ATRIBUCIONES PARA EXIMIR A LOS CONCESIONARIOS Y PERMISIONARIOS DE SU OBLIGACIÓN DE TRANSMITIR LOS MENSAJES DE LAS AUTORIDADES ELECTORALES

En cuanto a la actualización de la falta, la Sala Superior estableció que no es necesario acreditar la celebración de un contrato específico para determinar responsabilidad, pues la infracción se actualiza cuando se realice la difusión de la propaganda de contenido político o electoral que favorezca a un candidato o partido político mediante la divulgación de su propuesta, ideología o emblema, con independencia de si el concesionario o permisionario recibió o no pago por ello.²⁵

En cuanto a la vía para determinar responsabilidades por contratación de propaganda con fines electorales, la Sala Superior ha señalado que el procedimiento especial sancionador (PES) es la vía idónea y corresponde a la autoridad administrativa electoral la facultad de ordenar, como medida cautelar, la suspensión de la transmisión de propaganda política o electoral en radio y televisión, con el objetivo de evitar la vulneración de los principios rectores en materia electoral; daños irreversibles que pudieran ocasionarse a los actores políticos y, en general, la afectación de bienes jurídicos tutelados constitucional y legalmente.²⁶ Asimismo, la reforma de 2014 trasladó las facultades de resolución de los procedimientos especiales sancionatorios del Consejo General del INE, antes Instituto Federal Electoral (IFE), a la Sala Regional Especializada del TEPJF, la cual resuelve el fondo del procedimiento, de tal forma que corresponde a la Unidad Técnica de lo Contencioso Electoral adscrita a la Secretaría Ejecutiva del INE, la instrucción del procedimiento y la revisión de las sentencias de la Sala Especializada son impugnables mediante el recurso de revisión del procedimiento especial sancionador (REP) ante la Sala Superior.

Por cuanto hace al ámbito material de la prohibición, ésta abarca tres aspectos: el criterio de identidad; el territorial y el objetivo. El primero se refiere a que los partidos políticos, coaliciones y candidatos no deben utilizar los tiempos que les son asignados para promocionar la imagen de candidatos postulados por otros partidos o coaliciones, ya que ello podría generar una exposición desigual de los contendientes al existir una cobertura desproporcionada en los tiempos otorgados a los institutos políticos y un mayor posicionamiento de alguna de las opciones políticas en detrimento de las restantes al no respetar la asignación de tiempos que hace directamente la autoridad electoral. El criterio territorial implica la prohibición de difundir mensajes electorales contratados en el extranjero, así como la relativa a que los partidos políticos y candidatos no reciban apoyo de partidos políticos extranjeros y el criterio obje-

Y DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS. TEPJF, JURISPRUDENCIAS Y TESIS EN MATERIA ELECTORAL en Compilación 1997-2010, Tesis Volumen 2, p. 154 y Jurisprudencia 21/2010, con el rubro: RADIO Y TELEVISIÓN. LOS CONCESIONARIOS Y PERMISIONARIOS DEBEN DIFUNDIR LOS MENSAJES DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y DE LAS AUTORIDADES ELECTORALES, CON INDEPENDENCIA DEL TIPO DE PROGRAMACIÓN Y LA FORMA EN QUE LA TRANSMITAN. TEPJF, JURISPRUDENCIAS Y TESIS EN MATERIA ELECTORAL en Compilación 1997-2010, Tesis Volumen 1, p. 51.

²⁵ Jurisprudencia 23/2009, con el rubro: RADIO Y TELEVISIÓN. EL INSTITUTO FEDERAL ELECTORAL ES EL ÚNICO FACULTADO PARA ORDENAR LA DIFUSIÓN DE PROPAGANDA POLÍTICA O ELECTORAL, Cuarta Época, Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, TEPJF, Año 3, Número 5, 2010, pp. 42 y 43.

²⁶ Jurisprudencia 26/2010, con el rubro: RADIO Y TELEVISIÓN. REQUISITOS PARA DECRETAR LA SUSPENSIÓN DE LA TRANSMISIÓN DE PROPAGANDA POLÍTICA O ELECTORAL COMO MEDIDA CAUTELAR, Cuarta Época, Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, TEPJF, año 3, núm. 7, 2010, pp. 41 y 42.

tivo se refiere a que la promoción indebida se realiza fuera de la pauta y configura una “encubierta”.²⁷

Respecto de los aspectos sustantivos del modelo, destacan las diferentes denuncias presentadas por supuesta calumnia a las personas o partidos políticos, respecto de los cuales la Sala Superior ha tenido que pronunciarse, ya sea respecto al fondo, revisando los pronunciamientos de la Sala Especializada o respecto de la adopción o negativa de medidas cautelares decretada por la Comisión de Quejas y Denuncias del INE.²⁸

Calumnia en la propaganda política y electoral de candidatas, candidatos y partidos. En cuanto a la manifestación de mensajes negativos o de propaganda de contraste el TEPJF ha sostenido en diversos criterios que el respeto a los derechos de terceros o a la reputación de los demás se reconocen dentro del ejercicio de la libertad de expresión y corresponde al Estado su protección contra injerencias arbitrarias o abusivas en los ámbitos de la vida privada, la familia, el domicilio o la correspondencia, en virtud de que la honra y la dignidad son valores universales construidos con base en la opinión, percepción o buena fama que se tiene de los individuos; de ahí que, a partir del menoscabo o degradación de los atributos de la personalidad, es factible la vulneración de los derechos fundamentales mencionados.²⁹

No obstante, este control debe ejercerse sobre la base de un criterio que no sólo proteja la dimensión individual de la persona supuestamente calumniada, sino también respecto de la importancia del debate público respecto a situaciones o conductas que no obstante ser incómodas o molestas para quien se ve afectado con ellas, requieren de un conocimiento y deliberación por la ciudadanía, particularmente tratándose de cuestiones vinculadas con el ejercicio de un cargo público o posibles actos de corrupción o grave negligencia, siempre que exista una base mínima de veracidad cuando se presentan hechos, de forma tal que no se busque exclusivamente estigmatizar a una persona como base estratégica de campaña, sino fomentar realmente el debate público sobre cuestiones relevantes para el electorado, atendiendo a su derecho a la información.

²⁷ Tesis XVIII/2013, con el rubro: RADIO Y TELEVISIÓN. LOS PARTIDOS POLÍTICOS NO DEBEN UTILIZAR LOS TIEMPOS QUE LES SON ASIGNADOS, PARA PROMOCIONAR LA IMAGEN DE CANDIDATOS POSTULADOS POR OTROS INSTITUTOS POLÍTICOS O COALICIONES, Quinta época, Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, TEPJF, año 6, núm. 13, 2013, pp. 113 y 114.

²⁸ Con la reforma de 2014 se eliminó la expresión “denigrar a las instituciones” tanto de la Constitución, como de la legislación electoral, manteniéndose únicamente la prohibición de emitir expresiones que calumnien a las personas. No obstante, tanto la Sala Especializada como la Sala Superior han considerado que la prohibición de emitir mensajes de propaganda que calumnien a las personas incluyen tanto a las personas físicas como a las jurídicas, cuando con ello se afectan derechos humanos o principios constitucionales, considerando también que la calumnia de una persona o grupo de personas puede realizarse a través de su identificación con alguna institución o partido. Véase, por ejemplo, SUP-REP-131/2015 y SUP-REP-279/2015.

²⁹ Tesis de Jurisprudencia 14/2007, con el rubro HONRA Y REPUTACIÓN. SU TUTELA DURANTE EL DESARROLLO DE UNA CONTESTACIÓN ELECTORAL SE JUSTIFICA POR TRATARSE DE DERECHOS FUNDAMENTALES QUE SE RECONOCEN EN EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, Cuarta Época, Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 1, Número 1, 2008, páginas 24 y 25 y Tesis de jurisprudencia 38/2010, con el rubro: PROPAGANDA POLÍTICA Y ELECTORAL. TIENE COMO LÍMITE LA PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL DE EMPLEAR EXPRESIONES QUE DENIGREN A LAS INSTITUCIONES Y A LOS PARTIDOS POLÍTICOS O QUE CALUMNIEN A LAS PERSONAS, Cuarta Época, Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 3, núm. 7, 2010, pp. 34 y 35.

Por ejemplo, durante el proceso electoral 2015-2016, la Sala Superior resolvió asuntos en los que se denunció la utilización de propaganda calumniosa, por difundir mensajes en los que se acusa a candidatas y candidatos por el mal uso de recursos públicos, enriquecimiento inexplicable o por haber desempeñado una gestión gubernamental ineficiente y, no obstante, no ameritaban su suspensión, en un análisis preliminar con fines cautelares. Tal es el caso del SUP-REP-74/2016, en el que se evaluaron frases como esta: “No podemos permitir que de la noche a la mañana... funcionarios se hagan millonarios con nuestro dinero. El candidato [...] incrementó su fortuna [...] de 19 millones a 77 millones de pesos en 4 años...”. O el SUP-REP-69/2016, que analiza el siguiente mensaje: “Puede resultar cuestionable que alguien que gana 75 mil dólares al año, se compre una propiedad en Nueva York por 58 Millones de dólares [...] Si [el candidato] es capaz de mentir en algo así, imagínate lo que haría, en caso de llegar al poder”. O bien, las que se estudiaron al resolver el SUP-REP-25/2016: “Veracruz está secuestrado por la inseguridad y la corrupción, a esto nos llevaron [el gobernador] y el PRI que son lo mismo, somos millones los que estamos hartos y sólo hay dos caminos, sacarlos del gobierno o dejar que nos sigan hundiendo”.

En contraste, la Sala Superior, al resolver el SUP-REP-86/2016, decidió revocar la decisión del INE de declarar improcedente una medida cautelar en un promocional que incluía segmentos de grabación obtenidos de manera ilícita o aquél que no obstante existía ya un pronunciamiento judicial en el sentido de que el candidato imputado tenía la ciudadanía local; el promocional se refería a él con la frase “no es de aquí”, lo que podría generar confusión en el electorado respecto de una cuestión ya resuelta en definitiva. En el mismo sentido, la Sala determinó retirar la transmisión de un promocional que presentaba a manera de información un supuesto vínculo entre la familia de un candidato y un grupo del crimen organizado sin que existieran realmente elementos mínimos de veracidad de la información presentada, con lo cual se podría estar buscando, más que informar, estigmatizar al candidato sobre la base de hechos falsos presentados como verdaderos (SUP-REP-105/2016).

Otro aspecto relevante vinculado al contenido de la propaganda electoral que se relaciona con la libertad de expresión es la prohibición de realizar actos anticipados de precampaña y campaña. Al respecto, también la Sala Superior ha emitido criterios significativos definiendo el alcance de la expresión “acto anticipado”,³⁰ considerando que la finalidad de la prohibición es proteger el principio de equidad en la contienda y evitar que una opción política obtenga ventaja indebida en relación con otra. Tales actos pueden tener lugar antes de las etapas de precampaña y campaña e, inclusive, antes del inicio del proceso electoral, por lo que su denuncia puede realizarse en cual-

³⁰ De acuerdo con la legislación electoral vigente, los actos anticipados de campaña “son los actos de expresión que se realicen bajo cualquier modalidad y en cualquier momento fuera de la etapa de campañas, que contengan llamados expresos al voto en contra o a favor de una candidatura o un partido, o expresiones que solicitan cualquier tipo de apoyo para contender en el proceso por alguna candidatura o para un partido”. En tanto los anticipados de precampaña son las “expresiones que se realicen bajo cualquier modalidad y en cualquier momento durante el lapso que va desde el inicio del proceso electoral hasta antes del plazo legal para el inicio de las precampañas, que contengan llamados expresos al voto en contra o a favor de una precandidatura”. Artículo 3, párrafo 1, incisos a) y b), de la LEGIPE.

quier tiempo, ante la autoridad administrativa electoral federal.³¹ Este último aspecto ha de interpretarse sobre parámetros de razonabilidad y proporcionalidad temporal y material, atendiendo a las circunstancias de cada caso.

En cuanto a los sujetos que pueden incurrir en actos anticipados de precampaña o campaña, la Sala Superior ha advertido que los partidos, sus dirigentes, aspirantes, precandidatos y candidatos, incluyendo los independientes, tienen el carácter de sujetos activos en la realización de actos anticipados, de modo que pueden ser sancionados, incluso, con la pérdida del derecho a ser registrados o postulados en el proceso o elección de que se trate respecto de aspirantes y precandidatos, circunstancia que no restringe la posibilidad de que otros sujetos sean considerados responsables por afectar el principio de equidad.³² Además, los actos anticipados pueden trascender también al ámbito de fiscalización de las precampañas o campañas electorales.

Comentario final

El sistema electoral mexicano gira en torno a los principios de equidad y autenticidad del sufragio. Cualquier modelo de comunicación política que se establezca debe garantizar, por una parte, la “igualdad de armas” entre competidores y, por el otro, garantizar la libertad de expresión y el derecho a la información de los electores. Un voto libre es un voto informado, esta es la regla que se advierte cuando se analizan los modelos de comunicación, garantizar la pluralidad para que la ciudadanía conozca las alternativas políticas que contienden en el proceso y que debaten y pueda manifestarse al respecto. Los medios de comunicación son el conducto para que los electores estén informados. Esta es una alta responsabilidad que comparten con los partidos políticos, candidaturas independientes y autoridades electorales. El actual modelo de comunicación política fue la reacción institucional para evitar brechas de desigualdad en la contienda política y la forma de promover el discurso abierto, robusto y crítico, que permitiera la difusión de mensajes de contenido frente a los de ataque. En su versión actual, el modelo ha sido objeto de fuertes críticas desde diversas perspectivas. Por un lado, se reclama la imposibilidad de contratación de tiempos en radio y televisión por parte de terceros, asimismo, se cuestiona el modelo de “spotización” a partir de promocionales de 30 segundos de los partidos, antes de incentivar debates o barras de información más completa y útil. El reto, en cualquier escenario es el mismo: maximización del debate público en el marco de las elecciones y, a su vez, garantizar la equidad en la contienda sin que ésta se base en descalificaciones o calumnias injustificadas que generen desinformación en el electorado, pues con ello además de la hon-

³¹ Tesis XXV/20102, con el rubro: ACTOS ANTICIPADOS DE PRECAMPAÑA Y CAMPAÑA. PUEDEN DENUNCIARSE EN CUALQUIER MOMENTO ANTE EL INSTITUTO FEDERAL ELECTORAL, Quinta Época, Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, TEPJF, año 5, núm. 11, 2012, pp. 33 y 34.

³² Véase, por ejemplo, Jurisprudencia 31/2014, con el rubro: ACTOS ANTICIPADOS DE CAMPAÑA. LOS PRECANDIDATOS PUEDEN SER SUJETOS ACTIVOS EN SU REALIZACIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO), Quinta Época, Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, TEPJF, año 7, núm. 15, 2014, pp. 14 y 15.

ra y dignidad de la persona afectada se puede ver trastocada la libertad y autenticidad del sufragio emitido, sobre la base de un pobre debate fundamentado en la estigmatización de oponentes con miras a su exclusión como interlocutores válidos.

Lo anterior supone asumir con responsabilidad social la labor de informar, con ponderación y prudencia al momento de resolver y juzgar. El modelo de comunicación debe, en consecuencia, fomentar y propiciar la participación; un modelo que la inhibe por presentar información inútil es tan malo como aquel que restringe libertades o permite desequilibrios por la intromisión desequilibrada de agentes económicos o comerciales. El debate sigue abierto y debe orientarse hacia un modelo que propicie la deliberación y la participación plural e informada de la ciudadanía.

Bibliografía

- ASTUDILLO, César *et al.*, “La libertad de expresión y sus principales manifestaciones en el contexto de la democracia mexicana”, *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, núm. 4, Especial sobre Observación Electoral 2012, UNAM-PNUD, 2013, pp. 175-406.
- CARBONELL, Miguel, *Libertad de expresión en materia electoral*, Temas Selectos de Derecho Electoral, núm. 3, México, TEPJF, 2008.
- CUNA PÉREZ, Enrique, *Libertad de expresión y justicia electoral en el sistema interamericano*, Temas Selectos de Derecho Electoral, núm. 24, México, TEPJF, 2011.
- GILAS, Karolina M., *Libertad de expresión en el ámbito electoral en México (a la luz de los estándares internacionales)*, Colección Derechos Políticos, México, TEPJF-Tirant Lo Blanch, 2016.
- y Bustillo Marín, Roselia, *Líneas jurisprudenciales en materia electoral*, México, TEPJF-Tirant Lo Blanch, 2014.
- MADRAZO LAJOUS, Alejandro, *Libertad de expresión y equidad. La reforma electoral de 2007 ante el Tribunal Electoral*, Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral, núm. 5, México, TEPJF, 2011.
- PÉREZ DE LA FUENTE, Óscar, *Libertad de expresión y discurso político. Propaganda negativa y neutralidad de los medios en campañas electorales*, Colección Derechos Políticos, México, Tirant Lo Blanch, 2014.
- TEMKIN YEDWAB, Benjamín y Salazar Elena, Rodrigo, *Libertad de expresión y campañas negativas*, Temas Selectos de Derecho Electoral, núm. 12, México, TEPJF, 2010.

Las nuevas normas e instituciones conforme a la reforma de 2013 y 2014

El texto vigente del artículo 6º de la Constitución Política de los Estados Mexicanos (CPEUM) (adicionado mediante decreto publicado el 11 de junio de 2013) consagra diversas vertientes del derecho fundamental de libertad de expresión.

Los dos primeros párrafos a la letra señalan que la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado; y toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión.

La relación de este derecho dual de expresión y de acceso a la información con la materia electoral encuentra soporte en el artículo 41 del mismo ordenamiento constitucional, que regula diversas bases sobre la organización de las elecciones, y entre ellas la propaganda electoral. En lo que concierne, dicho artículo señala que en la propaganda política o electoral que difundan los partidos y candidatos deberán abstenerse de expresiones que calumnien a las personas.

Como resultado de la reforma electoral de 2014, se eliminó el concepto de denigración en la propaganda electoral, que antes preveía dicho precepto.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en la sentencia dictada con motivo de la Acción de Inconstitucionalidad 35/2014 y sus acumu-

Sumario

Las nuevas normas e instituciones conforme a la reforma de 2013 y 2014.	621
La propaganda negra y los primeros criterios	623
Los criterios internacionales sobre libertad de expresión.	625
Los criterios emitidos por los órganos de justicia nacionales.	628
El derecho al honor.	632
Conclusiones.	634
Bibliografía	635

ladas 74/2014, 76/2014 y 83/2014, señaló que a partir de la reforma constitucional del 10 de febrero de 2014, el artículo 41, Base III, Apartado C de la CPEUM, sólo protege a las personas frente a la propaganda política o electoral que las calumnie, mas no así a las instituciones de expresiones que las puedan denigrar.

El máximo tribunal constitucional determinó que no existe en la CPEUM una finalidad imperiosa que justifique excluir de la propaganda política y electoral de los partidos políticos las expresiones que denigren a las instituciones y a los partidos políticos. Ello, porque dicha restricción fue suprimida; y porque también dicha eliminación del texto fundamental puede incluso interpretarse en el sentido de que la limitación del discurso político que denigre a las instituciones ya no es una restricción válida a la libertad de expresión.

Además, se precisó que en todo caso la medida no tiene cabida dentro del artículo 6º de la CPEUM, que prevé como únicas limitaciones posibles a la libertad de expresión los ataques a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, que se provoque algún delito, o se perturbe el orden público.

Tanto en el marco jurídico anterior (Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales-Cofipe) como el vigente (Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales-Legipe), se establece que el procedimiento especial sancionador es el mecanismo para conocer de las infracciones relativas a la propaganda política o electoral, y que calumnie a las personas.

También, con motivo de reforma electoral de 2014, se introdujeron nuevas disposiciones en materia de derecho administrativo sancionador, destacando, dentro del aspecto procesal, la creación de un nuevo órgano jurisdiccional dentro del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, con la competencia para conocer y resolver los procedimientos especiales sancionadores, una vez instruidos por la Unidad Técnica de lo Contencioso Electoral de la Secretaría Ejecutiva del Instituto Nacional Electoral (INE).

Este nuevo órgano jurisdiccional, la Sala Regional Especializada (SRE) tiene competencia, conforme al último párrafo del artículo 195 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, para conocer y resolver los procedimientos especiales sancionadores previstos en la nueva Legipe.

En la Legipe se prevé, en su artículo 470, párrafo 1, que se instruirá el procedimiento especial cuando se denuncie la comisión de conductas que:

- a) Violan lo establecido en la Base III del artículo 41 o en el octavo párrafo del artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;
- b) Contravengan las normas sobre propaganda política o electoral, o
- c) Constituyan actos anticipados de precampaña o campaña.

Asimismo, en el párrafo 2 se prevé que los procedimientos relacionados con la difusión de propaganda que se considere calumniosa sólo podrán iniciarse a instancia de parte afectada.

El artículo 471, párrafo 2, de la Legipe, da el concepto de calumnia en el contexto electoral, circunscribiéndolo a la imputación de hechos o delitos falsos con impacto en un proceso electoral.

Como se observa, se confirió a un órgano especializado judicial la resolución de los procedimientos especiales sancionadores como mecanismos abreviados para resolver las quejas, los cuales anteriormente correspondían al entonces Instituto Federal Electoral. Asimismo, se estableció en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral en su Libro Sexto, el denominado “Recurso de Revisión del Procedimiento Especial Sancionador”, el cual entre otros supuestos de procedencia, es procedente en contra de las sentencias dictadas por la Sala Regional Especializada del Tribunal Electoral.

La propaganda negra y los primeros criterios

Ahora bien, en relación con la propaganda electoral que afecta al proceso electoral por su contenido, lo que comúnmente se denomina “propaganda negra” fue identificada y analizada por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (Sala Superior) con motivo de varias denuncias bajo el marco jurídico anterior mediante recursos de apelación contra resoluciones emitidos por el entonces Consejo General del Instituto Federal Electoral, o bien con medios de impugnación relacionados con propaganda negativa en procesos electorales locales.

Así, podemos citar algunos ejemplos “históricos” de este tipo de asuntos, como los siguientes:

1. SUP-RAP-009/2004. “PRI y PAN son lo mismo”. La Sala Superior en esta sentencia confirmó la legalidad del promocional del Partido de la Revolución Democrática (PRD) donde se hacía referencia al alza de impuestos. Se estimó que en dicho promocional se encontraban elementos de hecho o datos objetivos, junto con juicios de valor. Al respecto, se analizó el “canon de veracidad” como uno de los límites a la libertad de expresión.
2. SUP-RAP-34/2006. “Peligro para México”. La Sala Superior estableció que debían prohibirse las expresiones que tengan como único fin denostar a una persona o institución, sin expresar una crítica razonada o difundir una oferta política o programa electoral. Los promocionales analizados vinculan a un candidato presidencial con el entonces presidente de Venezuela, Hugo Chávez, afirmando que era un peligro para México, junto con otras frases destinadas a desprestigiarlo como posible Presidente de México. Se destacó que no se presentaba una crítica razonada, una oferta política o un programa electoral, sino por el contrario, afectaba la imagen pública del candidato.
3. SUP-JRC-267/2007. “Propaganda negra en Reynosa”. La Sala Superior revocó la sentencia del tribunal local de Tamaulipas relativo a la denuncia de hechos de propaganda negativa en contra de un candidato a presidente municipal en

- la ciudad de Reynosa. Se destacó que si bien era cierto que debía protegerse y garantizarse el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión en el debate político, el derecho al respeto a la honra y a la dignidad personal constituye un límite a la propia libertad de expresión y constituía una transgresión de la normatividad electoral el contenido de mensajes que impliquen la disminución o el demérito de la estima o imagen de algún otro partido o coalición.
4. SUP-JRC-375/2007. “Transformers”. El promocional analizado presentaban una pelea de robots, por lo que se asociaba a una reconocida serie animada de televisión. Se presenta un robot rojo (PRI) el cual destruía a otro azul (PAN). Se estimó que se sugería una opción viable la destrucción del adversario mediante el uso de agresiones físicas, además de utilizar expresiones y juicios de valor que sólo tenían por objeto la denigración de los participantes en una contienda electoral, transgrediendo con ello los límites que se reconocen para la libertad de expresión.
 5. SUP-RAP-81/2009, y su acumulado SUP-RAP-85/2009 “Sopa de Letras”. Se analizó el contenido de propaganda electoral dirigida en contra del PRI, en un juego de encontrar palabras en una sopa de letras, con expresiones tales como “robo”, “impunidad”, “transa”, “narco”, “corrupción”, “crimen” y “abuso”, relacionándolas con la palabra “PRI”. Se estimó que estas expresiones eran suficientes para denigrar la imagen del PRI, ya que su única finalidad era denostar el instituto político y alejarse de una propuesta política.

Estos son algunos ejemplos donde se desprendieron algunos de los primeros criterios que sobre la propaganda negra o negativa estableció el máximo órgano competente.

Asimismo, se estableció la Jurisprudencia 14/2007 de rubro: HONRA Y REPUTACIÓN. SU TUTELA DURANTE EL DESARROLLO DE UNA CONTIENDA ELECTORAL SE JUSTIFICA POR TRATARSE DE DERECHOS FUNDAMENTALES QUE SE RECONOCEN EN EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, donde se precisó el respeto a la honra y a la dignidad, definidos como la opinión, percepción o buena fama que se tiene de los individuos; está incluido en el ejercicio de la libertad de expresión, por lo que el Estado se encuentra facultado para protegerlas.

Los primeros criterios señalaban que la propaganda electoral no podía emplearse para denostar a otras opciones políticas, y debían ser propositivas.

Sin embargo, la Sala Superior también fue modificando su criterio para establecer en la sentencia recaída al expediente SUP-RAP-96/2013. En ella, se estableció que la propaganda de los partidos políticos no siempre reviste un carácter propositivo; esto es así, en razón de que la finalidad de la propaganda no está dirigida exclusivamente a presentar ante la ciudadanía a los candidatos registrados o las plataformas electorales, sino que también constituye un elemento para criticar o contrastar las acciones de los gobiernos o las ofertas de los demás contendientes. De esta forma, la opinión pública estará en condiciones de conocer todas las posturas sobre un tema y asumir una postura sobre los asuntos de relevancia social.

Esto resulta muy relevante para el análisis de la propaganda negativa porque el canon de debate político se amplió, acorde con los instrumentos nacionales y jurisprudenciales internacionales.

Los criterios internacionales sobre libertad de expresión

En efecto, con motivo de la importante reforma de 2011, donde tomó relevancia el control de convencionalidad y el nuevo paradigma de protección a los derechos humanos, el artículo 1º de la CPEUM dispone que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la misma y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia norma constitucional establece.

Asimismo, el artículo 133 señala que la CPEUM, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de las entidades federativas.

Acorde con el párrafo segundo del artículo 1º de la CPEUM, las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la misma y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; por lo que las reglas interpretativas que rigen la determinación del sentido y alcances jurídicos de una norma jurídica no permiten que se restrinja o haga nugatorio el ejercicio de un derecho fundamental, sino que, por el contrario, toda interpretación y la correlativa aplicación de una norma jurídica deben ampliar sus alcances jurídicos para potenciar su ejercicio, siempre que aquélla esté relacionada con un derecho fundamental.

En este sentido, el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión en el debate político se consagra en los artículos 19, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles, y 13, párrafo 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Atendiendo a este marco internacional, y la tesis de jurisprudencia P/J. 21/2014 de la SCJN de rubro: JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA, donde se señala que los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales. Esto, al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ahora bien, existen diversos criterios sobre la libertad de expresión en el debate político, donde la Corte Interamericana, citando en algunos casos sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos, ha señalado la libertad de expresión, dentro del

debate político y al referirse a los procesos político-electorales, debe maximizarse. En este tenor, en el debate sobre temas de alto interés público no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población.

Asimismo, la Corte Interamericana señala que existe el deber de informar ampliamente sobre cuestiones de interés público que afectan bienes sociales, y los funcionarios deben rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de sus tareas públicas, y el corresponsable derecho de la ciudadanía a recibir dicha información.

Entre los casos más reconocidos de dicho tribunal americano se encuentran las siguientes:

1. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. 2001. Se estableció que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social. Sobre la dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En cuanto a dimensión, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias.

La Corte consideró que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención Americana y estimó que la libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada.

2. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. 2004. La Corte Interamericana estableció que la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2 de la Convención Americana dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. La restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

3. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. 2004. Se señaló que la Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido de manera consistente que, con respecto a las limitaciones permisibles sobre la libertad de expresión, se debe distinguir entre las restricciones que son aplicables cuando el objeto de la expresión se refiera a un particular y, por otro lado, cuando haga referencia a una persona pública como, por ejemplo, un político. Se

debe aplicar un umbral diferente de protección, el cual no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Así, aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, en ese ámbito se ven sometidos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público.

4. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. 2005. En esta sentencia se estableció que el control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual se debe tener una mayor tolerancia y apertura a la crítica frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por las personas en ejercicio de dicho control democrático.

5. *Caso Kimel vs. Argentina*. 2008. La Corte Interamericana estableció que en la arena del debate sobre temas de alto interés público, no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población. También destacó que en una sociedad democrática la prensa debe informar ampliamente sobre cuestiones de interés público, que afectan bienes sociales, y los funcionarios rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de sus tareas públicas.

6. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. 2009. Se retomaron los criterios señalados en anteriores sentencias. La libertad de expresión, particularmente en asuntos de interés público, “es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática”. No sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que resultan ingratas para el Estado o cualquier sector de la población. Se precisó que sin una efectiva garantía de la libertad de expresión se debilita el sistema democrático y sufren quebranto el pluralismo y la tolerancia, los mecanismos de control y denuncia ciudadana pueden volverse inoperantes y, en definitiva, se crea un campo fértil para que arraiguen sistemas autoritarios.

7. *Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*. 2011. El diferente umbral de protección del funcionario público se explica porque se expone voluntariamente al escrutinio de la sociedad, lo cual lo puede llevar a un mayor riesgo de sufrir afectaciones a su derecho a la vida privada. En el caso se trataba del Presidente de la Nación y, por ello, estaba sujeto al mayor escrutinio social, no sólo sobre sus actividades oficiales o el ejercicio de sus funciones, sino también sobre aspectos que, en principio, podrían estar vinculados a su vida privada, pero que revelan asuntos de interés público.

8. Opinión Consultiva OC-5/85, Colegiación obligatoria de periodistas. 1985. En dicha opinión se señaló que la Corte Europea de Derechos Humanos, al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que “necesarias”, sin ser sinónimo de “indispensables”, implica la “existencia de una” necesidad social imperiosa y que para que una restricción sea “necesaria” no es suficiente demostrar que sea “útil”, “razonable” u “oportuna”. Esta conclusión, igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la “necesidad” y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo.

Como se observa, la libertad de expresión es un fundamento primordial de la democracia, y el debate sobre asuntos públicos y personajes públicos, lo que incluye a funcionarios y servidores públicos, dirigentes partidistas y candidatos. Las restricciones a este derecho fundamental deben justificarse según objetivos colectivos y que preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho de libertad de expresión y no lo limiten más de lo estrictamente necesario.

Los criterios emitidos por los órganos de justicia nacionales

En el orden interno, la SCJN ha adoptado el estándar que la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha denominado como Sistema Dual de Protección. Así, en la tesis 1a. CCXXIII/2013 de rubro LIBERTAD DE EXPRESIÓN. QUIENES ASPIRAN A UN CARGO PÚBLICO DEBEN CONSIDERARSE COMO PERSONAS PÚBLICAS Y, EN CONSECUENCIA, SOPORTAR UN MAYOR NIVEL DE INTROMISIÓN EN SU VIDA PRIVADA, se señala que los límites de crítica son más amplios si ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas o por el rol que desempeñan en una sociedad democrática, están expuestas a un más riguroso control de sus actividades y manifestaciones que aquellos particulares sin proyección alguna.

En este sentido, la Primera Sala de la SCJN, en la tesis CXXVI/2013 de rubro LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. UNA PERSONA PUEDE ADQUIRIR PROYECCIÓN PÚBLICA, SI ESTÁ RELACIONADA CON ALGÚN SUCESO QUE, POR SÍ MISMO, REVISTE INTERÉS PÚBLICO PARA LA SOCIEDAD, precisó que quienes desempeñan, han desempeñado o desean desempeñar responsabilidades públicas, tienen pretensiones en términos de intimidad y respeto al honor con menos resistencia normativa general que los ciudadanos ordinarios por motivos ligados al tipo de actividad que han decidido desempeñar, que exige un escrutinio público intenso de sus actividades.

También la Primera Sala de la SCJN, en la tesis: 1a./J. 38/2013 LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SUS LÍMITES A LA LUZ DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DUAL Y DEL ESTÁNDAR DE MALICIA EFECTIVA, ha señalado que dentro del “sistema dual de protección”, los límites de crítica son más amplios cuando ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas o por el rol que desempeñan en una sociedad democrática, están expuestas a un control más riguroso de sus actividades y manifestaciones que aquellos particulares sin proyec-

ción pública alguna, pues en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública.

Como se advierte, la crítica a funcionarios públicos, candidatos, dirigentes partidistas, debe analizarse bajo un esquema de mayor tolerancia, dado que sus actividades son públicas, repercuten en la sociedad y, por ello, el umbral de tolerancia a la crítica debe ser más amplio que a los particulares.

La Sala Superior, por su parte, ha señalado en su jurisprudencia que el ejercicio de dicha libertad no es absoluto, encuentra límites en cuestiones de carácter objetivo relacionadas con determinados aspectos de seguridad nacional, orden público o salud pública, al igual que otros de carácter subjetivo o intrínseco de la persona vinculados principalmente con la dignidad o la reputación. En lo atinente al debate político, el ejercicio de tales prerrogativas ensancha el margen de tolerancia frente a juicios valorativos, apreciaciones o aseveraciones vertidas en esas confrontaciones cuando se actualice en el entorno de temas de interés público en una sociedad democrática. Dicho criterio está contenido en la jurisprudencia 11/2008, de rubro: LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. SU MAXIMIZACIÓN EN EL CONTEXTO DEL DEBATE POLÍTICO.

En otro criterio jurisprudencial, en la tesis XXXIII/2012, de rubro: LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN MATERIA ELECTORAL. LA RESTRICCIÓN CONSTITUCIONAL DE ADQUIRIR TIEMPOS EN RADIO Y TELEVISIÓN NO PUEDE SUJETARSE AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, se ha señalado que los derechos humanos, entre otros el de libertad de expresión, se interpretarán favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia y que no pueden restringirse ni suspenderse salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establece.

También la Sala Superior, en la tesis XXXIII/2013, de rubro: LIBERTAD DE EXPRESIÓN. NO PROTEGE LA IMPUTACIÓN DE DELITOS CUANDO CON ELLO SE DENIGRA A LAS INSTITUCIONES Y A LOS PARTIDOS POLÍTICOS O SE CALUMNIA A LAS PERSONAS, concluyó que si bien la libertad de expresión, en el ámbito de las contiendas electorales de una sociedad democrática, es un elemento primordial de comunicación entre los partidos políticos y el electorado, en el que el debate e intercambio de opiniones debe ser no sólo propositivo sino también crítico para que la ciudadanía cuente con los elementos necesarios a fin de que determine el sentido de su voto, lo cierto es que el ejercicio de la libertad de expresión en materia político-electoral tiene como restricciones la emisión de “expresiones que denigren a las instituciones y a los propios partidos o que calumnien a las personas”.

Recordando que la expresión “que denigren a las instituciones y a los propios partidos” ya no resulta aplicable por lo resuelto por la SCJN en la Acción de Inconstitucionalidad 35/2014 y sus acumuladas, como ya se mencionó previamente.

En cuanto a los criterios de la SRE, se destacan los siguientes:

1. SRE-PSC-2/2014. Caso Ex Gobernador de Aguascalientes. Derivado de la transmisión de un promocional de propaganda política en televisión, un ex gobernador de Aguascalientes presentó queja en contra del PRI porque consideró que en ese material se hacía uso calumnioso de su imagen, ya que aparecía su imagen detrás de una rejilla

de prácticas de los que parecería ser un centro de readaptación social; por lo que manifestó que si bien estaba procesado por el delito de peculado, no tenía sentencia condenatoria, y por ende, se violaba su presunción de inocencia; y debiéndose considerar que al no ocupar un cargo público al momento de presentar la queja, se debía respetar su intimidad.

Al respecto, la SRE sostuvo que no se acreditaba la calumnia, dado que la imagen fue objeto de un hecho noticioso que forma parte de la opinión pública y la nota que fue retomada en el promocional donde aparece su imagen salió del ámbito personal y estrictamente privada para insertarse en la esfera del debate público, toda vez que se trataba de una noticia que versaba sobre la presunta comisión de un delito en contra del patrimonio del Estado, señalando como presunto responsable a un ex funcionario, es decir, una figura pública.

También se determinó que el carácter de servidor público o ex funcionario está sujeto a una mayor crítica por parte de la sociedad y los actores políticos, por lo que el uso de su imagen puede permitirse en el contexto del debate sobre la función que tienen encomendada los servidores públicos en la administración pública. Se estableció que, debido a que se trataba de expresiones del conocimiento público que formaban parte de un debate público relevante, que es el contraste de administraciones de gobierno, y que era un hecho también público que el promovente fue titular de una de las administraciones criticadas, era permisible el uso de su imagen dentro del discurso político. Por ello se privilegió y maximizó la libertad de expresión en el contexto electoral en el cual fue elaborado el promocional.

2. SRE-PSC-142/2015. Relojes. El presidente del Comité Ejecutivo Nacional del PRI presentó una denuncia contra el PAN por la transmisión de un promocional en radio y televisión cuyo contenido en su parecer contenía expresiones que lo calumniaban porque del contexto integral de la propaganda denunciada existía una vinculación entre imágenes y expresiones contenidas en los mismos, tendentes a crear la percepción de que el promovente, así como el PRI y sus dirigentes o directivos, se relacionaban directamente con conductas que pudieran calificarse como delitos, de manera específica, con corrupción, enriquecimiento ilícito y robo.

Se concluyó que se actualizaba la calumnia porque se vinculaba al denunciante y al PRI con los temas que plantea el promocional, como eran el supuesto “enriquecimiento ilícito”, la “corrupción” e incluso el que “devuelvan lo robado”, y la vinculación con la mención al cargo de “Presidente del PRI”, aunado a la imagen y el nombre que se mostraba en el caso del promocional de televisión; partiendo del supuesto uso de relojes de “más de dos millones de pesos” y que presuntamente “altos funcionarios priístas” tienen “propiedades millonarias en el extranjero”, relacionadas con las alusiones referidas a conductas ilícitas, particularmente “enriquecimiento ilícito”, “corrupción”, y la necesidad de que “devuelvan lo robado”, conducían a la asociación de la idea de que el denunciante había incurrido en conductas ilícitas y que, con motivo de ello, ha adquirido bienes costosos (relojes), lo que permitió concluir que se actualizaba la calumnia.

3. SRE-PSC-142/2015. Aumento al IVA. Se denunció la difusión de un promocional del PAN en radio y televisión en Baja California, con supuesto contenido calumnioso. Las imágenes empleadas correspondieron a la edición impresa y digital de una nota informativa publicada en un periódico local, donde se hizo referencia a que el precio del barril de crudo descendía, entonces México tendría que ajustar su economía, y para lograrlo entonces subiría el Impuesto al Valor Agregado (IVA), pasando del 16 hasta un 20 por ciento.

La SRE advirtió que de la información pública consultable en la *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados*, contenía lo referente a la iniciativa presentada por el Ejecutivo Federal el 10 de septiembre de 2013, que “...reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, de la Ley del Impuesto sobre Producción y Servicios y del Código Fiscal de la Federación”; y que de la lista de votación, resultaba cierta la afirmación de que los diputados identificados en el promocional efectivamente votaron a favor de la modificación al IVA, por lo tanto, no se trataba de un hecho falso.

Precisado lo anterior, se concluyó que en el promocional no se imputaban hechos falsos, toda vez que la nota periodística existe y la votación a favor de la homologación del IVA son actos que efectivamente acontecieron; y por otra parte, no se advierte dentro del contexto visual y auditivo la imputación de algún delito. Las expresiones que aparecían durante las imágenes de los candidatos, que señalaban “esto no te conviene”, “cierre de negocios” y “pérdida de empleos,” eran expresiones en contra de un posible aumento al IVA. Se trataba de una oferta política que ante la posible alza del IVA, a diferencia de los partidos que sí votaron por ello, el PAN lo bajaría, solicitando el voto del electorado para lograr la mayoría en el Congreso y así poder conseguirlo.

Por tanto, no se actualizaba la calumnia en términos de la legislación electoral.

4. SRE-PSC-159/2015. Caso “Candidato y Gobernador de Sonora”. El PAN presentó denuncia contra el PRI por la transmisión del promocional identificado con el título “Verdad” cuyo contenido a su parecer contenía expresiones que calumniaban tanto al partido político como al gobernador del estado de Sonora.

De la apreciación que se realiza de la imagen, así como del análisis integral del promocional podía concluirse que las expresiones e imagen transmitidas constituían propaganda calumniosa; porque si bien refiere a una crítica al gobernador de Sonora en el sentido de que mientras una persona fallece en el hospital por falta de recursos médicos, dicho funcionario construyó una presa particular, compraba caballos y perdonaba impuestos al candidato del PAN a gobernador y a “amigos panistas”, refiriendo una nota periodística de un periódico nacional, se insertaba la imagen con una imputación directa al delito de robo: “NOS ROBARON 708 MILLONES”. También aparecía una referencia velada al PAN, en virtud de que la imagen que corresponde al número 708, dentro de un recuadro, era similar al logotipo del PAN.

La asociación directa del retrato del entonces gobernador, junto con la expresión “NOS ROBARON”, incluyendo al candidato en la imagen contenida dentro del promocional, con el fondo de la nota periodística referente a la condonación de impuestos, no

daba lugar a una interpretación diversa que no sea relacionarla con la realización de una actividad ilícita, que era el robo.

5. SRE-PSC-95/2015. Caso “Gobernador de Veracruz”. El gobernador del estado de Veracruz presentó denuncia en contra del PAN por la transmisión de un promocional en radio y televisión, el cual desde su perspectiva le calumniaba.

A lo largo de todo el promocional aparece de manera fija la imagen del gobernador del estado de Veracruz (en ocasiones más completa y otras sólo parte de él), mientras que se narran por una voz en off, y de manera escrita, una serie de hechos que suceden o representan a Veracruz: “no pasan los recursos federales a los programas, no pasan por aquí los empresarios ni las inversiones, porque no pagan! No pasan los turistas por nuestras carreteras inseguras y destrozadas ¡En Veracruz no pasa nada!..” entre otras.

La SRE estimó que el promocional no atribuyó al gobernador del estado de Veracruz algún delito o conducta legal, que le generara una merma o afectación a sus derechos y/o valores tutelados por la norma electoral. Lo anterior porque, si bien aparecía su imagen y nombre, mientras se narran circunstancias que podrían catalogarse como negativas sobre la entidad federativa en la que el denunciante gobernaba, se sostuvo el criterio de que los servidores públicos deben tener una mayor resistencia frente a la crítica en asuntos de interés público. En todo caso, los acontecimientos que se narran, era la opinión pública del partido político respecto a la situación general sobre la administración pública en el estado de Veracruz sobre aspectos económicos, de urbanización y turismo, así como de seguridad, lo cual formaban parte del debate público y válido en una sociedad democrática.

Estos criterios del nuevo órgano especializado, emitidos bajo los cánones y estándares internacionales y jurisprudenciales, siguen una línea de potenciación y maximización del debate político y libertad de expresión, en particular tratándose de discursos contenidos en la propaganda electoral que tocan la crítica, inclusive aguda o desagradable para los señalados, hacia administraciones o gobiernos, así como candidatos y dirigentes partidistas, y en los casos en que se ha concluido se afecta la honra y reputación de los afectados, ha confirmado u ordenado el retiro de los promocionales en cuestión.

El derecho al honor

Ahora bien, la crítica que puede ser empleada en la propaganda electoral, puede abarcar aspectos que incluso pueden resultar desagradables o mordaces, sin que ello rebase los límites de la libertad de expresión, sin más límites que el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, y evitar imputaciones calumniosas. También en la disputa electoral se emplea un discurso que muchas veces afecta a los protagonistas en la contienda, afectando el derecho al honor.

Sobre el derecho al honor, se tiene que éste abarca dos concepciones: el honor objetivo, que incluye la consideración externa o social, la dignidad personal reflejada en la estimación de los demás, con independencia de que se ajuste o no a la verdad, y

el subjetivo, la consideración interna o individual, el sentimiento de la propia persona, su autoestima, con independencia también de que dicho concepto sea o no fundado.¹

En la doctrina, se ha señalado que en los enfrentamientos electorales se observa con frecuencia que se dan casos no solamente de imputaciones afirmativas, sino de valoraciones negativas, y en un alto número de éstos se hacen afirmaciones falsas o exageradas, y se observa que la lucha electoral da un mayor margen de elasticidad a los tipos penales que protegen el bien jurídico contra el honor, pues la garantía de la libertad de expresión necesariamente adquiere preponderancia en el debate electoral como fundamento de la democracia en la contienda electoral.²

Ahora bien, así como en materia electoral, en diversos ámbitos como el civil y el penal, se dan con frecuencia conflictos entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión, y el derecho a la información y el ejercicio periodístico.

Así, en el análisis de cada caso los órganos de justicia electorales, al conocer los casos de propaganda negativa, deberán valorar si el contenido de ella es de interés público o general para la sociedad y el electorado, y comprobar si el ejercicio de la libertad de expresión y su correlativo derecho a la información cumplen con su fin esencial. De no ser así y advertirse que la propaganda negativa afecta el honor u honra del señalado, y no se cumple el propósito de servir para el debate público, la crítica o la propuesta de ideas, se actualizan las restricciones constitucionales y convencionales previstas para este derecho fundamental.

Necesariamente, dentro de la labor de control constitucional y convencional, los juzgadores electorales deberán hacer los ejercicios de ponderación de derechos³ para colocar en la balanza el derecho al honor, en contraposición al ejercicio de la libertad de expresión y de información, atendiendo a la premisa de que no hay derechos absolutos en la Constitución ni en los tratados o convenciones internacionales.

¹María Eva Merlo, *Delitos contra el honor: libertad de expresión y de información*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2005, p. 18.

²Jaime Lombana Villalba, *Injuria, calumnia y medios de comunicación*, 3a. ed., Medellín, Universidad del Rosario, 2009, p. 161.

³Conforme a una de las teorías más aceptadas dentro de la interpretación constitucional, "...cuando se trata la aplicación de los principios constitucionales (en especial de principios que establecen derechos), se argumenta, a veces, que la operación de la subsunción no es adecuada y que debe sustituirse por otra operación denominada ponderación. Es más, suele considerarse que la ponderación es uno de los rasgos contrales de la aplicación del Derecho en la cultura del constitucionalismo". José Juan Moreso, "Conflictos entre principios constitucionales", en Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo* (s), 4a. ed., Madrid, Trotta, 2009, p. 100.

⁴a ponderación, conforme a Robert Alexy en lo que denomina "ley de la ponderación", expresa que "Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro. La ley de la ponderación permite reconocer que la ponderación puede dividirse en tres pasos. En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro". Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*. 1a. reimpr., Palestra, Lima, 2007, 2010, p. 460.

Conclusiones

1. El criterio jurisprudencial sobre la libertad de expresión y la propaganda electoral ha evolucionado. De ser muy restrictivo, y atendiendo al marco constitucional y legal antes de la reforma electoral de 2014, se sostenía que la propaganda electoral no podría emplearse para hacer críticas severas, bajo la disposición de la prohibición de denigrar a partidos políticos e instituciones. Sin embargo, a partir de la citada reforma, con la desaparición de la figura de denigración, se han eliminado restricciones al derecho fundamental de libertad de expresión.

2. Los criterios de interpretación de los órganos electorales fueron ampliándose. La propaganda electoral no solamente debía ser propositiva y sin posibilidad de ejercer crítica hacia partidos y candidatos, sino también se reconoció que la propaganda también podía ser de debate, de ataque y contraste con sus logros propios ante gobiernos o las ofertas de los demás partidos o candidatos, y que el electorado pudiera estar en condiciones de conocer todas las posturas sobre un tema.

3. Ampliar los límites a la libertad de expresión en materia electoral no excluyó a los ataques al honor hacia candidatos, gobernantes, ex funcionarios públicos y dirigentes partidistas. La restricción sobre calumnia es acorde con los instrumentos internacionales de proteger la reputación de los posibles afectados.

4. Conforme al nuevo marco constitucional de control de constitucionalidad y convencionalidad, y de interpretación progresiva de los derechos humanos, los criterios de jurisprudencia internacionales son aplicados con mayor frecuencia en el tema de derechos humanos, y en el caso de la libertad de expresión se han introducido elementos tales como el estándar del sistema de protección dual tratándose de figuras públicas, que en la materia electoral abarca a candidatos, dirigentes partidistas, gobernantes y ex funcionarios públicos.

5. Bajo el nuevo marco constitucional y electoral, se confirió a un órgano especializado con carácter jurisdiccional el análisis de la propaganda negativa en los procesos electorales, a través de la llamada Sala Regional Especializada, y la instancia de apelación, a cargo de la Sala Superior, ambas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, dejando al Instituto Nacional Electoral la instrucción de los procedimientos.

6. Las jurisprudencias de los órganos nacionales, acordes con los criterios internacionales, maximizan el debate público y permiten que la discusión de los asuntos generales y figuras públicas estén permitidas dentro del debate electoral, siempre y cuando no rebasen el límite de afectar el honor de los señalados.

7. La calumnia electoral en México se circunscribe a la imputación de hechos o delitos falsos con impacto en un proceso electoral. Este es el principal parámetro para calificar la propaganda negativa, considerando que la denigración a las instituciones o partidos políticos ya no constituye una limitante a la libertad de expresión electoral.

8. Si bien los discursos electorales en la propaganda electoral pueden abarcar el debate sobre cuestiones públicas, y éste puede realizarse de forma vigorosa y abierta, lo cual incluye expresiones vehementes, cáusticas y en ocasiones desagradables para

los funcionarios públicos, ex gobernantes, candidatos y dirigentes partidistas, también estas manifestaciones encuentran como límites constitucionales y convencionales afectar la imagen, la honra o la reputación de las personas, y en específico, está prohibido que las expresiones en el ámbito político-electoral constituyan expresiones sobre hechos o delitos falsos, pues ello configura calumnia.

9. En los casos en que se confronten la libertad de expresión con el derecho al honor, las autoridades judiciales pueden emplear los ejercicios de ponderación de derechos en aquellos casos en que la propaganda electoral que sea objeto de denuncia dentro de los procedimientos especiales sancionadores se encuentre dentro de los parámetros permitidos normativamente para el ejercicio de la libertad de expresión o bien dentro de las restricciones establecidas en la normatividad aplicable como es la calumnia.

10. En el debate político-electoral se amplía el margen de tolerancia cuando se actualiza en el entorno de temas de interés público dentro de la sociedad democrática. La libertad de expresión es un derecho humano que si bien debe potenciarse, no es absoluto, ya que encuentra límites en cuestiones de carácter objetivo, relacionadas con determinados aspectos de seguridad nacional, orden público o salud pública, al igual que otros de carácter subjetivo o intrínseco de la persona, vinculados principalmente con la dignidad o la reputación.

Bibliografía

- ALEX, Robert, 2007, *Teoría de la argumentación jurídica*, 1a. reimpr. Palestra, Lima, 2010.
- LOMBANA VILLALBA, Jaime, *Injuria, calumnia y medios de comunicación*, 3a. ed., Medellín, Universidad del Rosario, 2009.
- MERLO, María Eva, *Delitos contra el honor: libertad de expresión y de información*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2005.
- MORESO, José Juan, 2009, *Conflictos entre principios constitucionales*, en Miguel, Carbonell, *Neoconstitucionalismo (s)*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2009.
- Portal de Internet de consulta de jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, disponible en la dirección electrónica: <http://portal.te.gob.mx/legislacion-jurisprudencia/jurisprudencia-y-tesis>
- Portal de Internet de consulta del *Semanario Judicial de la Federación* de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, disponible en la dirección electrónica: <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>

Libertad de prensa en materia electoral. Artículo 7º

Libertad de prensa,
opinión pública y democracia

El derecho a la libertad de prensa, esencia del periodismo en un sistema democrático, está reconocido en el artículo 7º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, asociado indisolublemente al artículo 6º, relativo a la libertad de expresión.¹ Su contenido incorpora la libertad de información —dimensión social del derecho a la libre expresión— e incluye la libertad de difundir opiniones, información e ideas a través de cualquier medio. En cuanto tal, no es un derecho absoluto y encuentra límites legítimos en la moral, la vida privada o los derechos de terceros, la comisión de algún delito, el orden o el interés público; noción, esta última, que subyace a la conocida expresión “necesario en una sociedad democrática”, respecto de medidas restrictivas previstas en la legislación y que responden a un fin legítimo, siendo necesarias y proporcionales.

Concebida principalmente como una libertad del gremio periodístico profesional, la libertad de prensa se expande hacia nuevos horizontes, en especial, hacia aquellos derivados de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (en especial sitios *web* y

Sumario

¹Artículo 7º. Es inviolable la libertad de difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio. No se puede restringir este derecho por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares, de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios y tecnologías de la información y comunicación encaminados a impedir la transmisión y circulación de ideas y opiniones. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni coartar la libertad de difusión, que no tiene más límites que los previstos en el primer párrafo del artículo 6º. de esta Constitución. En ningún caso podrán secuestrarse los bienes utilizados para la difusión de información, opiniones e ideas, como instrumento del delito.

Libertad de prensa, opinión pública y democracia	637
Contenido del derecho de acceso a la información y la libertad de prensa	639
Jurisprudencia interamericana	643
Criterios de la SCJN	645
La jurisprudencia nacional electoral	646
Reflexión final	650
Bibliografía	652

las diferentes redes sociales) de forma tal que incorpora una noción más amplia, incluyendo blogueros y otras personas dedicadas a difundir información, más allá de la prensa escrita, la radio y la televisión, en tanto ejercen la función de denunciar, criticar y contribuir a generar opinión pública respecto de temas de interés general, así como colaborar en la construcción social de la verdad en una sociedad democrática.²

La inviolabilidad del ejercicio de la actividad periodística es esencial en un sistema democrático, en atención a la función social que ejercen como controladores sociales del ejercicio del poder público o privado y depositarios de la confianza pública respecto a la información socialmente relevante. De ahí que se considere que el derecho a la libertad de prensa no se agota en la prohibición de la censura previa, sino que se reconoce una dimensión institucional “que tiende a realizar, en el plano de la información, el pluralismo político, que es un valor fundamental y requisito de funcionamiento y ordenamiento del Estado democrático de derecho”, siendo clave la independencia de los medios y de los periodistas frente al poder político y económico.³ De esta forma, el periodismo es una institución esencial para informar sobre las diferentes alternativas políticas, candidaturas; para el análisis y evaluación de políticas y prácticas de gobierno; y para abrir y proyectar las voces de quienes, no teniendo acceso a medios de comunicación, pueden, a través de comunicadores y periodistas, expresar sus opiniones y cuestionamientos.

Así, lo que originalmente se concibe como el derecho a publicar ideas, informaciones u opiniones, preponderantemente a través de la prensa escrita —por razón de la evolución histórica de los propios medios de comunicación—, se concibe ahora como un instrumento importantísimo para el ejercicio de otros derechos, en particular, para los derechos de participación política. Dada su importancia, se exige que la actividad periodística se rija por conductas éticas, atendiendo a su responsabilidad social como instrumento de información libre y plural, quedando prohibida toda forma de censura, directa o indirecta.

Al respecto, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ha sostenido que la formación de una opinión pública libre y plural debe ser uno de los objetivos de las políticas estatales en la protección del derecho a la información y la libertad de prensa, en el entendido de que su ejercicio es uno de los pilares fundamentales del Estado democrático (Caso *Jerusalem vs. Austria*, 2001). Aquí se afianzan nuevamente las dos dimensiones, individual y colectiva, de los derechos de comunicación. En sentido amplio, ambas dimensiones deben ser protegidas para garantizar pluralidad e independencia de los medios y, a partir de ello, el pleno derecho de información a la ciudadanía.⁴

²Cfr., en general, Hernández Orozco, Horacio y Alejandro Santoyo, *Deontología jurídica del periodismo. Ética y responsabilidad legal*, México, Tirant lo Blanch, 2011 y Cotino, Lorenzo (ed.), *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, Valencia, Servei de Publicacions de la Universitat de València, 2011.

³Hernández Orozco, Horacio y Alejandro Santoyo, *Deontología jurídica del periodismo. Ética y responsabilidad legal*, op. cit., p. 80.

⁴Sobre este tema de la independencia de los medios de comunicación, por ejemplo, Ignacio Ramonet señala: “Otra de las dificultades que tienen los ciudadanos con respecto a la credibilidad de los medios es que éstos son cada vez menos in-

La eliminación de las llamadas leyes de desacato y la despenalización de figuras como la difamación, las injurias o la calumnia,⁵ así como el establecimiento de un marco normativo para la prevención y el combate a la violencia ejercida contra periodistas o las prácticas monopólicas u oligopólicas de los medios; son sólo algunos obstáculos o requisitos que han de librarse o imponerse, según el caso, para garantizar el libre flujo de la información.

En esta coyuntura, el Poder Judicial debe ser cuidadoso al determinar el efecto, por ejemplo, de la regulación estatal sobre el debate público, ejerciendo su jurisdicción al margen de la lucha política, con el fin de no inhibir, sino de potenciar los derechos y dicho debate.⁶

Así, por ejemplo, la Declaración Conjunta sobre Medios de Comunicación y Elecciones de los relatores especiales en materia de libertad de expresión enfatiza “el rol clave que desempeñan los medios de comunicación, en especial las emisoras, al plantear los temas electorales, informar al electorado sobre los principales acontecimientos y comunicar las plataformas, las políticas y las promesas de los partidos y los candidatos a los electores” y destaca que “las elecciones libres y transparentes solo son posibles cuando el electorado se encuentra debidamente informado y tiene acceso a información pluralista y suficiente”.⁷

Contenido del derecho de acceso a la información y la libertad de prensa

El contenido del derecho a la libertad de prensa está determinado por la intersección o interdependencia e indivisibilidad de los derechos de comunicación, esto es, la libertad de expresión y el derecho a la información. En México, el avance normativo respecto a estos derechos ha estado marcado por la lentitud y el retraso, lo que ha sido

dependientes, hay cada vez menos medios independientes. ¿Independientes de qué? Por definición, independientes del poder político, pero sobre todo del poder económico”. *Cfr.* Ramonet, Ignacio, “Medios de comunicación: ¿un poder al servicio de intereses privados?”, en De Moraes, Dênis, Ramonet, Ignacio y Serrano, Pascual, *Medios, poder y contrapoder. De la concentración monopólica a la democratización informativa*, Argentina, editorial Biblos, 2013, p. 56.

⁵En su Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado que: “La protección especial que brindan las leyes de desacato a los funcionarios públicos contra un lenguaje insultante u ofensivo es incongruente con el objetivo de una sociedad democrática de fomentar el debate público. [...] En tal sentido, estas leyes constituyen también un medio injustificado de limitar el derecho de expresión que ya está restringido por la legislación que puede invocar toda persona, independientemente de su condición”. Véase también Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 67.

⁶*Cfr.* Fiss, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 38.

⁷Declaración Conjunta sobre Medios de Comunicación y Elecciones. Relatoría Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación, Relatora Especial de la Organización de los Estados Americanos para la Libertad de Expresión y Relatora Especial de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información, Washington, D.C., 15 de mayo de 2009.

objeto de especulaciones constantes sobre el estado de independencia y pluralidad de los medios de información. Por ejemplo, la Ley sobre Delitos de Imprenta, publicada el 12 de abril de 1917, se instituyó en tanto se emitían las leyes reglamentarias de los artículos 6º y 7º de la entonces reciente Constitución que, de hecho y de derecho, aún no entraba en vigor,⁸ y conservó su integridad casi un siglo, gracias a la generalidad de su contenido normativo y a su falta de actualización por el legislativo, hasta las reformas que derogaron sus artículos 1º y 31, el 11 de enero de 2012, cuyos contenidos se referían a los límites de ejercicio del derecho a la libertad de expresión, en relación con los ataques a la vida privada y sus sanciones. Posteriormente, el 4 de noviembre de 2015 se llevó a cabo la reforma más reciente, mediante la que se derogó el artículo 27 de dicha ley, como consecuencia de la publicación de la Ley Reglamentaria del artículo 6º de la Constitución, relativa al derecho de réplica.⁹

A la par de esta longeva legislación, y gracias al llamado “parámetro de control de constitucionalidad”, para algunos también “bloque de constitucionalidad”, la libertad de prensa estuvo garantizada a partir de su reconocimiento por fuentes internacionales,¹⁰ entre éstas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 13) que reconoce el derecho de toda persona a “la libertad de pensamiento y de expresión”, en sus dos dimensiones, y dispone que su ejercicio “no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. Asimismo, se precisa que “no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”. La misma Convención, en su artículo 14, reconoce también el derecho de réplica, en el entendido de que “[t]oda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y

⁸La Constitución entraría en vigor al mes siguiente, es decir, en mayo de 1917, *DOF* del 12 de abril de 1917.

⁹Dicha ley se promulgó con el objeto de garantizar y reglamentar el ejercicio del derecho de réplica que establece el primer párrafo del artículo 6o de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁰En específico, aunque no sólo, a partir de la reforma del 10 de junio 2011 en materia de derechos humanos al artículo 1º de la Constitución que constitucionalizó la obligación de las autoridades, en el ámbito de sus competencias, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la propia Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, aplicando en todo tiempo la interpretación que más favorezca a la protección de las personas. Ver también la jurisprudencia de la SCJN con rubro Control de Constitucionalidad y Convencionalidad *ex officio*. Condiciones Generales para su Ejercicio (Tesis 1a./J. 4/2016, 10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, 2010954, 3 de 173, primera sala, libro 27, febrero de 2016, tomo I, p. 430; la jurisprudencia con rubro Control Concentrado y Difuso de Constitucionalidad y Convencionalidad. Sus diferencias (Tesis 1a. CCLXXXIX/2015, 10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, 2010143, 16 de 173, primera sala, libro 23, octubre de 2015, tomo II, p. 1647; así como la jurisprudencia con rubro Control Difuso de Constitucionalidad y Convencionalidad. Su Ejercicio no Limita ni Condiciona el del Control Concentrado (Tesis: 1a. CCXC/2015, 10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, primera sala, libro 23, octubre de 2015, tomo II, p. 1648.

que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley”.

Sobre esta base, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE) de la Organización de Estados Americanos (OEA), en su Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, se refiere a diversos aspectos relacionados con la libertad de expresión y el ejercicio profesional de comunicar; principios que han sido incorporados a la interpretación de la Convención por parte de la Corte IDH y la CIDH para definir las obligaciones de los Estados parte de la misma.

Así, por ejemplo, sobre el principio 2 la Corte IDH ha señalado que “[d]entro de una sociedad democrática [es necesario que] se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas, opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto”. De la misma forma, en relación con el Principio 5, dicho tribunal ha declarado que “[l]a restricción de la posibilidad de establecer responsabilidades ulteriores se dispone como garantía de la libertad de expresión evitando que ciertas personas, grupos, ideas o medios de expresión queden *a priori* excluidos del debate público”. Sobre la censura, la Corte IDH también ha declarado que “una suspensión radical de la libertad de expresión al impedirse la libre circulación de información, ideas, opiniones, o noticias [...] constituye una violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática”. (Opinión Consultiva OC-5/85.)

En la misma Opinión, se destaca que las formas de censura previa o las sanciones ulteriores, impuestas sin una valoración objetiva del contexto de difusión y el contenido de la información, son formas de hacer nugatorio el derecho a la libertad de expresión o, como mínimo, pueden inhibir su pleno ejercicio.

De igual manera, la violencia ejercida en contra de los periodistas, con motivo del ejercicio de sus derechos, resulta contraria al espíritu democrático, lo cual es coincidente con el principio 9, sobre el cual se ha pronunciado la CIDH, al señalar que “[l]a renuncia de un Estado a la investigación completa del asesinato de un periodista resulta especialmente grave por el impacto que tiene sobre la sociedad. Igualmente, este tipo de crimen tiene un efecto amedrentador sobre otros periodistas, pero también sobre cualquier ciudadano, pues genera el miedo de denunciar los atropellos, abusos e ilícitos de todo tipo. La Comisión considera que tal efecto solamente puede ser evitado mediante la acción decisiva del Estado para castigar a todos los perpetradores, tal como corresponde a su obligación bajo el derecho internacional y el derecho interno” (Informe núm. 50/99, caso núm. 11.739, México, 1999).

En el citado informe, la Comisión hace referencia a otro instrumento de gran valor para el conocimiento de los principios aplicables a la libertad de expresión, concretamente en lo que se refiere a la protección de los periodistas: la Declaración de Chapultepec, la cual señala que “[e]l asesinato, el terrorismo, el secuestro, las presiones, la intimidación, la prisión injusta de los periodistas, la destrucción material de los medios de comunicación, la violencia de cualquier tipo y la impunidad de los agresores

res, coartan severamente la libertad de expresión y de prensa. Estos actos deben ser investigados con prontitud y sancionados con severidad”.¹¹

Aun sin resultar vinculante, pero de manera congruente con lo anterior, a propósito de la pluralidad y diversidad que debe tener la oferta de información de los medios, así como la conexión directa que existe entre la información de los medios y la participación democrática, la Unesco, en el proemio de sus Indicadores de Desarrollo Mediático: Marco para evaluar el desarrollo de los medios de comunicación social, ha señalado:¹²

La libertad de expresión es un elemento fundamental de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y se considera como el cimiento de las libertades democráticas, como el derecho a formar partidos políticos, a compartir ideas políticas, a averiguar sobre las acciones de los funcionarios públicos/as, y así por el estilo [...] La idea de los medios de comunicación social como plataforma para el debate democrático abarca una gama de funciones interrelacionadas. Los medios, en este contexto, constituyen todos los canales que transmiten noticias e información pública.

En el mismo documento, la Unesco expresa consideraciones acerca de la importancia de las radios públicas y comunitarias, las cuales realizan una importante labor en favor de la democracia.¹³ Además, la Unesco considera crucial que “promover un entorno mediático diverso requiere invertir en los medios de comunicación, incluyendo la recepción de transmisiones, el suministro eléctrico y el acceso a teléfonos y a Internet”.

En efecto, Internet es otro espacio de preocupación de los Estados, y su regulación resulta mucho más compleja y riesgosa, dada la naturaleza eminentemente abierta de la red, aunque, en todo caso, como dice la organización sobre el tema en sus indicadores: “Internet es un espacio relativamente nuevo para los esfuerzos oficiales de censurar el libre flujo de la información, y las OSC (Organizaciones de la Sociedad Civil) y organizaciones de libertad mediática están esforzándose por salvaguardarlo en el interés público. Los principios rectores incluyen la necesidad de sistemas de filtrado, bajo el control del/la usuario final, no de una empresa que presta servicios comerciales ni del Estado”. Por otra parte, en lo relativo a una eventual concentración de medios, los lineamientos consideran, como indicador clave, el hecho de que los Estados deben

¹¹Principio 4 de la Declaración de Chapultepec, adoptada por la Conferencia Hemisférica sobre Libertad de Expresión, celebrada en México, D. F., el 11 de marzo de 1994.

¹²UNESCO, Consejo Intergubernamental del Programa Internacional para el Desarrollo de la Comunicación (PIDC) sesión XXVI del 26 al 28 de marzo de 2008.

¹³El Reglamento de Radio y Televisión en Materia Electoral del INE, en su artículo 5º, se refiere a las emisoras comunitarias y las define como aquellas “de uso social comunitaria privada, operada por asociaciones civiles sin fines de lucro que, sirviendo a sus comunidades, no cuentan con techo presupuestal público ni con autorización para obtener ingresos con fines de lucro por transmisión de anuncios”. Asimismo, el artículo 67, fracción IV, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, promulgada el 14 de julio de 2014 y reformada el 1 de junio de 2016, reconoce a las emisoras para uso social (con propósitos culturales, científicos, educativos o a la comunidad y sin fines de lucro), así como para uso social de pueblos y comunidades indígenas del país.

tomar medidas positivas para promover la pluralidad de los medios de comunicación social, los cuales, preferentemente, deben conformar una mezcla de diversos medios privados, públicos y comunitarios.

Existen también otros lineamientos, destinados a regular los principios éticos de operación de la prensa libre. Por ejemplo, en los Principios Internacionales de Ética Profesional en Periodismo, avalados por la Unesco, se encuentran: 1) el derecho del pueblo a una información verídica; 2) la adhesión del periodista a la realidad objetiva; 3) la responsabilidad social del periodista; 4) la integridad profesional del periodista; 5) el acceso y participación del público; 6) el respeto de la vida privada y de la dignidad del hombre; 7) el respeto del interés público; 8) el respeto de los valores universales y la diversidad de las culturas, y 9) la eliminación de la guerra y otras grandes plagas a las que la humanidad está confrontada.¹⁴

Al respecto, en el ámbito europeo, el Código Europeo de Deontología del Periodismo señala que la legitimidad de los medios “radica en hacer efectivo el derecho fundamental a la información de los ciudadanos en el marco del respeto de los valores democráticos”¹⁵ y debe también, como lo señala el mismo código, respetar “la presunción de inocencia principalmente en los temas que permanecen *sub judice*, excluyendo establecer juicios paralelos.”¹⁶

Al hilo de lo anterior, resulta importante mencionar que ciertos instrumentos no vinculantes reconocen también las obligaciones mínimas de los medios de comunicación en el marco concreto de los procesos electorales. Por ejemplo, la Declaración Conjunta sobre Medios de Comunicación y Elecciones identifica, entre tales obligaciones, la de “respetar normas estrictas que aseguren la imparcialidad y el equilibrio, en especial al informar sobre los partidos políticos gobernantes y las decisiones y los actos del Gobierno durante un periodo de elecciones”.

Jurisprudencia interamericana

En el caso del sistema interamericano, y de manera complementaria a lo ya mencionado, la Corte IDH ha emitido diversas determinaciones relevantes sobre el tema de protección al periodismo, en ejercicio tanto de su competencia consultiva como contenciosa.

Así, por ejemplo, en el caso de la mencionada Opinión Consultiva OC-5/85, la Corte sostuvo que “la profesión de periodista [...] implica precisamente el buscar, recibir y difundir información. El ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención”. El ejercicio profesional del periodismo “no puede ser diferenciado de la libertad de expresión, por el contrario, ambas cosas están

¹⁴UNESCO, 1983.

¹⁵Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Código Europeo de Deontología del Periodismo, Estrasburgo, 1 de julio de 1993.

¹⁶Sobre el tema de los juicios paralelos, véase Prat Westerlindh, Carlos, *Relaciones entre el Poder Judicial y los medios de comunicación. Los juicios paralelos*, México, Tirant lo Blanch, 2013.

evidentemente imbricadas, pues el periodista profesional no es, ni puede ser, otra cosa que una persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado”.¹⁷

Siguiendo su jurisprudencia constante, en un caso más reciente, la Corte señala que, “[s]in una efectiva garantía de la libertad de expresión, se debilita el sistema democrático y sufren quebranto el pluralismo y la tolerancia; los mecanismos de control y denuncia ciudadana pueden volverse inoperantes y, en definitiva, se crea un campo fértil para que arraiguen sistemas autoritarios” (caso “Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela”, 2015, párr. 140).

La Corte también se ha referido a la pluralidad de los medios como garantía del derecho de acceso a la información, pues, por supuesto, no sólo la difusión de la información es fundamental para el buen funcionamiento de la democracia, sino también lo es la difusión de opiniones que abonan al debate público, confrontando diversos puntos de vista que dan riqueza y pluralidad a la discusión de las ideas. Al respecto, la Corte ha declarado que la pluralidad de medios o informativa constituye una efectiva garantía de la libertad de expresión, existiendo un deber del Estado de proteger y garantizar este supuesto, en virtud del artículo 1.1 de la Convención, por medio, tanto de la minimización de restricciones a la información, como por medio de propender por el equilibrio en la participación, al permitir que los medios estén abiertos a todos sin discriminación, puesto que se busca que no haya individuos o grupos que, *a priori*, estén excluidos. En este sentido y con relación al pluralismo de medios, “la Corte recuerda que los ciudadanos de un país tienen el derecho a acceder a la información y a las ideas desde una diversidad de posturas, la cual debe ser garantizada en los diversos niveles”.¹⁸

Por otro lado, la Corte IDH también se ha pronunciado acerca de la importancia de los medios como personas jurídicas, al ser estos un instrumento a través del cual se realiza de manera efectiva la difusión de la información y el ejercicio de los derechos individuales con ella relacionados, al señalar que “las restricciones a la libertad de expresión frecuentemente se materializan a través de acciones estatales o de particulares que afectan, no sólo a la persona jurídica que constituye un medio de comunicación, sino también a la pluralidad de personas naturales, tales como sus accionistas o los periodistas que allí trabajan, que realizan actos de comunicación a través de la misma y cuyos derechos también pueden verse vulnerados”.¹⁹

Sobre la cuestión de la censura previa, la Corte, en el Caso Olmedo Bustos y otros “La última tentación de Cristo” vs. Chile, destacó que, si bien la Convención establece como una excepción a la censura previa el caso de los espectáculos públicos, únicamente con el fin de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia

¹⁷OC-5/85, párrs. 71 y 74.

¹⁸Véase, entre otros, Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 34, caso “Pérez y otros vs. Venezuela”, párr. 117, caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, párr. 116, caso “Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia”, párr. 141, caso “Kimel vs. Argentina”, párr. 57, caso “Granier”, párrs. 151 y 170.

¹⁹Caso “Granier”, párr. 151.

y la adolescencia, en todos los demás casos, “cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión”.²⁰

De igual forma, sobre el derecho de rectificación o respuesta, como parte de las garantías frente a la protección de los derechos de la personalidad, al igual que la exigibilidad a los medios de comunicación de conceder el derecho citado, la Corte ha sido enfática al señalar que “[s]i se leen conjuntamente los artículos 14.1, 1.1 y 2 de la Convención, todo Estado parte que no haya ya garantizado el libre y pleno ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, está en la obligación de lograr ese resultado, sea por medio de legislación o cualesquiera otras medidas que fueren necesarias según su ordenamiento jurídico interno para cumplir ese fin” (Opinión Consultiva OC-7/86, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta*, 1986, párr. 33).

Por su parte, sobre la prensa y el derecho de acceso a la información en materia política, el TEDH ha perfilado criterios, según los cuales “[l]as elecciones y la libertad de expresión, en particular la libertad de debate político, juntos forman la piedra angular de cualquier sistema democrático [...] Los dos derechos están interrelacionados y se refuerzan el uno al otro: por ejemplo, la Corte ha observado en el pasado, cómo la libertad de expresión es una de las ‘condiciones’ necesarias para ‘garantizar la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo’ [...] Por esta razón, es particularmente importante en el periodo anterior a las elecciones que las opiniones e información de toda clase puedan circular libremente” (caso “Bowman vs. Reino Unido”, 1998).

Criterios de la SCJN

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha realizado diversas interpretaciones tanto del artículo 7º como de la propia Ley sobre Delitos de Imprenta, así como de otras normas y principios cuyo contenido incide en el derecho a la libertad de expresión y la libertad de prensa. De manera enunciativa, identificaremos, a partir de sus rubros, las más importantes en el contexto actual del derecho de imprenta y su relación con los derechos de libertad de expresión y acceso a la información en el ámbito público:

Libertad de Expresión y Derecho a la Información. Su Protección en el Denominado “Periodismo de Denuncia”. La jurisprudencia establece los alcances de la actividad periodística que se ejerce de manera crítica y fiscalizadora de la actividad de los sujetos públicos, fungiendo como instrumento social de control de la legalidad.²¹

Libertad de Expresión. Margen de Apreciación de los Periodistas en la Determinación del Interés Público de la Información Sobre la Vida Privada de las Personas. La jurisprudencia se refiere al reconocimiento de límites entre lo público y lo privado, dejando, a quienes ejercen el periodismo, un margen de apreciación acerca del impacto

²⁰Caso “La Última Tentación de Cristo”, párr. 70.

²¹Tesis 1a. CXXXVII/2013 (10a). Amparo directo 16/2012. Federico Humberto Ruiz Lomelí. 11 de julio de 2012. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, 2003647; primera sala, libro XX, mayo de 2013, tomo I, p. 561.

que el primero puede tener sobre el segundo (y, por tanto, el “punto de conexión” entre los dos), lo cual implica, de manera indirecta, la existencia de una responsabilidad social basada en directrices éticas de la profesión periodística.²² En este sentido, la distinción entre la vida privada y la vida pública es de gran importancia, pues permite diferenciar, hasta cierto punto, el ámbito de investigación y divulgación que realizan los periodistas, considerando la naturaleza pública o no de los sujetos involucrados, en función de los criterios plasmados en el sistema dual de protección.²³ Siendo aplicables en este ámbito también los criterios contenidos en las tesis siguientes: Libertades de Expresión e Información. Concepto de Figura Pública para Efectos de la Aplicación del Sistema de Protección Dual,²⁴ Y Libertad de Expresión. El Estándar de Malicia Efectiva Requiere no Sólo que la Información Difundida Haya Sido Falsa, Sino que se Haya Difundido a Sabiendas de su Falsedad o con la Intención de Dañar (Interpretación de este Último Estándar).²⁵

La SCJN también ha enfatizado en el ensanchamiento de la libertad de expresión que se le reconoce a la actividad periodística y su tarea como instrumento de formación de la opinión pública y la participación política en democracia, siendo reflejo de ello las siguientes tesis: Libertades de Expresión e Información. Su Posición Preferencial Cuando son Ejercidas por los Profesionales de la Prensa²⁶ Y Medios de Comunicación. Su Relevancia Dentro del Orden Constitucional Mexicano.²⁷

La jurisprudencia nacional electoral

Particularmente en el ámbito político-electoral, la libertad de expresión requiere de ciertos estándares de protección, al referirnos a un contexto eminentemente público y de participación ciudadana, para el que resulta indispensable la información periodística.

²²Tesis 1a. CLIV/2013 (10a). Amparo directo 3/2011. Lidia María Cacho Ribeiro y otro. 30 de enero de 2013. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, 2003644, primera sala, libro XX, mayo de 2013, tomo I, p. 559.

²³De acuerdo con la SCJN, el *sistema dual de protección* es aquel “según el cual los límites de crítica son más amplios cuando ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas o por el rol que desempeñan en una sociedad democrática, están expuestas a un control más riguroso de sus actividades y manifestaciones que aquellos particulares sin proyección pública alguna, pues en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública”. Ver Tesis 1a./J. 38/2013 (10a). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época 2003303 (3 de 17). Primera Sala, libro XIX, abril de 2013, tomo I, p. 538.

²⁴Tesis 1a. CLXXIII/2012 (10a). Amparo directo 8/2012. Arrendadora Ocean Mexicana, S. A. de C. V. y otros, 4 de julio de 2012. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, 2001370, 6 de 7, primera sala, libro XI, agosto de 2012, tomo I, p. 489.

²⁵Tesis 1a. XL/2015 (10a). Amparo directo en revisión 3111/2013. Felipe González González. 14 de mayo de 2014. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, 2008412 (1 de 4), primera sala, libro 15, febrero de 2015, tomo II, p. 1401.

²⁶Tesis 1a. XXII/2011 (10a). Amparo directo 28/2010. Demos, Desarrollo de Medios, S. A. de C. V. 23 de noviembre de 2011. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, 2000106, primera sala, libro IV, enero de 2012, tomo 3, p. 2914.

²⁷Tesis 1a. XXVII/2011 (10a). Amparo directo 28/2010. Demos, Desarrollo de Medios, S. A. de C. V. 23 de noviembre de 2011. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, 2000109 (1 de 1), primera sala, libro IV, enero de 2012, tomo 3, p. 2915.

Para el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), desde una perspectiva de apertura y maximización de la libertad de expresión en el debate político, no se considera una transgresión a la normativa electoral la manifestación de ideas, expresiones u opiniones que, apreciadas contextualmente, permiten la formación de una opinión pública libre, la consolidación del sistema político y el fomento de una auténtica cultura democrática, sin rebasar el derecho a la honra y la dignidad, reconocidos como derechos fundamentales, que constituyen límites legítimos del derecho a la libertad de expresión.²⁸

Por principio, las autoridades electorales deben evitar la creación de mecanismos para excluir, en forma previa, expresiones que se profieran en el marco del debate público. Por lo mismo, las autoridades administrativas no pueden, en ejercicio de su facultad reglamentaria, adicionar otras limitantes que impliquen un examen previo en cuanto a la veracidad de lo expresado.²⁹ Tampoco, por ejemplo, se debe dar igual tratamiento a hechos relacionados con la vida pública, respecto de casos relacionados con injerencias en la vida privada o familiar de las personas.

Sobre la censura previa y los límites a la libertad de expresión y las responsabilidades ulteriores derivadas de su ejercicio, el TEPJF ha sido también coincidente con los criterios de la Corte IDH, en el sentido de reconocer que “[l]a prohibición de la censura previa no significa que la libertad de expresión no tenga límites, o que el legislador no esté legitimado para emitir *ex ante*, normas en consideración a los límites del derecho de libre expresión. Lo que significa e implica es que estos límites no se pueden hacer valer en forma previa, mediante un mecanismo por el cual una autoridad excluya sin más un determinado mensaje destinado al conocimiento público; los límites se deben hacer valer a través de la determinación de responsabilidades jurídicas posteriores”.³⁰

Asimismo, el TEPJF se ha pronunciado sobre numerosos temas relativos a la libertad de expresión en el contexto político. Por ejemplo, ha reconocido la importancia y necesidad de proteger las fuentes periodísticas, se ha pronunciado también sobre el uso en la propaganda de grabaciones ilícitas y su impacto o ha trazado algunos requisitos mínimos a la labor periodística para evitar fraudes a la ley, al difundir propaganda

²⁸Tesis de jurisprudencia 11/2008 y 14/2007, con los rubros: Libertad de Expresión e Información. Su Maximización en el Contexto del Debate Público, Y Honra y Reputación. Su Tutela Durante el Desarrollo de una Contienda Electoral se Justifica por Tratar de Derechos Fundamentales que se Reconocen en el Ejercicio de la Libertad de Expresión. Este criterio se corresponde con los adoptados por instancias internacionales, tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso Lepojić vs. Serbia) en los que se ha enfatizado la importancia de la libertad de expresión e información en el debate público y en los periodos de campaña electoral, reconociendo que el derecho a la honra y dignidad es un límite a la libertad de expresión, que admite un mayor margen de tolerancia tratándose de actores políticos y de temas relacionados con el interés público.

²⁹Tesis XII/2009, con el rubro: Censura Previa. Existe Cuando la Autoridad Administrativa Sujeta, de Manera Anticipada, las Expresiones que se Hacen en la Propaganda Política, a una Restricción Distinta a las Previstas en el Orden Constitucional y Legal, cuarta época, *Gaceta de Jurisprudencia* y tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 2, núm. 4, 2009, pp. 33 y 34.

³⁰SUP-RAP-254/2008, sentencia del 21 de enero de 2009, p. 32.

electoral encubierta como nota o reportaje, o la difusión ilegal de propaganda gubernamental.³¹ Así lo ilustran los siguientes criterios:

Secreto profesional de periodistas. El secreto profesional de los periodistas y el deber de cooperación con las autoridades electorales ha sido abordado por el TEPJF al resolver el expediente SUP-RAP-141/2008, en el cual se argumentó que si bien existe “la obligación de los comunicadores de proporcionar a las autoridades electorales la información necesaria para el cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y legales, [...] el derecho de secreto profesional les permite no revelar la identidad de sus fuentes, los elementos que puedan conducir a identificarlas, ni el contenido de investigaciones no publicadas, en razón de que la protección de esos datos, constituye uno de los elementos necesarios para que el Estado garantice la libertad de información y el libre desarrollo de la profesión informativa”.³² De esta forma, el TEPJF, consideró que el secreto profesional del periodista o comunicador “constituye un derecho-deber dotado de un conjunto de valores objetivos que afectan al conjunto del cuerpo social y faculta al periodista para negarse a revelar la identidad de sus fuentes de información”.

Simulación periodística y periodismo auténtico. Sobre el periodismo auténtico y la propaganda electoral encubierta, en el contexto de la adquisición de tiempos en televisión, el TEPJF ha señalado, al resolver el expediente SUP-RAP-234/2009 y acumulados,³³ que los elementos que deben caracterizar a una entrevista son: 1) los sujetos emisores, es decir, los entrevistadores y los entrevistados, y un sujeto receptor, que es el auditorio; 2) la relevancia o notoriedad del personaje y del tema objeto de la entrevista; 3) la interacción mediante preguntas del entrevistador y respuestas del entrevistado, y 4) la finalidad de la entrevista, que puede ser obtener información, recoger noticias, opiniones, comentarios, interpretaciones o juicios, por parte del entrevistado, con independencia de si la entrevista es resultado de un encuentro casual o producto de una invitación anterior. El TEPJF también consideró que las manifestaciones de un entrevistado pueden constituir propaganda con contenido electoral, aunque en el caso se decantó por señalar que, a menos que haya elementos para suponer que una entrevista difundida es “un acto de simulación preparado entre el candidato y la televisora, con el propósito exclusivo y deliberado de eludir la prohibición constitucional de adquirir tiempos en radio y televisión”, no debe tenerse por indebida.

³¹El TEPJF ha sostenido que la propaganda electoral es el conjunto de escritos, publicaciones, imágenes, grabaciones, proyecciones y expresiones que durante la campaña electoral se difunden con el propósito de presentar ante la ciudadanía las distintas candidaturas (ver Jurisprudencia 37/2010, derivada de los asuntos SUP-RAP-115/2007, SUP-RAP-198/2009 y SUP-RAP-220/2009 y acumulados). Es preciso distinguirla de la propaganda política, la cual tiene por objeto crear, transformar o confirmar opiniones a favor de ideas y creencias, así como estimular determinadas conductas políticas, la propaganda electoral, en cambio, no es otra cosa que publicidad que busca colocar en las preferencias de los electores a un partido, candidato, programa o ideas (ver asuntos SUP-RAP-201/2009, SUP-RAP-212/2009 y SUP-RAP-213/2009, acumulados).

³²Jurisprudencia 19/2011 con rubro Secreto Profesional. Los Comunicadores Pueden Abstenerse de Revelar sus Fuentes o el Producto de sus Investigaciones que no Hayan Sido Publicadas. Consultable en la *Gaceta de Jurisprudencia* y Tesis en materia electoral, TEPJF, año 4, núm. 9, 2011, pp. 39 y 40. Dicha jurisprudencia se integró con lo resuelto además en los expedientes SUP-RAP-141/2008, SUP-RAP-216/2009 y SUP-RAP-105/2010.

³³SUP-RAP-234/2009, sentencia del 4 de septiembre de 2009.

Por otro lado, en el expediente SUP-RAP-280/2009,³⁴ el TEPJF abordó el tema de los reportajes periodísticos en época de campaña electoral. En dicho asunto, se definieron algunos parámetros mínimos que debe cubrir un reportaje periodístico para no considerarse propaganda electoral encubierta: 1) objetividad, la cual debe prevalecer en los reportajes que se hagan sobre partidos políticos y candidatos, lo que implica que exista una adecuada diferenciación entre las opiniones de los periodistas y las de los actores políticos, para no generar confusión en el elector; 2) imparcialidad, en el entendido de que el reportaje no debe ser tendenciosos, atacar o hacer apología de un partido o candidato; 3) contextualización del tema, lo que significa que el reportaje debe estar identificado como tal, evitando cualquier tipo de confusión; 4) forma de transmisión, que a diferencia de la de los promocionales o *spots*, debe concretarse a un número limitado de transmisiones, en un contexto específico, que no la hagan perder su calidad de labor periodística, es decir, el reportaje es un género periodístico y no publicitario como el *spot* o promocional; 5) periodo de transmisión, es decir, su difusión debe sujetarse a los mismos términos que las limitantes establecidas respecto de la propaganda electoral, por ejemplo, en la época de veda o durante el periodo entre la finalización de las precampañas y el inicio de las campañas electorales; y 6) gratuidad, lo que significa que los reportajes que se realicen en materia política respecto de partidos o candidatos no deben implicar el pago de una contraprestación económica por concepto de su realización ni mucho menos de su transmisión o difusión, porque ello implicaría la contratación o adquisición de espacios en los medios masivos de comunicación. Por ende, “el objeto de la prohibición constitucional (de adquirir tiempos en radio y televisión) no comprende los tiempos de radio y televisión, que se empleen para la difusión de las distintas manifestaciones periodísticas, auténticas o genuinas, por parte de esos medios de comunicación”.

Otro de los aspectos fundamentales que hemos venido mencionando es la necesidad de verdadera pluralidad en los medios. Sobre el particular, al resolver el expediente SUP-RAP-40/2012,³⁵ el TEPJF sostuvo que los candidatos pueden ser entrevistados, aun en campaña electoral, pudiendo hablar libremente de sus propuestas, siempre y cuando se acredite que ello ocurrió en el contexto de un verdadero ejercicio del periodismo, lo cual está amparado por el derecho a informar y ser informado, siempre que dicho ejercicio se lleve a cabo de manera equitativa, es decir, que a través de él se dé voz por igual a todos o a la mayoría de los contendientes.

Uso de grabaciones ilícitas en la propaganda. Otro de los criterios sostenido por el TEPJF es el relativo al uso de grabaciones ilícitas en la propaganda. En el asunto con número de expediente SUP-RAP-148/2013,³⁶ se sostuvo que, respecto del uso propagandístico de grabaciones ilícitas difundidas por los medios de comunicación, so pretexto de que resultan hechos públicos, noticiosos o conocidos, no resulta acorde con la legalidad. Además, “cualquier grabación o medio de prueba derivado de la intervención

³⁴SUP-RAP-280/2009, sentencia del 28 de octubre de 2009.

³⁵SUP-RAP-40/2012, sentencia del 29 de febrero de 2012.

³⁶SUP-RAP-148/2013, sentencia del 23 de enero de 2014.

de una comunicación privada, constituye una prueba ilícita que carece de todo valor probatorio en materia electoral.” En consecuencia, tales grabaciones ilícitas no deben emplearse en la propaganda de los partidos políticos.³⁷

Sistema de protección dual. De manera coincidente con la Corte IDH y la SCJN, el TEPJF también se ha pronunciado sobre el sistema dual de protección de la libertad de expresión. En ese contexto, ha señalado que “la libertad de expresión y el derecho a la información gozan de mayor grado de protección cuando están relacionados con temas que atañen a funcionarios públicos o candidatos a ocupar cargos públicos, e incluso, de particulares involucrados voluntariamente en asuntos públicos, en tanto que por la naturaleza pública de las funciones que desempeñan, se encuentran sujetos a un tipo diferente de protección de su reputación o de su honra frente a las demás personas [...] La libertad de expresión en el debate político constituye el cimiento de cualquier sistema democrático, porque es importante que las opiniones y la información de toda clase circulen libremente para que los ciudadanos estén informados [...] El ejercicio de la libertad de expresión en el debate político electoral contribuye a la formación de la decisión ciudadana, al permitir el análisis de las opciones que representan los partidos políticos y los servidores públicos emanados de sus filas”.³⁸

Reflexión final

Como se ha expuesto, los principales criterios aplicables a la libertad de prensa en particular, y a la libertad de expresión en general, en relación con los derechos políticos y el acceso a la información político-electoral, están definidos, sustancialmente, por la maximización del debate público y la prohibición de la censura previa, en los términos definidos por la jurisprudencia y la doctrina internacional; así como, respecto a la vida privada o a los derechos de terceros, por el principio de protección dual, en el sentido de que los límites del derecho a la libertad de expresión en el ámbito público se ensanchan, permitiendo la apertura a un debate en que la crítica puede ser más fuerte y vigorosa, y en el que las ideas, incluso las que pueden resultar incómodas, deben ser tenidas como parte de la pluralidad.

Coincidentemente con ello, es importante enfatizar que la actividad periodística, al ser una forma de profesionalización de la actividad de comunicar, de expresar libremente las ideas, requiere un marco reforzado de protección. En otras palabras, el papel de los medios de comunicación y su incidencia en la vida colectiva contemporánea, particularmente en la vida política, resulta esencial para el buen desempeño del sistema democrático y la consecución de sus fines, pues se requiere de información útil,

³⁷Jurisprudencia 10/2012 con rubro Grabación de Comunicaciones Privadas. Carece de Valor Probatorio en Materia Electoral. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, TEPJF, año 5, núm. 10, 2012, pp. 23 y 24.

³⁸SUP-REP-86/2016, sentencia del 25 de mayo de 2016, pp. 25 y 26. También la jurisprudencia 11/2008, Libertad de Expresión e Información. Su Maximización en el Contexto del Debate Político. Consultable en *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, TEPJF, año 2, núm. 3, 2009, pp. 20 y 21.

expresada con entera libertad y pluralidad, para que en el ámbito de la participación pública se puedan tomar decisiones con un conocimiento cierto de la realidad social.

Finalmente, no pueden dejarse de lado dos aspectos. Por un lado, la concentración de medios y su incidencia en el proceso político a partir del uso estratégico de relaciones privilegiadas entre los medios preponderantes y representantes de la clase política que puede traducirse en una ventaja electoral indebida; y la situación imperante en el país respecto a los riesgos, amenazas y violencia en contra de periodistas, que la relatoría sobre libertad de expresión de la CIDH ha calificado como acuciante y preocupante en la región, siendo la “forma de censura más extrema” y, desafortunadamente, un señalamiento constante para nuestro país y para el continente americano durante los últimos años, donde, entre 2010 y 2015, “150 periodistas y trabajadores de medios de comunicación fueron asesinados [...], presuntamente por motivos vinculados al ejercicio de la libertad de expresión, por informar, comentar u opinar sobre hechos y situaciones que se sucedían en su comunidad. Esto significa que cada 14 días un periodista es asesinado en América”.³⁹

Por lo mismo, “[l]os Estados deben establecer sistemas efectivos para prevenir las amenazas y agresiones contra los medios de comunicación y otros actores que ejerzan su derecho de libertad de expresión, así como para investigar tales agresiones cuando se produzcan, juzgar a los responsables y resarcir a las víctimas. Esta obligación adquiere especial relevancia durante los periodos de elecciones”.⁴⁰

Esto es así, puesto que “la violencia y acoso contra la prensa durante los procesos electorales y políticos sigue siendo una forma común de obstaculizar la libre expresión de las ideas políticas en muchos países.”⁴¹

Otro aspecto que debe considerarse al momento de regular la cuestión de los medios o de analizar un asunto en materia electoral que implique el análisis de su conducta, es el relativo al control público de los medios y a su pluralismo; así, por ejemplo, los relatores especiales sobre libertad de expresión en su Declaración Conjunta sobre Medios de Comunicación y Elecciones han advertido que, en ocasiones, el “Gobierno en ejercicio recibe una cobertura desproporcionada y excesivamente favorable por parte de los medios de comunicación, ya sea como resultado de su control [...] o de su estrecha relación con estos”, asimismo, señalan que “sólo un entorno diverso de medios de comunicación puede asegurar la difusión de todas las posturas y perspectivas políticas durante las campañas electorales”. De ahí que los Estados deban “prevenir la concentración indebida de la propiedad de los medios de comunicación y la adopción de medidas para promover la diversidad de contenidos”, al tiempo que deben garantizar que los medios de comunicación tengan la libertad de informar sobre cuestiones electorales, así como el derecho a que “partidos o candidatos que hayan sido difamados de manera ilegítima o que hayan sufrido algún perjuicio ilegítimo como resultado de

³⁹OEA, RELE, comunicado de prensa R124/15, 2 de noviembre de 2015, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expression/showarticle.asp?artID=1006&IID=2> (Consulta: 29/mayo/2016).

⁴⁰Declaración conjunta sobre medios de comunicación y elecciones, *op. cit.*

⁴¹Informe del relator especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, doc. A/HRC/26/30, 2 de julio de 2014, párr. 34.

declaraciones formuladas en los medios de comunicación durante un periodo electoral [tengan] el derecho a que se rectifiquen inmediatamente tales declaraciones o a reclamar una reparación ante los tribunales de justicia”.

La *Declaración* también orienta el actuar de todos los medios de comunicación públicos, incluidas las emisoras de servicio público, durante un periodo electoral, entre otras, respecto de las siguientes obligaciones: a) “asegurarse de que el electorado reciba información sobre cuestiones electorales, como el rol de las elecciones en la democracia, la forma de ejercer su derecho de voto, los principales temas electorales y las posiciones en cuanto a políticas que sostienen los distintos partidos y candidatos que se disputan la elección”, ello incluye la organización de debates y entrevistas a los distintos líderes y candidatos; b) “respetar normas estrictas que aseguren la imparcialidad y el equilibrio, en especial al informar sobre los partidos políticos gobernantes y las decisiones y los actos del Gobierno durante un periodo de elecciones”; c) “otorgar a todos los partidos y candidatos un acceso igualitario a los medios de comunicación”; d) “asegurarse de que, las encuestas de opinión y los pronósticos electorales, se difundan con suficiente información para que el electorado comprenda adecuadamente su relevancia”.

Lo anterior es compatible con lo señalado también por la Corte IDH y el TEDH, en el sentido de que “la libertad de expresión no garantiza una protección ilimitada a los periodistas, inclusive en asuntos de interés público”; pues, aunque están amparados bajo dicha libertad, “deben ejercer sus labores obedeciendo a los principios de un periodismo responsable, es decir, actuar de buena fe, brindar información precisa y confiable, reflejar de manera objetiva las opiniones de los involucrados en el debate público y abstenerse de caer en sensacionalismos”. Ello dado que “el desarrollo de un periodismo responsable y ético es de particular relevancia en una sociedad contemporánea donde los medios no sólo informan sino también pueden sugerir, a través de la manera como presentan la información, la forma en que dicha información debe ser entendida”.⁴²

Lo anterior ilustra la doble dimensión en la protección de la libertad de periodismo e imprenta, en general y en el marco de los procesos electorales, en particular, un delicado equilibrio que va de la libertad de expresión de los medios al derecho a la información de la ciudadanía.

Bibliografía

- BUENDÍA, José y José Manuel Azpiroz, *Medios de comunicación y la reforma electoral 2007-2008. Un balance preliminar*, Temas Selectos de Derecho Electoral núm. 26, México, TEPJF, 2011.
- ESTEINOU MADRID, Javier, *Hacia un modelo ciudadano de comunicación electoral para la construcción de la democracia en México*, México, TEPJF, 2013.

⁴²Cfr. TEDH, *Novaya Gazeta y Borodyanskiy vs. Rusia* (2013), párr. 37, y *Stoll vs. Suiza [Gran Sala]* (2007), párr. 104, Cit. Corte IDH, caso “Granier y otros”, párr. 139.

- GARCÍA CALDERÓN, Carola y Leonardo Figueiras Tapia, *Medios de comunicación y campañas electorales 1988-2000*, México, UNAM-Plaza y Valdés Editores-SICI, 2006.
- HIRALES M., Gustavo (ed.), *Medios, ética y elecciones*, México, IFE-PNUD-Taller de periodismo iberoamericano-TEPJF-UIA-Konrad Adenauer Stiftung, 2002.
- LÓPEZ NORIEGA, Saúl, “El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ante los medios de comunicación”, en AA.VV., *Los derechos políticos en el siglo XXI. Un debate judicial. Memoria del III Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral del TEPJF*, Carlos Báez Silva y Luis Efrén Ríos Vega (coords.), México, Tirant lo Blanch-TEPJF, 2014
- MORALES MANZANARES, Rodrigo, “Medios de comunicación y campañas políticas. Control jurisdiccional, diseño institucional y conducta de los actores” en AA.VV., *Los derechos políticos en el siglo XXI. Un debate judicial. Memoria del III Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral del TEPJF*, Carlos Báez Silva y Luis Efrén Ríos Vega (coords.), México, Tirant lo Blanch-TEPJF, 2014
- MUÑOZ GAJARDO, Sergio, “Equidad y neutralidad de los medios de comunicación en los procesos electorales”, en AA.VV., *Los derechos políticos en el siglo XXI. Un debate judicial. Memoria del III Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral del TEPJF*, Carlos Báez Silva y Luis Efrén Ríos Vega (coord.), México, Tirant lo Blanch-TEPJF, 2014.
- RÍOS VEGA, Luis Efrén, “La ‘regla de la propaganda fraudulenta’. Libertad, equidad y neutralidad en los medios”, en AA. VV., *Tópicos electorales. Un diálogo judicial entre América y Europa*, Luis Efrén Ríos (ed.), Madrid, TEPJF-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, pp. 191-275.

Jurisdicción militar y sus límites

Introducción

Uno de los grandes retos que todo gobierno civil democrático enfrenta es la necesidad de encauzar las acciones y el funcionamiento de las fuerzas armadas dentro de las reglas básicas del Estado de Derecho, sin comprometer el *sprit de corps* y la eficiencia de dichas fuerzas (cfr. Agüero, 1995; Barany, 2012; Serra, 2010). En otras palabras, un ejército que posibilite la gobernabilidad democrática requiere ser por un lado, subordinado y absolutamente leal al Estado de Derecho y a los políticos electos por el pueblo, y por el otro, suficientemente autónomo y profesionalizado para hacer viable el cumplimiento eficaz de sus funciones (Barany, 2012). Como señala el ex ministro de Defensa español, Narcís Serra:

encontrar un equilibrio entre el control de las fuerzas armadas y el mantenimiento de la disciplina, por un lado, y la colaboración necesaria con el fin de construir y aplicar un nuevo marco democrático de relaciones entre civiles y militares, por el otro, es uno de los retos más difíciles en un periodo de consolidación de la democracia (Serra, 2010: 153).

La jurisdicción militar y sus límites son clave para lograr este delicado balance.

La jurisdicción o el fuero militar tradicionalmente se ha justificado con base en la premisa que afirma que las características propias de la tarea de las fuerzas armadas hace indispensable establecer fiscales, tribunales y un conjunto de leyes que incorporen la especificidad de dicha actividad, y que provean de estabilidad institucional y seguridad jurídica a los miembros del ejército.

Sumario

Introducción	655
Dimensiones de la jurisdicción militar	656
La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la jurisdicción militar	658
Relación de la jurisprudencia de la CIDH con las cortes nacionales	661
Bibliografía	664

A pesar de que este razonamiento a favor de una jurisdicción separada para las fuerzas armadas tiene mérito, en lugares con una historia de intervenciones militares como la región latinoamericana, este fuero ha dado paso a la impunidad y la arbitrariedad. En particular, en algunos países y bajo ciertas circunstancias, la jurisdicción militar se convirtió en un cheque en blanco que permitió que no se castigara apropiadamente a miembros del ejército que había cometido acciones tipificadas como delitos graves en el fuero civil, las cuales no tenían nada que ver con su misión especializada. Asimismo el fuero ha sido utilizado como un medio para dejar sin castigo la represión de los oponentes políticos. En esos lugares, los miembros del ejército se acostumbraron a que la jurisdicción militar tuviera un alcance muy amplio y a que éste resistiera todos los intentos de reducirlo, ya fuese por vía judicial u por otra vía.

Como argumenta Juan Rial (2010), en las últimas dos décadas muchos países de América Latina han emprendido procesos para acotar de manera fundamental a la jurisdicción militar. En algunos casos incluso se ha llegado a su eliminación o, al menos, a su limitación radical. En otros casos, se ha buscado normarla de forma clara para asegurar que los civiles no puedan juzgados por ella, que los militares tengan garantías de debido proceso, que existan reglas claras para el ejercicio de la fuerza, y que las posibilidades de un marco jurídico de carácter sumario para tiempos excepcionales estén fuertemente restringido. El proceso de delimitación jurídica del fuero militar ha adquirido una creciente relevancia debido a la creciente participación de las fuerzas armadas en tareas de seguridad interna en nuestro sub-continente (véase Cruz y Diamint, 1988; Diamint, 2015). En este proceso la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha sido fundamental. Como detallaremos más adelante, en una serie de decisiones que versan directamente sobre la jurisdicción militar (y otras relacionadas con el proceso penal en general, véase Ferrer Mac-Gregor, 2016) la CIDH ha establecido estándares claros y relevantes en este tema. Pero antes de presentar estas decisiones, y los casos de México, Colombia y Perú, introduciremos un marco general que nos permitirá comprender las dimensiones involucradas en el fuero militar, y por tanto, las diversas formas de normarlo.

Dimensiones de la jurisdicción militar

En este texto diferenciamos dos dimensiones de la jurisdicción militar: su alcance o extensión y su funcionamiento interno. El alcance del fuero militar es esencialmente una respuesta a la pregunta: ¿quién puede ser juzgado en los tribunales militares, bajo qué circunstancias y por qué delitos? En términos generales, las respuestas a esta pregunta se pueden organizar en una serie de categorías ordenadas de mayor a menor alcance en el ámbito del fuero militar: 1) personal militar y civiles, en casi cualquier circunstancia; 2) personal militar y civiles, sólo en situaciones de emergencia; 3) sólo personal militar, en cualquier circunstancia; 4) sólo personal militar, sólo en circunstancias en que se cometieron delitos durante el servicio; 5) sólo personal militar, sólo cuando delitos estrictamente militares estén involucrados; 6) ni siquiera el personal

militar cuando se trate de delitos graves contra la humanidad y la violación de los derechos humanos; 7) nadie nunca, esto ocurre cuando se ha abolido el fuero militar.

Si bien las categorías extremas son posibilidades teóricas que difícilmente tienen lugar como tales en la realidad, sí existen casos concretos que están cerca a esos extremos. Por ejemplo, Chile durante el régimen de Pinochet amplió el alcance del fuero militar para incluir muchos delitos comunes (Bovino, 1998). En el otro extremo, hay casos como el de Costa Rica, donde se abolió el ejército, y también casos como Francia, Alemania o Argentina, que han desaparecido el fuero militar dentro de sus fronteras y sólo lo han aceptado en casos de guerra exterior o en barcos militares (Pedroza de la Llave, 2011). Nótese que entre las categorías intermedias, donde sólo personal militar puede aparecer ante los tribunales castrenses, la diferencia se establece por las siguientes consideraciones: primero si cualquier delito que haya sido cometido por un miembro de las fuerzas armadas es admitido en los tribunales militares; o sólo los delitos cometidos por oficiales pero que hayan ocurrido en el desempeño de una misión o servicio específicos. Ello limita no sólo los *sujetos* que pueden ser juzgados en tribunales castrenses, sino *las circunstancias* bajo las que ocurren los delitos susceptibles de ser remitidos a dichos tribunales. Segundo, también se distingue el *tipo* de delitos, en particular si sólo delitos estrictamente militares, tales como la cobardía, la insubordinación o la traición, pueden juzgarse bajo el fuero militar o si se incluyen otro tipo de delitos. En resumen, las respuestas a las interrogantes quién, cuándo y por qué determinan la extensión de la jurisdicción militar. Por ejemplo, el Artículo 13 de la Constitución mexicana de 1917 establece una extensión o alcance bastante limitado de la jurisdicción militar:

Artículo 13.- [...] Subsiste el fuero de guerra para los *delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares, en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre las personas que no pertenezcan al Ejército*. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda (énfasis añadido).

Otra dimensión relevante de la jurisdicción militar es la relacionada con su funcionamiento interno. Esta dimensión puede ser entendida como la forma en que el proceso judicial se lleva a cabo dentro del fuero militar, por ejemplo, la duración de los procedimientos, la composición de los tribunales militares, los derechos de la víctima y del acusado, y la determinación de sus castigos. En esta dimensión se puede también determinar un continuo donde en un extremo, encontraríamos una jurisdicción militar cuyos procedimientos son iguales a los de un proceso en un tribunal ordinario, y en el otro extremo encontraríamos una jurisdicción militar totalmente autónoma con procedimientos y garantías distintas a las de la jurisdicción ordinaria y no sujetos a revisión por parte del poder judicial. De nuevo, estos extremos son posibilidades teóricas que no ocurren como tales en la realidad, sin embargo son útiles para analizar la dimensión interna de la jurisdicción militar en países concretos que se puede situar más cerca de un extremo u otro.

Por ejemplo, Eto Cruz y Landa señalan que en la Constitución de 1993 del Perú

se prohíbe por expreso mandato que el Poder Judicial pueda revisar las resoluciones del Consejo Supremo de Justicia Militar... Cualquier pena privativa de libertad que impongan los jueces militares y que puede llegar hasta la imposición de cadena perpetua quedaría jurisdiccionalmente consentida en el fuero militar, sin posibilidad de que sea revisada por el poder judicial. Y este peligro no es sólo para aquellos civiles alzados en armas, sino y fundamentalmente también, al propio estamento militar (Eto Cruz, Landa Arroyo y Palomino Manchego, 1997: 390).

En el polo opuesto se encuentra el caso de Argentina donde en 2007 llegó a la Corte Suprema un caso cuestionando faltas al debido proceso penal en la jurisdicción militar y los ministros Zaffaroni y Lorenzetti (en votos particulares) argumentaron que la jurisdicción militar en sí misma es inconstitucional ya que viola principios fundamentales como el de la independencia judicial y el de “juez natural” (véase *Caso López*. Fallos 54: 577; 310: 1797, marzo de 2007). En 2008, siguiendo este razonamiento, el Congreso de Argentina derogó la jurisdicción militar.

Nótese, finalmente, que ambas dimensiones de la jurisdicción militar (su alcance y su funcionamiento interno) están relacionadas pero son claramente distinguibles. Por ejemplo, piénsese en el caso de un delito estrictamente militar (como insubordinación o desertión), cometido por un miembro activo de las fuerzas armadas en una misión específica. Este caso hipotético satisface todas las características requeridas para poder ser juzgado en un tribunal castrense. Sin embargo, todavía faltaría determinar la otra dimensión del fuero militar, es decir, cómo sería investigado y juzgado. Por ejemplo, en algunos países se permite que los jueces militares sean miembros activos de las fuerzas armadas, mientras que en otros esto está prohibido ya que se considera que estar en actividad y contar —por lo general— con un rango superior, violaría el principio de neutralidad del juez. En algunos países esta característica del proceso podría ser cuestionada ante un juez ordinario. De igual modo, los tiempos procesales y los derechos de las víctimas y de los acusados pueden variar considerablemente y, en algunos países, pueden ser llevados frente a la justicia ordinaria con base en el procedimiento penal (en el extremo el fuero como tal puede ser cuestionado y abolido como en el caso de Argentina mencionado anteriormente). Tenemos de este modo un marco general para comprender las diversas opciones para normar el fuero militar.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la jurisdicción militar

Desde su creación y hasta 2015 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha decidido 140 casos relacionados con la materia penal y, de éstos, aproximadamente 12 por ciento tratan directamente el tema de la jurisdicción militar (*cfr.* Ferrer Mac-

Gregor, 2016: 59).¹ En un desarrollo jurisprudencial notable desde la primera sentencia sobre este tema la CIDH ha dejado claro que:

En un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. Por ello, el Tribunal ha señalado que en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.²

Asimismo, la Corte Interamericana ha establecido que “la jurisdicción militar no es el fuero competente para investigar a los autores de violaciones de derechos humanos, sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria”.³

Es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido tres criterios claros para determinar el alcance o la extensión de la jurisdicción militar: 1) solamente los miembros activos de las fuerzas armadas, y nunca los civiles, pueden ser investigados y juzgados en el fuero militar; 2) solamente por los delitos que tienen una estrecha relación con el ejercicio de la función militar (*i.e.* delitos castrenses o de función) y que tengan lugar durante el desempeño de un servicio o misión específica;

¹La lista de casos en orden cronológico incluye: 1) Caso “Loayza Tamayo *vs.* Perú”, fondo, sentencia del 17 de septiembre de 1997; 2) Caso Loayza Tamayo *vs.* Perú”, reparaciones y costas, sentencia del 27 de noviembre de 1998; 3) Caso Castillo Petrucci y otros *vs.* Perú”, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 30 de mayo de 1999; 4) Caso “Cesti Hurtado *vs.* Perú”, fondo, sentencia del 29 de septiembre de 1999; 5) Caso “Durand y Ugarte *vs.* Perú”, fondo, sentencia del 16 de agosto de 2000; 6) Caso “Cantoral Benavides *vs.* Perú”, fondo, sentencia de 18 de agosto de 2000; 7) Caso “Las Palmeras *vs.* Colombia”, fondo, sentencia del 6 de diciembre de 2001; 8) Caso “Myrna Mack Chang *vs.* Guatemala”, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 25 de noviembre de 2003; 10) Caso “19 Comerciantes *vs.* Colombia”, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 5 de julio de 2004; 11) Caso “Lori Berenson Mejía *vs.* Perú”, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 25 de noviembre de 2004; 12) Caso de la “Masacre de Mapiripán *vs.* Colombia”, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 15 de septiembre de 2005; 13) Caso “Palamara Iribarne *vs.* Chile”, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 22 de noviembre de 2005; 14) Caso de la Masacre de Pueblo Bello *vs.* Colombia”, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de enero de 2006; 15) Caso “Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006; 16) Caso “La Cantuta *vs.* Perú”, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de noviembre de 2006; 17) Caso de la “Masacre de la Rochela *vs.* Colombia”, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 11 de mayo de 2007; 18) Caso “Escué Zapata *vs.* Colombia”, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 4 de julio de 2007; 19) Caso “Zambrano Vélez y otros *vs.* Ecuador”, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 4 de julio de 2007; 20) Caso “Tiu Tojín *vs.* Guatemala”, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre de 2008; 21) Caso “Usón Ramírez *vs.* Venezuela”. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 20 de noviembre de 2009; 22) Caso “Radilla Pacheco *vs.* México. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2009; 23) Caso “Fernández Ortega y otros. *vs.* México”. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 30 de agosto de 2010; 24). Caso “Rosendo Cantú y otra *vs.* México”. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2010; 25) Caso “Argüelles y otros *vs.* Argentina”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 20 de noviembre de 2014; 26) Caso “Quispialaya Vilcapoma *vs.* Perú”, 2015. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2015.

²Caso “Radilla Pacheco *vs.* Estados Unidos Mexicanos”, párr. 272.

³Caso “Nadege Drozema *vs.* República Dominicana”, párrs. 187.

y 3) nunca los delitos de lesa humanidad y aquéllos en los que ha habido violaciones graves de derechos humanos (*cfr.* Ferrer Mac-Gregor, 2016: 65-66).

En cuanto a los procedimientos internos la CIDH ha señalado problemas respecto a la independencia e imparcialidad de los jueces militares. En específico, la CIDH ha establecido que cuando los juzgadores o fiscales en la jurisdicción militar son miembros en activo de las fuerzas armadas se compromete su imparcialidad ya que es probable que “tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que se encuentren involucrados en la controversia”⁴ debido a que las fuerzas armadas tienen la doble función de combatir militarmente a ciertos grupos y de juzgar e imponer penas a miembros de dichas organizaciones (que pueden ser los civiles implicados).⁵

La potencial falta de imparcialidad en juzgadores y fiscales militares está también presente cuando oficiales en activo desempeñan estas funciones en tribunales castrenses ya que pertenecen a una estructura jerárquica y por lo tanto tienen una relación de sub o supra ordinación con los acusados y/o acusadores. Las decisiones en tribunales y fiscalías castrenses, por tanto, pueden estar indebidamente influidas por factores externos al caso específico como pueden ser los ascensos, incentivos profesionales, y la asignación de funciones de sus inferiores o superiores.⁶ Otro elemento importante es, de acuerdo con el juez Diego García Sayán, que los jueces y fiscales militares no cuentan con garantías suficientes de inmovilidad y que no posean una formación jurídica adecuada para desempeñar el cargo de juez o fiscal (citado en Ferrer Mac-Gregor, 2016: 68).

La regulación del uso de la fuerza letal no ha sido directamente analizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como parte de la jurisdicción militar. Sin embargo, esta Corte sí ha establecido algunos criterios relevantes al respecto. Por considerarlo relevante para la jurisdicción militar incluimos aquí unas breves referencias. Por ejemplo, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha sentenciado que:

en tiempos de paz los agentes del Estado deben distinguir entre las personas que, por sus acciones, constituyen una amenaza inminente de muerte o lesión grave y aquellas personas que no presentan esa amenaza, y usar la fuerza sólo contra las primeras.⁷

De igual modo, ha decretado que

el uso de la fuerza letal y las armas de fuego contra las personas debe estar prohibido como regla general, y su uso excepcional deberá estar formulado por ley y ser interpretado restrictivamente, no siendo más que el “absolutamente necesario” en relación con la fuerza o amenaza que se pretende repeler.⁸

⁴Caso “Palamara Iribarne *vs.* Chile”, párr. 146.

⁵Caso “Durand y Ugarte *vs.* Perú”, párr. 125.

⁶Caso “Castillo Petrucci y otros *vs.* Perú”, párr. 130.

⁷Caso “Zambrano Vélez y Otros *vs.* Ecuador”, párr. 85.

⁸Caso “Familia Barros *vs.* Venezuela”, párr. 49.

Cuando los miembros de las Fuerzas Armadas participan en labores de seguridad interna es imperativo que tengan en cuenta estos principios del uso letal de la fuerza pues en general su formación y preparación difiere de aquéllas de las fuerzas de policía que originalmente fueron pensadas para ese fin. Los criterios del uso de la fuerza letal son importantes para la jurisdicción militar pues su violación o acatamiento están relacionados con los potenciales delitos que están incluidos o excluidos para ser investigados y juzgados en tribunales militares.

Es interesante resaltar otro caso reciente, “Argüelles y otros *vs.* Argentina” de 2014, porque fue el primer de la CIDH donde las víctimas eran militares, por faltas que en principio no eran graves violaciones de derechos humanos, sino de manejo de recursos económicos al interior del ejército y donde se cuestionaron procedimientos internos a la jurisdicción militar. En particular, los oficiales de las fuerzas armadas involucrados en el caso, se quejaron de la forma como les fue administrada la justicia. Adujeron, entre otras cuestiones, que no se les permitió elegir a un abogado letrado para su defensa y que los tiempos procesales no fueron adecuados. La Corte Interamericana de Derechos Humanos dio en varios puntos la razón a los quejosos, lo cual es muy trascendente pues toca la dimensión del funcionamiento interno del fuero militar que ha sido tradicionalmente menos discutida que la dimensión de la extensión.

Relación de la jurisprudencia de la CIDH con las cortes nacionales

Es posible decir que la CIDH ha llegado a un estándar claro en cuanto a los alcances de la jurisdicción militar y también sobre algunos puntos clave de su funcionamiento interno. Sin embargo, existe una interesante variación en cómo los países de la región han normado el fuero militar: mientras algunos han alcanzado o incluso superado dicho estándar, otros por el contrario, tienen todavía importantes tareas pendientes al respecto (véase Hunneus, 2012, entre otros). Por ejemplo, en Brasil durante el periodo 2002-2012 aproximadamente el 13.5 por ciento de los acusados en casos llevados en la jurisdicción militar eran civiles (unos 2,555 casos).⁹ Chile es otro país donde la jurisdicción militar tiene un alcance mayor al que la CIDH ha establecido (Pereira y Zaverucha, 2005). En el otro extremo encontramos a Argentina donde, como mencionamos, en 2008 el Congreso derogó el Código de Justicia Militar y la jurisdicción militar por considerarla inconstitucional. En los párrafos siguientes, presentamos un breve esbozo de los casos de Colombia, Perú y México y cómo se ha incorporado la jurisprudencia de la CIDH en el ámbito nacional (para un análisis más detallado de estos tres casos véase Ríos Figueroa, 2016).

El caso de Colombia es interesante pues las decisiones más relevantes de la Corte Constitucional de ese país respecto a la extensión del fuero militar preceden las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre este tema. En particu-

⁹“Julgamento Militar é posto em debate”, *O Globo*, 3 de agosto de 2014.

lar, después de una serie de sentencias relacionadas con los estados de emergencia y las fuerzas armadas en Colombia, la Corte Constitucional en la sentencia C-358 1997 (Ministro Ponente [MP] Eduardo Cifuentes Muñoz) estableció tres condiciones para que un caso pudiera ser investigado y juzgado en la jurisdicción militar: 1) que esté implicado un miembro de las fuerzas armadas (criterio subjetivo), 2) que haya una relación próxima y directa entre el delito y el servicio o misión militar en la que ocurre (criterio funcional), y 3) que no se trate de violaciones graves a los derechos humanos. Como vemos, éstos son los mismos criterios que posteriormente adoptaría y desarrollaría la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En una serie de sentencias posteriores (eg. C-878 2000 MP Humberto Sierra Porto y SU-1184 2001 MP Eduardo Montealegre) la Corte Constitucional Colombiana fue justificando las tres condiciones antes mencionadas, y progresivamente detallando y clarificando su contenido. Por ejemplo, estableció qué significa que un delito ocurra durante un “servicio o misión” y también explicó por qué los delitos graves contra los derechos humanos deben quedar excluidos de la jurisdicción militar.

Es interesante añadir que respecto a la regulación del uso de la fuerza letal es también la Corte Constitucional de Colombia la que ha avanzado de manera más consistente en la región. Por ejemplo, en una serie de decisiones ha construido el bloque de constitucionalidad colombiano y ha incorporado paso a paso los principios del uso de la fuerza establecidos en los documentos que conforman el Derecho Internacional Humanitario (la Convención de Ginebra y los Protocolos I y II adicionales) (véase C-225 1995 MP Alejandro Martínez). Esta Corte ha incluso argumentado que son los jueces de la justicia ordinaria los encargados de calificar si una situación tiene las características de un conflicto armado interno y, por tanto, si el Derecho Internacional Humanitario debe emplearse o no (véase C-291 2007 MP Manuel José Cepeda). El desarrollo de esta jurisprudencia es tal que la Corte ha desarrollado límites geográficos, materiales y temporales para la aplicación del Derecho Internacional Humanitario en Colombia (C-291 2007 MP Manuel José Cepeda).

Perú, en contraste con Colombia, es el país sobre el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos decidió el primer caso respecto a la jurisdicción militar (es el Caso “Loayza Tamayo vs. Perú”, septiembre de 1997) y el país que en general ha sido más demandado en este tema frente a la Corte Interamericana. Después de cinco casos contra Perú decididos por la Corte Interamericana entre 1997 y 2000, y después de la caída del régimen de Alberto Fujimori, el Tribunal Constitucional del Perú decidió una serie de casos en los que puso al día la jurisdicción militar en ese país con los estándares establecidos por la Corte Interamericana (véase Lovatón Palacios, 2007). El Tribunal Constitucional Peruano primero estableció que los delitos ordinarios y no militares (o delitos “de función” en términos usados por el Tribunal peruano) pertenecen a la jurisdicción ordinaria y no a la militar (véase Exp. 010-2002-AI/ TC). El tema de los delitos de función y el tema de la composición de los tribunales militares (en específico, la prohibición de que los jueces sean militares en activo) son los que más han ocupado al Tribunal Peruano en su adaptación de las sentencias de la Corte Interamericana.

Sin embargo, en el Perú la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el fuero militar no ha sido progresiva (a diferencia de lo que ha ocurrido en Colombia): después de las elecciones de 2006 el cambio de jueces constitucionales ha traído consigo un cambio en la jurisprudencia sobre la jurisdicción militar. En específico, en la sentencia Exp. 00001-2009-PI/TC el Tribunal argumentó no solamente que es constitucional que oficiales de las fuerzas armadas en activo sean jueces y fiscales en la jurisdicción militar (revirtiendo su propia jurisprudencia anterior y la de la Corte Interamericana) sino que jueces y fiscales militares sean designados directamente por el Presidente de la República (Justicia Viva, 2010). En suma, en el caso del Perú ha habido un diálogo constante aunque no lineal entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional de ese país respecto a la jurisdicción militar.

En el caso de México, como dijimos arriba, el Artículo 13 constitucional es muy restrictivo respecto al fuero militar. Sin embargo, la trayectoria jurisprudencial sobre este tema no siempre ha reflejado el texto del Artículo 13 (véase Cossío, 2010; Pozas Loyo y Ríos Figueroa, 2013; Mejía Garza, 2011). A grandes rasgos, desde 1920 hasta aproximadamente 1940 la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) interpretó el Artículo 13 de manera literal manteniendo un alcance bastante limitado del fuero militar. Pero desde 1940 hasta alrededor del año 2005, la Corte estableció un alcance bastante más amplio de la jurisdicción militar, que implicaba un criterio en donde una gran variedad de delitos podían ser juzgados en un tribunal castrense siempre y cuando hubieran sido cometidos por militares.¹⁰

En la novena época las cosas comenzaron a cambiar pero de manera muy paulatina, con la excepción de algunas restricciones leves respecto a qué delitos eran propios del fuero militar, la SCJN mantuvo durante varios años un marcado silencio respecto al fuero militar.¹¹ Más de una década después de la reforma de 1994, las decisiones de la Suprema Corte mexicana respecto a la jurisdicción militar comprendían poco más de un puñado de tesis jurisprudenciales sobre la dimensión interna de la jurisdicción militar, y una decisión con importantes consecuencias, en 1996, en la que defendió la constitucionalidad de la participación militar en asuntos de seguridad pública interna (Carbonell, 2002; Pedroza de la Llave, 2011).

El cambio importante en la jurisdicción militar en nuestro país ocurrió a partir del Caso “Radilla Pacheco vs. México” decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 22 de noviembre de 2009, en el que la Corte cuestionó la amplia extensión *de facto* del fuero militar en México y sugirió la revisión del Código de Justicia Militar y la vuelta a la extensión de la jurisdicción militar establecida en el Artículo 13 constitucional. La SCJN en el Expediente Varios 912/2010 de junio de 2011, tomó las consideraciones del caso Radilla Pacheco y redujo la extensión del fuero militar de manera que no violase las claras restricciones de Artículo 13. Durante el verano de 2012,

¹⁰En algunos casos, la Suprema Corte de México sostuvo el criterio puro de la “identidad personal”, incluso en los casos de violación a una mujer, robo, o asesinato de un civil que poco o nada tienen que ver con el servicio o las misiones militares (citadas en Pedroza 2011: 185). La Corte invocó explícitamente el criterio de la “identidad personal” incluso hasta finales de 1991.

¹¹Por ejemplo, CONTRADICCIÓN DE TESIS 105/2005-PS. 9a. Época; 1a. Sala; SJF y su *Gaceta*; XXIII, febrero de 2006, p. 248.

la SCJN tomó una serie de decisiones que apoyaban e incluso ampliaban la argumentación de *Radilla*, establecieron que los casos de violaciones de los derechos humanos no debían ser juzgados en tribunales castrenses, y comenzó a delimitar el tipo de crímenes que se pueden atender en los tribunales militares.¹²

En suma, la delimitación jurisprudencial del fuero militar en México ha sido a cuentagotas y la Corte Interamericana ha jugado un importante papel catalizador. Dada la centralidad que han adquirido las fuerzas armadas en el mantenimiento de la seguridad interna de nuestro país, los límites de la jurisdicción militar es un tema que sin duda tocará las puertas de la Corte en años por venir. Nuestro máximo tribunal tiene aún mucho por hacer para generar normas que armonicen el respeto al Estado de Derecho y el eficiente desempeño del ejército mexicano.

Bibliografía

- AGÜERO, F., *Militares, civiles y democracia. La España postfranquista en perspectiva comparada*. Madrid: Alianza Editorial, 1995.
- BARANY, Z., *The Soldier and the Changing State. Building Democratic Armies in Africa, Asia, Europe and the Americas*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2012.
- BOVINO, A., El juzgamiento de civiles. J. Mera Figueroa (ed.), *Justicia Militar y Estado de Derecho*. Santiago, Chile: Universidad Diego Portales, 1998.
- CARBONELL, M., El rol de las fuerzas armadas en la constitución mexicana. *Ius et Praxis*, 8(1), 2002, pp. 35-51.
- COSSÍO, J. R., El fuero militar: alcances y limitaciones. *Cuestiones Constitucionales*, 22(2), 2010, pp. 321-362.
- CRUZ, C. y Diamint, R., The New Military Autonomy in Latin America. *Journal of Democracy*, 9(4), 1988, pp. 115-127.
- DIAMINT, R., A New Militarism in Latin America. *Journal of Democracy*, 26(4), 2015, pp. 155-168.
- ETO CRUZ, G., Landa Arroyo, C. y Palomino Manchego, J., La justicia militar en el Perú. G. Bidart y J. Palomino (eds.), *Jurisdicción militar y constitución en Iberoamérica*. Lima: Grifley, 1997, pp. 353-463.
- FERRER MAC-GREGOR, E., Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal. *Revista IDH*, 59(1), 2016, pp. 29-118.
- HUNNEUS, A. Courts Resisting Courts: Lessons From the Inter-American Court's Struggles to Enforce Human Rights. *Georgetown International Law Journal*, 44(2), 2012, pp. 101-156.
- Justicia Viva, *Nuevo Código Penal Militar Cierra Círculo de Impunidad en Derechos Humanos*. Lima: Instituto de Defensa Legal, 2010.
- LOVATÓN PALACIOS, D., *Tribunal Constitucional y Reforma de la Justicia Militar*. Lima: Palestra, 2007.
- MEJÍA GARZA, R., Jurisdicción militar: leyes y tribunales especiales, *sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde la perspectiva de los Derechos Humanos*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011, pp. 801-838.

¹²Por ejemplo, véase Amparo en Revisión 133/2012.

- PEDROZA DE LA LLAVE, S. T., La reinterpretación constitucional del fuero de guerra o militar en el marco del estado democrático. *Cuestiones Constitucionales*, 25(1), 2011, pp. 152-198.
- PEREIRA, A. y Zaverucha, J., The Neglected Stepchild: Military Justice and Democratic Transition in Chile. *Social Justice*, 32(2), 2005, pp. 115-131. Retrieved from
- POZAS LOYO, A. y Ríos Figueroa, J., The Changing Political and Constitutional Roles of the Mexican Supreme Court : Jurisprudence on Military Jurisdiction, 2013, pp. 1917-2012.
- RÍOS FIGUEROA, J., *Constitutional Courts as Mediators. Armed Conflict, Civil-Military Relations, and the Rule of Law in Latin America*. New York, NY: Cambridge University Press, 2016.
- SERRA, N., *The Military Transition. Democratic Reform of the Armed Forces*. New York, NY: Cambridge University Press, 2010.

Ejecuciones extrajudiciales

Introducción

A continuación expondremos en tres partes el tema de las ejecuciones extrajudiciales. En la primera parte, los antecedentes de la ejecuciones extrajudiciales; después, en la segunda parte, la prohibición de las ejecuciones extrajudiciales, en esta parte exponemos los elementos que la constituyen y obligaciones de los Estados en la materia; en la tercera parte estudiamos la práctica de las ejecuciones extrajudiciales a partir de los *Mandatos e Informes de las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, las visitas a México de organismos internacionales y los criterios de interpretación emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el desarrollo de la exposición se citan convenciones internacionales, costumbre internacional, decisiones judiciales y doctrina, las que constituyen fuentes del derecho internacional, como lo señala el *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38.1*.¹ Estas fuentes del derecho internacional obligan a la autoridad a que sean aplicadas no solamente por su fuente prevista en

¹Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38.1:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.

Sumario

Introducción	667
Prohibición de las ejecuciones extrajudiciales	668
Práctica de las ejecuciones extrajudiciales: informes, visitas y criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	674
Bibliografía	679

la disposición citada, sino también por la aceptación de casi toda la comunidad internacional como conducta debida.²

Prohibición de las ejecuciones extrajudiciales

Antecedentes

Las Naciones Unidas, a través de la Asamblea General, resaltaron su preocupación desde 1968 por las violaciones al derecho a la vida, invitando a los gobiernos a que vigilarán los procedimientos y cumplimiento de garantías para los países donde hubiera pena de muerte.³

En el *Sexto Congreso de la Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, celebrado en Venezuela en el año de 1980, propuso medidas para poner fin a las ejecuciones extralegales,⁴ y reprobó “la práctica de asesinatos y ejecuciones de oponentes políticos o de presuntos delincuentes cometidos por fuerzas armadas, instituciones encargadas de la aplicación de la ley u otros organismos gubernamentales o grupos paramilitares”, que mediante la tolerancia, acción u omisión del Estado actúan.⁵

En este sentido, resulta importante subrayar que “*el Derecho a la vida es el derecho supremo del ser humano*”,⁶ *el cual constituye “el atributo inalienable de la persona humana y forma el valor supremo en la cadena de derechos humanos”*.⁷ El derecho a la vida es reconocido de manera expresa en la Carta Fundamental al ordenar que aún en caso de suspensión de derechos humanos, no se podrá “restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos... a la vida... ni la prohibición de la desaparición forzada...; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”.⁸

En ese mismo año (1980), la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la *Resolución 35/172*, del 15 de diciembre de 1980, reiteró que los Estados deben cumplir con sus compromisos internacionales para el respeto del derecho a la vida y reglas de juicio justo e imparcial. De igual manera, exigió el cumplimiento de obliga-

²Véase, Becerra, Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, 2a. ed., IIJ-UNAM, 2012, México, pp. 1 y sigs.

³ ONU, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, número 2993 (XXIII) del 26 de noviembre de 1968.

⁴ ONU, UNODC, Oficina contra la Droga y el Delito. Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal 1995-2010. 55 años de logros. Austria, 2010, p. 180; y el Informe del Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 35/171.

⁵ONU, Alto Comisionado de la Folleto informativo N° 11 (Rev.1), Ejecuciones Sumarias o Arbitrarias. Ginebra, Ginebra, 2011, pp. 2 y siguientes.

⁶Comité de Derechos Humanos de la Naciones Unidas.

⁷ Cort. EDH, *Affaire Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne, sentencia del 22 de marzo 2001*, párrs. 87 y 94 y Kissangoula, Justin, “Doit a la vie”, pp. 976 y sig. En *Dictionnaire des Droits de l’Homme*, Andriantsimbazovina, Joël et autres, PUF, París, 2008, 1080 pp.

⁸Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 29, párrafo 2do.

ciones derivadas del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, artículos 6º, 14 y 15 relativos a la protección del derecho a la vida y respeto de las garantías judiciales y el debido proceso.

Asimismo, el número de muertes por motivos políticos fueron creciendo en los años ochenta, por lo que la comunidad internacional requirió que órganos especializados de Naciones Unidas se ocuparan de las ejecuciones extrajudiciales. La *Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías* fue la que se ocupó de estos casos, aunque en un inicio era una sola oficina las que analizaría las ejecuciones extrajudiciales con las prácticas de las desapariciones forzadas, pero pronto se solicitó crear dos áreas por sus diferencias y alta incidencia. Las dos primeras “competencias especiales” del Consejo Económico Social (ECOSOC), que surgen, no de instrumentos internacionales, sino de la importancia de los temas, fueron las de desaparición forzada de persona, por lo que se creó el *Grupo de Trabajo contra la Desaparición Forzada o Involuntaria* para conocer de dichos casos; y la segunda, sobre Ejecuciones “sumarias y arbitrarias”,⁹ mediante *Recomendación 1981/29 del ECOSOC y Resolución 1982/35 del 7 de mayo de 1982*, que determinó su mandato. Estamos ante mecanismos temáticos, no convencionales, de protección de derechos humanos, creados por resoluciones de organismos internacionales: ECOSOC, que por su incidencia e importancia se crean “competencias especiales”.

El primer Relator Especial sobre “ejecuciones sumarias y arbitrarias”, de cinco, fue el abogado *Amos Waco*, de Kenia (1982-1992), quien ocupó el cargo durante 10 años hasta 1992; el segundo, el abogado senegalés *Bacre Waly Ndiaye* (1992-1998), quien cumplió con el mandato de las “ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias”; el tercero fue la primera relatora *Asma Jahangir* (1999-2003), a quien le correspondió la primera visita a México; en cuarto le siguió *Philip Alson* (2004-2010); y por último, es el señor *Christof Heyns* (2011-2016), a quien le correspondió la segunda visita a México.

Elementos de las ejecuciones extrajudiciales

La institución “ejecución extrajudicial” requiere algunas precisiones. En primer lugar, en relación con la misma denominación, ya que para unos son lo mismo las ejecuciones extrajudiciales, extralegales, arbitrarias o sumarias,¹⁰ pero para otros sí existen diferencias,¹¹ aunque la tendencia es considerarlos como sinónimos. En relación con la

⁹Symonides, Janusz y Volodin, Vladimir, *Una Guía para los Derechos Humanos. Instituciones, normas y procedimientos*, trad. Islas Colín, Alfredo, et autres, UNESCO, México, 2000, pp. 350 y sigs. www.alfredo.com

¹⁰Jahangir, Asma, Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, Informe de visita a México del 12 al 24 de julio de 1999; y en el mismo sentido, Cabrera Aceves, Mauricio, “Consideraciones sobre el Ejercicio de los Derechos Humanos”, pp. 256 y ss., en *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, s.l.i., s.e., s.a., pp. 249-294.

¹¹Henderson, Humberto. “La ejecución extrajudicial o el homicidio en las legislaciones de América Latina”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica*, vol. 43, 2006, p. 286, nota 15. El autor considera que “Ejecución sumaria es aquella privación arbitraria de la vida, cometida por autoridades mediante resolución dictada violando garantías judiciales”. La Comisión de Esclarecimiento Histórico (CEH), en Guatemala, definió una masacre como “la

denominación de la institución, observamos que en 1982 el presidente de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU nombra al primer Relator para investigar las “ejecuciones sumarias y arbitrarias” sin referirse a las ejecuciones “extrajudiciales”; pero es en el año de 1992 que el Relator *Bacre Waly* presenta su Primer Informe bajo la denominación “ejecuciones exjudiciales, sumarias o arbitrarias”, conservando dicha denominación aún hasta el Informe de 2016 del Relator *Cristof Heyns*. Es en dichos informes que ya se usa la denominación de “ejecuciones extrajudiciales” de manera reiterada y en los Mandatos del Relator de 1992 hasta 2016 con la denominación “Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias”. Este cambio se justificó porque la Comisión de Derechos Humanos con ello amplió el alcance de la competencia del Mandato del Relator, al comprender con dicha denominación “todas las violaciones de derecho a la vida”, garantizadas por los instrumentos internacionales que la comunidad internacional estableció.¹² De la época de dicha concepción restringida del Mandato, fueron dos instrumentos internacionales de la ONU, fundamentales para dicha institución, en donde no utilizaron la denominación de “ejecución extrajudicial”, sino de “extralegal”.¹³

La ejecución extrajudicial no está definida de manera expresa en ningún tratado internacional, ni instrumento internacional alguno, sino que es de creación doctrinal derivado de los *Mandatos*¹⁴ e *Informes de los Relatores especiales*,¹⁵ concernientes de los *Principios y Manuales de Prevención e Investigación* del tema expedidos por las Naciones Unidas, lo que constituye costumbre internacional.¹⁶ Los *Mandatos e Informes* de 1982 al 2016 e instrumentos internacionales citados se emiten por las Naciones Unidas: los Informes cada año, los Mandatos de uno a tres años, como una “práctica general (*consuetudo*)”, que es aceptada por la mayoría de los países del mundo, no solamente enviando y recibiendo comunicaciones, sino también las visitas *in situ* que cada Estado en su caso acepta, y recomendaciones que aceptan, lo que conforma *opinio iuris*. Por lo que esta práctica constituye costumbre internacional, convicción legal de

ejecución arbitraria de más de cinco personas, realizada en un mismo lugar y como parte de un mismo operativo, cuando las víctimas se encontraban en un estado de indefensión absoluta o relativa”.

¹²ONU, Alto Comisionado de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos, Ejecuciones Sumarias o Arbitrarias, Folleto informativo, núm. 11, p. 3, Ginebra.

¹³ONU, *Principios relativos a una Eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias y Sumarias*” 1989 y el *Manual sobre la Prevención e Investigación Eficaces de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias* de 1991.

¹⁴ONU, Alto Comisionado de Derechos Humanos, Consejo o Comisión de Derechos Humanos han dictado dieciocho *Mandatos del Relator Especial sobre Ejecuciones Sumarias o Arbitrarias*, de 1982 1990 y *Mandatos del Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias* de 1992 a 2014, siguientes: A/HRC/26/L.23-2014; A/HRC/17/L/19-2011; A/AHR/8/L.4-2008; E-CN_4-RES-2004; E-CN_4-RES-2001; E-CN_4-RES-2000; E-CN_4-RES-1999; E-CN_4-RES-1998; E-CN_4-RES-1997; E-CN_4-RES-1996; E-CN_4-RES-1995; E-CN_4-RES-1994; E-CN_4-RES-1993; E-CN_4-RES-1987; E-CN_4-RES-1986; E-CN_4-RES-1984; E-CN_4-RES-1983; y E-RES-1982.

¹⁵ Mandatos Especiales otorgados desde cada año hasta tres años; e Informes cada año de los Relatores especiales de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias o Sumarias desde 1982 a 2016.

¹⁶Costumbre internacional, las fuentes del derecho internacional tienen que ver con la producción jurídica de reglas obligatorias, las cuales se conforman entre otras por la costumbre internacional. La costumbre internacional es una “práctica general (*consuetudo*) aceptada como ley (*opinio iuris*)”. En este sentido, la costumbre internacional se forma por convicción legal de los Estados de estar obligado a un determinado comportamiento sostenida en la casi toda la comunidad internacional. Herdegen, Matthias, *Derecho Internacional Público*, UNAM; y Konrad Adenauer Stiftung, México, 2005, pp. 113, 145 y ss.

los Estados de estar obligado a un determinado comportamiento previsto en los *Mandatos e Informes e instrumentos internacionales*, aceptado por casi toda la comunidad internacional.

Los elementos que conforman la ejecución extrajudicial son: 1) privación arbitraria o intencional de la vida humana; 2) cometida por agentes del Estado mediante su acción u omisión, ya sea por su complicidad, tolerancia o aquiescencia de éstos; 3) que viole alguno de los principios siguientes: reserva de ley, debido proceso legal, de tribunal imparcial y autónomo, o sin que medie para ello ningún proceso legal real o simulado.¹⁷ En este sentido, si un agente de los servicios de represión emplea una fuerza superior a la necesaria para alcanzar su objetivo legítimo y resulta muerta una persona, ello equivaldrá a una ejecución arbitraria.¹⁸

El elemento común de las ejecuciones extrajudiciales, extralegales, arbitrarias o sumarias es la privación de la vida humana. Por lo anterior, la ejecución extrajudicial es una especie de la violación del derecho a la vida, por lo que, ante toda ejecución extrajudicial, hay violación al derecho a la vida: el elemento común a distintos derechos humanos. Ahora bien, para caracterizarlo estudiaremos las diferencias específicas. El derecho a la vida lo podemos estudiar bajo distintas perspectivas, ya sea como el Principio esencial de todos los derechos humanos, como una obligación negativa o positiva del Estado, como las fronteras de inicio o fin de la vida, entre otras.¹⁹ En este sentido, el derecho humano a la vida puede ser violado por la acción u omisión del Estado, al privar de la vida humana bajo distintas formas como el aborto, la pena de muerte, la desaparición forzada de personas, las ejecuciones extrajudiciales, entre otras.

Esto anterior es muy importante, debido a que la ejecución extrajudicial no está regulada por “normas de origen interno”,²⁰ expresas en el derecho mexicano. Pero sí por “normas de origen externo”,²¹ las cuales protegen la vida humana. Nadie podría válidamente sostener, que ante la falta de la fundamentación expresa de la ejecución extrajudicial en normas de origen interno, no se pueda sancionar dicha conducta, ya que se priva indebidamente de la vida humana a alguien en toda ejecución extrajudicial.

Los elementos del derecho a la vida son los siguientes: 1) es un derecho humano “inherente a la persona humana”; 2) el sujeto pasivo, titular del derecho es “todo

¹⁷ Islas Colín, Alfredo, “Criterios Jurisprudenciales en Materia de Derechos Humanos: el Derecho a la Vida; el Derecho a la Libertad de Expresión; la Debida Motivación y Fundamentación, y la Tortura”, *Revista Iuris Tantum*, México, Año 2, Volumen 4, núm. 13, 2002, pp. 119 y siguientes. Y también Henderson, Humberto, “La ejecución extrajudicial o el homicidio en las legislaciones de América Latina”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Costa Rica, vol. 43, 2006, p. 284.

¹⁸ ONU, Relator Especial sobre Ejecuciones Sumarias o Arbitrarias. Informe 1996 (E/CN.4/1983/16, párrafo 60).

¹⁹ Renucci, Jean-Francois, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, 2a. ed., Lextenso editions, L.G.D.J., París, 2012, pp. 87 y ss.

²⁰ Las “normas de origen interno” son aquellas normas generales, abstractas e impersonales emanadas de los órganos públicos nacionales, como órganos legislativos y ejecutivos entre otros, previstos en las Constituciones Políticas para la presentación de iniciativas de ley, debatirlas, aprobarlas, publicarlas y expedir estas normas jurídicas generales.

²¹ Las “normas de origen externo” son aquellas normas generales, abstractas e impersonales propuestas por sujetos de derecho internacional, organismos públicos internacionales universales regionales, especializados entre otros, a los Estados, previstos en las Constituciones Políticas para debatirlas, aprobarlas, publicarlas y en su caso expedir estas normas jurídicas generales para integrarse al derecho interno nacional.

individuo” o “persona humana”; 3) es protegido por la ley; 4) el sujeto activo es el Estado, toda autoridad que mediante su acción u omisión se estipula que “nadie podrá privarla arbitrariamente”; y 5) el derecho inicia “en general estará protegido a partir de la concepción”.

Obligaciones de los Estados respecto de la prohibición de las ejecuciones extrajudiciales

Los Estados tienen la obligación de cumplir con diversos instrumentos internacionales: los gobiernos prohibirán por ley todas las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias;²² velarán porque todas esas ejecuciones se tipifiquen como delitos en su derecho penal y sean sancionables con penas adecuadas que tengan en cuenta la gravedad de tales delitos;²³ no podrán invocarse para justificar esas ejecuciones, circunstancias excepcionales, tales como el estado de guerra o la inestabilidad política interna, ninguna otra emergencia pública, ni situaciones de conflicto armado interno, abuso y uso ilegal de la fuerza por parte de un funcionario público o de otra persona que actúe con carácter oficial o de una persona que obre a instigación, o con el consentimiento o la aquiescencia de aquella, ni tampoco en situaciones de las que la muerte se produzca en prisión. Esta prohibición prevalecerá sobre los decretos promulgados por la autoridad ejecutiva.²⁴

Fundamentación

Estos elementos tienen su fundamento en los “instrumentos internacionales fundamentales”²⁵ siguientes de protección del derecho a la vida humana: universales, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, artículo 3^o²⁶ y el *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*, artículo 6.1;²⁷ regionales, la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, artículo 1^o²⁸ y la *Convención Americana sobre*

²²Principio núm. 1 de los Principios relativos a una Eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias y Sumarias, adoptado por la Asamblea General de la Naciones Unidas mediante Resolución 44.162 del 15 de diciembre de 1989.

²³Idem.

²⁴Idem.

²⁵Los instrumentos internacionales fundamentales son aquellos que son muy importantes para la comunidad internacional, forman parte de aquellos instrumentos internacionales que la mayoría de los miembros de la comunidad internacional los han aceptado, sea de manera expresa mediante su ratificación por la mayoría de los países del mundo, o por los Estados de una región, o aceptado como referentes en los alcances de los derechos humanos.

²⁶ Artículo 3^o Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

²⁷ Artículo 6.1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

²⁸ Artículo 1^o Todo ser humano tiene derecho a la vida, la libertad y la seguridad de su persona.

*Derechos Humanos, artículo 4.1.*²⁹ Es importante resaltar que los instrumentos internacionales fundamentales universales citados, constituyen la base jurídica sustantiva de los Relatores Especiales en sus “*Informes Especiales de ejecuciones sumarias o arbitrarias*” de 1982 a 1990 y los “*Informes Especiales de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*” de 1992 a 2016.³⁰

Los instrumentos internacionales que contienen reglas para prevenir, investigar y sancionar las ejecuciones extrajudiciales son los siguientes:

1. En 1989 los *Principios relativos a una Eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias y Sumarias*,³¹ los cuales contienen veinte reglas relativas a su prevención, investigación y procedimientos judiciales. Propone, en el primer principio, a los gobiernos del mundo que prohíban por ley las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, las cuales deberán tipificarse como delitos, impidiendo invocarse excepciones. Asimismo, propone para evitar exista un estricto control de jerarquía de mando, de todos los funcionarios responsables de la captura, detención, arresto, custodia y encarcelamiento. Asimismo, en la segunda sección sobre “Investigación” contiene nueve principios. El Principio noveno estipula que “se procederá a una investigación exhaustiva, inmediata e imparcial de todos los casos en que haya sospecha de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias”. No procede la inhumación, incineración, sino hasta que el cuerpo de la persona fallecida sea realizada la autopsia por médico forense. Los querellantes y testigos serán protegidos. En la tercera sección de los “procedimientos judiciales”, establece en el principio dieciocho, que los partícipes deberán ser juzgados. Los familiares y personas que estén a cargo de las víctimas de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, recibirán en un plazo razonable una compensación justa y suficiente.
2. Desde 1991, el *Manual sobre la Prevención e Investigación Eficaces de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias*³² está formado por cinco partes: introducción, la elaboración de normas internacionales para una eficaz prevención de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias; y en las tres siguientes los protocolos modelos para la investigación, de autopsia y de exhumación y análisis de restos óseos. En la segunda parte, relativa a las normas internacionales, se plantea la necesidad de un protocolo científico internacional para la investigación de muertes, entre las cuales comprenden los asesinatos políticos; muertes resultantes de torturas o malos tratos infligidos en los centros

²⁹ Artículo 4.1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

³⁰ ONU, Informes del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias de 1982 a 2016: A/HRC/26/36/Add.3, A/HRC/20/22, A/66/330, A/65/321, A/HRC/11/2, A/HRC/8/3, A/62/265, E/CN.4/2006/53, E/CN.4/2005/7, A/57/138, E/CN.4/2001/9, E/CN.4/2000/3/Add.3, E/CN.4/1998/68, E/CN.4/1998/68/Aaa.1, E/CN.4/1997/60, E/CN.4/1995/61, E/CN.4/1994/7 y E/CN.4/1993/46.

³¹ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 44.162 del 15 de diciembre de 1989.

³² Naciones Unidas, 1991.

- de prisión o detención; muertes debidas a “desapariciones” forzadas; muertes ocasionadas por uso excesivo de fuerza por los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley; ejecuciones sin previo juicio; y actos de genocidio.
3. Los *Mandatos del Relator Especial sobre “Ejecuciones Sumarias o Arbitrarias”* de 1982 a 1990 y de *“Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias”* de 1992 a 2016 contienen reglas relativas a la prevención, reitera la obligación de “todos los Estados de realizar investigación completas e imparciales”, investigación judicial, investigación médico-legal, medios probatorios y los procedimientos judiciales en las ejecuciones extrajudiciales. Proponen evitar la impunidad como causa principal de estas violaciones de derechos humanos. “Exige a todos los Estados [...] pongan fin a la práctica de las ejecuciones extrajudiciales”. Protección especial a grupos vulnerables como niños, mujeres, minorías étnicas, refugiados, desplazados y periodistas. Impedir pérdida de vidas en manifestaciones. Exhorta a los Estados abolir la pena de muerte.
 4. Código de Conducta para funcionarios encargados de cumplir la ley;³³
 5. Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.³⁴
 6. Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a muerte.
 7. Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.

Práctica de las ejecuciones extrajudiciales: informes, visitas y criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Informes

Los Informes sobre ejecuciones extrajudiciales señalan que las ejecuciones extrajudiciales han aumentado tanto en número como en variedad. Las Naciones Unidas preocupadas de prevenirlas, e investigarlas, solicitan *Informes a los Relatores Especiales de las Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias* sobre temas que están vinculados con las ejecuciones extrajudiciales, como los siguientes:

1. Gestión adecuada en las manifestaciones;³⁵
2. Utilización de la tecnología de la información y las comunicaciones (TIC) en la protección del derecho a la vida;³⁶

³³ONU, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 34/169 de 17 de diciembre de 1979.

³⁴8º Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento de Delincuentes de 1990.

³⁵ONU, *Informe del Relator Especial de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias* del 4 de febrero 2016, A/HRC/31/66.

³⁶ONU, *Informe del Relator Especial de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias* del 24 de abril 2015, A/HRC/26/36/Add.1.

3. Uso de la fuerza por la policía, especialmente cuando tiene consecuencias letales;³⁷
4. Uso adecuado de armas “menos letales”; los peligros de la reanudación de la aplicación de pena de muerte; utilización adecuada de los indicadores estadísticos; y el papel de los sistemas regionales de derechos humanos;³⁸
5. Reflexión sobre robots autónomos letales;³⁹
6. Protección de la vida de periodistas, que están siendo asesinados e intimidados en números alarmantes;⁴⁰
7. Uso adecuado de la fuerza letal durante el arresto, casos de opción razonable y margen suficiente para tratar las amenazas graves a la seguridad, así como las menos graves;⁴¹
8. Aplicación de nuevas tecnologías para hacer frente al problema de las ejecuciones extrajudiciales y de la impunidad generalizada; los asesinatos selectivos y la rendición de cuentas por los mismos; y la robótica;⁴²
9. Análisis de la respuesta a las represalias contra individuos que prestan asistencia al Relator Especial en su labor; el respeto de la prohibición de la ejecución de menores delincuentes; el asesinato de brujas; y el empleo de la fuerza letal en el mantenimiento del orden en las reuniones públicas;⁴³
10. Evaluación de las comisiones nacionales de investigación en la impunidad de las ejecuciones extrajudiciales; el derecho a solicitar el indulto o la conmutación de una pena de muerte; y las prisiones gobernadas por reclusos;⁴⁴
11. Reflexión por motivo del vigésimo quinto aniversario de la creación del mandato sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, establecida en 1982. Se analiza el funcionamiento del mandato durante este periodo, su desarrollo y evaluación;⁴⁵
12. Estudia la falta de cooperación con los titulares de mandatos; la transparencia para garantizar el derecho a la vida (que aclaren las causas de ejecuciones extrajudiciales y contribuye a adoptar posibles medidas correctivas); la participación política no puede ejercerse plenamente si no se ofrece informa-

³⁷ONU, *Informe del Relator Especial de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias* del 1 de abril de 2014, A/HRC/26/36.

³⁸ONU, *Informe del Relator Especial de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias* del 6 agosto 2014, A/69/265.

³⁹ONU, *Informe del Relator Especial de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias* del 9 de abril de 2013, A/HRC/23/47.

⁴⁰ONU, *Informe del Relator Especial de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias* del 10 de abril 2012, A/HRC/20/22.

⁴¹ONU, *Informe del Relator Especial de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias* del 30 de agosto 2011, A/66/330.

⁴²ONU, *Informe del Relator Especial de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias* del 23 agosto 2010, A/65/321.

⁴³ONU, *Informe del Relator Especial de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias* del 27 mayo 2009, A/HRC/11/2.

⁴⁴ONU, *Informe del Relator Especial de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias* del 2 de mayo de 2008, A/HRC/8/3.

⁴⁵ONU, *Informe del Relator Especial de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias* del 16 agosto del 2007, A/62/265.

- ción transparente; que aumente la transparencia y reduzca las ejecuciones extrajudiciales;⁴⁶
13. Estudio: del genocidio y los crímenes de *lesa humanidad*; las violaciones del derecho a la vida durante los conflictos armados y las contiendas civiles; la pena capital; y las violaciones del derecho a la vida por parte de agentes no estatales;⁴⁷
 14. Intervención de la Relatora por violaciones al derecho a la vida en los casos siguientes: no aplicación de las normas internacionales vigentes en materia de salvaguardias y restricciones relativas a la imposición de la pena capital; amenazas de muerte; muertes en detención; muertes por efecto del uso excesivo de la fuerza por agentes del orden público; muertes por efecto de ataques o ejecuciones llevadas a cabo por las fuerzas de seguridad; ejecuciones extrajudiciales atribuidas a grupos paramilitares o fuerzas privadas que cooperan con el Estado o son toleradas por éste; violación del derecho a la vida durante conflictos armados; expulsión, devolución o retorno de personas a un país o lugar en el que sus vidas corren peligro; genocidio y cuestiones relativas a los derechos de las víctimas.⁴⁸

Visita a México. Visitas de Relatores y miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Los relatores especiales para las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias han realizado dos visitas a México por invitación del gobierno mexicano: la primera, con la señora *Asma Jahangir* del 12 al 24 de julio de 1999;⁴⁹ y la segunda, con el Relator especial Christof Heyns del 22 de abril al 2 de mayo de 2013.⁵⁰

En el *Informe de la Relatora* de la visita a México en 1999, resalta las ejecuciones extrajudiciales en Acteal, 1997; el Bosque, 1998, en Chiapas; de Aguas Blancas, 1995, y el Charco en 1998 en Guerrero. Posteriormente, en el Informe del Relator en la visita a México de 2013, resalta como necesario poner fin a la impunidad; de manera textual pronunció lo siguiente:

...fin a la impunidad. Para ello, es imperativo disminuir la participación del ejército en las actividades policiales; velar porque los militares acusados de haber cometido violaciones de los derechos humanos sean enjuiciados por tribunales civiles y no militares; y estable-

⁴⁶ONU, *Informe del Relator Especial de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias* del 8 de marzo 2006, E/CN.4/2006/53.

⁴⁷ONU, *Informe del Relator Especial de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias* del 22 de diciembre de 2004, E/CN.4/2005/7.

⁴⁸ONU, *Informe del Relator Especial de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias* del 2 julio 2002, A/57/138.

⁴⁹ONU, *Informe de la Relatora Sra. Asma Jahangir, relativo a las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, visita a México*. E/CN.4/2000/3/Add.3

⁵⁰ONU, *Informe del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de la misión a México*. 28 de abril de 2014, A/HRC/26/36/Add.1

cer normas claras y ampliamente difundidas sobre el uso de la fuerza por los agentes de las fuerzas del orden en todos los niveles de gobierno [...] el derecho a la vida está gravemente amenazado en México, y este problema debería tener la máxima prioridad a nivel nacional. Una dura represión militar difícilmente mejorará la situación.⁵¹

En esta segunda visita del Relator en 2013, de manera especial se ocupó de los grupos vulnerables. Propone, en dicho informe: aplicar el principio *pro homine*; fortalecer la compatibilidad del derecho internacional con el derecho nacional; que el sistema de la defensoría pública y forense sean independientes; que las ejecuciones extrajudiciales en la etapa de la llamada “guerra sucia” sean investigadas, procesadas y juzgadas, y las víctimas reciban la reparación del daño adecuada; que el gobierno mexicano reitere la Declaración interpretativa que desde 2002, en la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad*. México presentó una declaración interpretativa en la que indicaba que la Convención se aplicaría únicamente a los crímenes ocurridos después de 2002. Como resultado de los plazos de prescripción vigentes, muchos de los delitos cometidos en esa época se consideran extintos; expedir una ley general sobre el uso de la fuerza; los casos de privaciones de la vida cometidas por supuesta delincuencia organizada que sea competencia federal; publicar protocolos especiales de investigación; crear bases de datos de muertes violentas.⁵²

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su *Informe de País México*, 2015, respecto de las ejecuciones extrajudiciales, recomienda lo siguiente: 1) en los casos de violación del derecho a la vida por fuerzas de seguridad, la investigación deberá realizarse conforme a los estándares internacionales y la escena del crimen deberá realizarse por peritos no integrantes de los organismos policiales o militares; 2) registren las fuerzas armadas las cifras de las personas muertas y heridas en sus operaciones; crear un registro nacional sobre localización de restos no identificados inhumados en peatones de todo el país con causa de muerte violenta; crear un instituto nacional forense autónomo; realizar exhumación e identificación de restos con trato digno de los familiares de las víctimas.⁵³

Criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana emite el criterio de prueba presuncional en el tema de “prueba de hechos”, en el caso “Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, por la muerte de aproximadamente 49 civiles en 1997 en el municipio de Mapiripán, por un centenar de miembros de autodefensas y las actitudes omisivas de parte de las fuerzas públicas por las acciones de los paramilitares. Los hechos se presentan por prueba presuncional que muestran los *Informes de la situación de los Derechos Humanos en Colombia*, emi-

⁵¹*Ibidem*, pp. 2 y ss.

⁵²*Ibidem*, pp. 20-24.

⁵³CIDH, *Informe de país México. Situación de los Derechos Humanos en México*, s.l.i., 2015, pp. 100-108, núm. 194-211, OEA/Ser.L/V/II.

tidos por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de 1998, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, en los que se han documentado casos representativos de esta colaboración entre autoridades y paramilitares en masacres, desapariciones forzadas y toma de rehenes e impunidad.⁵⁴ Asimismo, otro criterio jurisprudencial importante, es que en el caso de responsabilidad internacional por ejecuciones extrajudiciales, no se requiere probar, como en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o intencionalidad, pues es suficiente probar el apoyo o tolerancia de las autoridades por parte del poder público. Dicha responsabilidad también se genera por actor de particulares en el caso de ejecuciones extrajudiciales.⁵⁵

La prohibición de las ejecuciones extrajudiciales son prohibiciones absoluta y pertenece al *jus cogens internacional*, en los términos siguientes:

“Adicionalmente, en su Sentencia del 08.07.2004 en el *Caso de Gómez Paquiyauri versus Perú*, la Corte Interamericana expresamente admitió que, en nuestros días, un régimen jurídico internacional ha sido formado con una prohibición absoluta de cualquier forma de tortura y de ejecuciones extrajudiciales, y que dicha prohibición pertenece hoy día al dominio del *jus cogens* internacional (párrs. 115-116 y 131)”.⁵⁶

En el caso “de la Masacre del Pueblo Bello”, se alegó que en 1990 la ejecución extrajudicial de seis campesinos y desaparición forzada de 37 personas como un acto de justicia privada de grupos paramilitares con la aquiescencia de agentes del Estado. En la parte de valoración de las pruebas, la Corte Interamericana integra como acervo probatorio:

...el informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre ejecuciones sumarias o arbitrarias sobre la visita a Colombia realizada del 11 al 20 de octubre de 1989; y los Informes de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia de 1998, 2000, 2004 y 2005. Asimismo, el Tribunal incorpora al acervo probatorio el informe conjunto del Relator Especial encargado de la cuestión de la tortura, señor Nigel S. Rodley, y del Relator Especial encargado de la cuestión de las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, señor *Barce Waly Ndiaye* [...]⁵⁷

La Corte Interamericana resolvió que, de los treinta y siete desaparecidos por más de catorce años, “resulta razonable inferir que estas personas fueron ejecutadas extrajudicialmente”.⁵⁸

⁵⁴Cort. IDH, caso “Masacre de Mapiripán vs. Colombia, fondo, reparaciones y costas”, 15 septiembre 2005, núms. 96.18 a 96.20.

⁵⁵*Ibidem*, 108 a 113.

⁵⁶Cort. IDH, caso *caesar vs. trinidad y tobago*, fondo, reparaciones y costas, 11 de marzo 2005, núms. 91. De forma similar, el Tribunal Penal Internacional *Ad Hoc* para la antigua Yugoslavia, en su turno, sostuvo en el *Caso de A. Furundzija* (Sentencia del 10.12.1998), que a prohibición absoluta de la tortura tiene el carácter de norma del *jus cogens* (párrs. 137-139, 144 y 160).

⁵⁷Cort. IDH, caso “de la Masacre del Pueblo Bello”, *op. cit.*, nota 55, párrafo 76-79.

⁵⁸*Ibidem*, párrafo 97.

Los casos de ejecuciones extrajudiciales requieren de oficio, sin dilación de una investigación seria, imparcial y efectiva.⁵⁹ El no cumplimiento de estas obligaciones por las autoridades competentes —de investigar de manera adecuada, no sancionar efectivamente—, el Estado viola sus obligaciones reconocidas en la Convención en contra de las víctimas, familiares y a la sociedad que sepa que sucedió.⁶⁰

La misma Corte Interamericana señala, con base en el *Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas*, que en el caso de ejecución extrajudicial las autoridades estatales que conducen una investigación deben intentar como mínimo, *inter alia*: a) identificar a la víctima; b) recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte, con el fin de ayudar en cualquier potencial investigación penal de los responsables; c) identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones en relación con la muerte que se investiga; d) determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, así como cualquier patrón o práctica que pueda haber causado la muerte, y e) distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio. Además, es necesario investigar exhaustivamente la escena del crimen, se deben realizar autopsias y análisis de restos humanos, en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos apropiados.⁶¹

Bibliografía

- BECERRA, RAMÍREZ, Manuel, La recepción del derecho internacional en el derecho interno, 2a. ed., IJ-UNAM, 2012, México, pp. 213.
- CABRERA ACEVES, Mauricio, “Consideraciones sobre el Ejercicio de los Derechos Humanos”, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, s.l.i., s.e., s.a., pp. 249-294.
- HENDERSON, Humberto, “La ejecución extrajudicial o el homicidio en las legislaciones de América Latina”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Costa Rica, vol. 43, 2006, pp. 281-298.
- HERDEGEN, Matthias, *Derecho Internacional Público*, México, Ed., IJ-UNAM y Konrad Adenauer Stiftung, 2005, pp. 435.
- ISLAS COLÍN, Alfredo, “Criterios Jurisprudenciales en materia de derechos humanos: el derecho a la vida; el derecho a la libertad de expresión; la debida motivación y fundamentación, y la tortura”, *Revista Iuris Tantum*, año 2, volumen 4, núm. 13, México, 2002.
- KISSANGOULA, Justin, “Doit a la vie”, *Dictionnaire des Droits de l’Homme, Andriantsimbazovina, Joël et autres*, París, PUF, 2008, pp. 1074.
- RENUCCI, Jean-Francois, *Traité de droit européen des droits de l’homme*, 2a. ed., París, Lextenso editions, L.G.D.J., 2012, pp. 1297.
- SYMONIDES, Janusz y Volodin, Vladimir, Una Guía para los Derechos Humanos. Instituciones, normas y procedimientos, trad. de Alfredo Islas Colín y Lézé Florence, México, UNESCO, 438 pp. Tomado de <http://www.alfredoislas.com>.

⁵⁹*Ibidem*, párrafo 143.

⁶⁰*Ibidem*, párrafo 146.

⁶¹*Ibidem*, párrafo 177.

Resoluciones de Organismos internacionales

- CIDH, *Informe de país México, Situación de los Derechos Humanos*, México, s.l.i., OEA/Ser.L/V/II, 2015, pp. 242.
- Cort. IDH, caso “Caesar vs. Trinidad y Tobago, fondo, reparaciones y costas”, 11 de marzo 2005.
- Cort. IDH, caso “de la Masacre del Pueblo Bello”, Fondo, reparaciones y costas, 31 enero 2006.
- Cort. IDH, caso “Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, fondo, reparaciones y costas, 15 septiembre 2005.
- Cort. EDH, *Affaire Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, sentencia del 22 de marzo 2001.
- Tribunal Penal Internacional *Ad Hoc* para la antigua Yugoslavia, caso de “A. Furundzija” (Sentencia del 10.12.1998).
- ONU, *Informe de la Relatora Especial de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, visita a México*, E/CN.4/2000/3/Add.3.
- ONU, *Informe del Relator Especial de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, A/HRC/31/66-2016, febrero 2016.
- ONU, *Informe del Relator Especial de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, A/HRC/26/36/Add.1, abril 2015.
- ONU, *Informe del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de la misión a México*, A/HRC/26/36/Add.1, abril de 2014.
- ONU, *Informe del Relator Especial de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, A/HRC/26/36, abril 2014.
- ONU, *Informe del Relator Especial de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, A/69/265, agosto 2014.
- ONU, *Informe del Relator Especial de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, A/HRC/23/47, abril 2013.
- ONU, *Informe del Relator Especial de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, A/HRC/20/22, abril 2012.
- ONU, *Informe del Relator Especial de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, A/66/330, agosto 2011.
- ONU, *Informe del Relator Especial de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitraria*, A/65/321, agosto 2010.
- ONU, *Informe del Relator Especial de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, A/HRC/11/2, mayo 2009.
- ONU, *Informe del Relator Especial de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, A/HRC/8/3, mayo de 2008.
- ONU, *Informe del Relator Especial de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, A/62/265, agosto del 2007.
- ONU, *Informe del Relator Especial de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, E/CN.4/2006/53, marzo 2006.
- ONU, *Informe del Relator Especial de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, E/CN.4/2005/7, diciembre de 2004.
- ONU, *Informe del Relator Especial de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, A/57/138, julio 2002.
- ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, visita a México*, julio 1999.

- ONU, Informes del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias, de 1982 a 2016: A/HRC/26/36/Add.3, A/HRC/20/22, A/66/330, A/65/321, A/HRC/11/2, A/HRC/8/3, A/62/265, E/CN.4/2006/53, E/CN.4/2005/7, A/57/138, E/CN.4/2001/9, E/CN.4/2000/3/Add.3, E/CN.4/1998/68, E/CN.4/1998/68/Aaa.1, E/CN.4/1997/60, E/CN.4/1995/61, E/CN.4/1994/7 y E/CN.4/1993/46, 1982 a 2016.
- ONU, Alto Comisionado de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos, Ejecuciones Sumarias o Arbitrarias, Folleto informativo, núm. 11, Ginebra, pp.13.
- ONU, Alto Comisionado de Derechos Humanos, Consejo o Comisión de Derechos Humanos, *Mandatos del Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias, A/HRC/26/L.23-2014*, 2014.
- ONU, Alto Comisionado de Derechos Humanos, Consejo o Comisión de Derechos Humanos, *Mandatos del Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias, A/HRC/17/L/19-2011*, 2011.
- ONU, Alto Comisionado de Derechos Humanos, Consejo o Comisión de Derechos Humanos, *Mandatos del Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias, A/HRC/8/L.4-2008*, 2008.
- ONU, Alto Comisionado de Derechos Humanos, *Consejo o Comisión de Derechos Humanos, Mandatos del Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias, E-CN_4-RES-2004*, 2004.
- ONU, Alto Comisionado de Derechos Humanos, Consejo o Comisión de Derechos Humanos, *Mandatos del Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias, E-CN_4-RES-2001*, 2011.
- ONU, Alto Comisionado de Derechos Humanos, Consejo o Comisión de Derechos Humanos, *Mandatos del Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias, E-CN_4-RES-2000*, 2000.
- ONU, Alto Comisionado de Derechos Humanos, Consejo o Comisión de Derechos Humanos, *Mandatos del Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias, E-CN_4-RES-1999*, 1999.
- ONU, Alto Comisionado de Derechos Humanos, Consejo o Comisión de Derechos Humanos, *Mandatos del Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias, E-CN_4-RES-1998*, 1998.
- ONU, Alto Comisionado de Derechos Humanos, Consejo o Comisión de Derechos Humanos, *Mandatos del Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias, E-CN_4-RES-1997*, 1997.
- ONU, Alto Comisionado de Derechos Humanos, Consejo o Comisión de Derechos Humanos, *Mandatos del Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias, E-CN_4-RES-1996*, 1996.
- ONU, Alto Comisionado de Derechos Humanos, Consejo o Comisión de Derechos Humanos, *Mandatos del Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias, E-CN_4-RES-1995*, 1995.
- ONU, Alto Comisionado de Derechos Humanos, Consejo o Comisión de Derechos Humanos, *Mandatos del Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias, E-CN_4-RES-1994*, 1994.
- ONU, Alto Comisionado de Derechos Humanos, Consejo o Comisión de Derechos Humanos, *Mandatos del Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias, E-CN_4-RES-1993*, 1993.

- ONU, Alto Comisionado de Derechos Humanos, Consejo o Comisión de Derechos Humanos, *Mandatos del Relator Especial sobre Ejecuciones Sumarias o Arbitrarias, E-CN_4-RES-1987*, 1987.
- ONU, Alto Comisionado de Derechos Humanos, Consejo o Comisión de Derechos Humanos, *Mandatos del Relator Especial sobre Ejecuciones Sumarias o Arbitrarias, E-CN_4-RES-1986*, 1986.
- ONU, Alto Comisionado de Derechos Humanos, Consejo o Comisión de Derechos Humanos, *Mandatos del Relator Especial sobre Ejecuciones Sumarias o Arbitrarias, E-CN_4-RES-1984*, 1984.
- ONU, Alto Comisionado de Derechos Humanos, Consejo o Comisión de Derechos Humanos, *Mandatos del Relator Especial sobre Ejecuciones Sumarias o Arbitrarias, E-CN_4-RES-1983*, 1983.
- ONU, Alto Comisionado de Derechos Humanos, Consejo o Comisión de Derechos Humanos, *Mandatos del Relator Especial sobre Ejecuciones Sumarias o Arbitrarias, E-RES-1982*, 1982.
- ONU, Alto Comisionado de Derechos Humanos, Folleto informativo N° 11 (Rev.1) - Ejecuciones Sumarias o Arbitrarias, s.a., Ginebra, 2011, 13 pp.
- ONU, Congreso de la Naciones Unidas, Prevención del Delito y Tratamiento de Delincuentes, *8vo. Congreso de las Naciones Unidas*, 1990.
- ONU, Consejo Económico y Social de la ONU, resolución 1989/65, 24 de mayo de 1989.
- ONU, Informe del Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 35/171, s.a.
- ONU, Relator Especial sobre Ejecuciones Sumarias o Arbitrarias. *Informe E/CN.4/1983/16*, 1996.
- ONU, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas número 2993 (XXIII), 26 de noviembre de 1968.
- ONU, *Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 34/169*, 17 de diciembre de 1979.
- ONU, UNODC, Oficina contra la Droga y el Delito, Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal, 1995- 2010, 55 años de logros, Austria, 2010, 180 pp.

Normatividad

- Código de Conducta para funcionarios encargados de cumplir la ley*, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 34/169 de 17 de diciembre de 1979.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.
5 de febrero de 1917 y actualizada a mayo de 2016.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos*.
Publicación DOF Promulgación: 7 may 1981.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*.
Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.
29 de noviembre de 1985
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
10 de diciembre de 1948
- Manual sobre la Prevención e Investigación Eficaces de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias.

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Publicación *DOF* Promulgación: 20 may 1981.

Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, 8vo. Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento de Delincuentes de 1990, 07 de septiembre de 1990.

Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a muerte, 25 de mayo de 1984.

Principios relativos a una Eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias y Sumarias, adoptado por la Asamblea General de la Naciones Unidas mediante Resolución 44.162, 15 de diciembre de 1989.

Más allá del derecho y de las instituciones:
los determinantes sociales del acceso a la justicia (civil) en México¹

Introducción

Gran parte de la población mexicana tiene una alta valoración de la ley, la cual es percibida como un ideal de forma de vida (IIJ, 2003 y 2011); pero como si se tratara de la otra cara de la misma moneda, una parte importante de ella también tiene un gran desconocimiento de sus derechos (29.8 por ciento de la población mexicana conoce poco o nada sus derechos y 45.1 por ciento dice conocerlos algo), dos elementos que le impone dificultades particulares al acceso a los servicios de impartición de justicia (IIJ, 2003 y 2011).

Esta paradoja o contradicción resulta de particular interés porque la alta valoración que los individuos otorgan a la ley y la justicia no se refleja en la utilización de los servicios, ni es incorporada en las prácticas; por lo que la renuencia y desinterés de una parte de la población mexicana para utilizar este tipo de servicios, conlleva la posibilidad de utilizar a las instituciones de justicia como “último recurso”, una vez que se han explorado y probado otras alternativas (arreglo entre particulares, por ejemplo).

En este marco general es que se propone desde este trabajo, por un lado, brindar elementos que contribuyan a situar y estimular el debate sobre el múltiple cruce en el que hoy se encuentra la gestión de las instituciones que imparten justicia y en el que confluyen factores de muy distinta índole: jurídicos, legales, administrativos, así como de corte social, demográfico y cultural. Por otro

Sumario

Introducción	685
El acceso a la justicia como fenómeno de estudio	687
Aspectos metodológicos: la fuente de información.	690
Dimensiones y variables incluidas en el análisis	691
Variables de corte y clasificación de la población: análisis descriptivo	692
Aproximación a los determinantes del acceso: análisis exploratorio multivariado	699
Consideraciones finales	703
Bibliografía	705

¹Una versión preliminar de este trabajo fue presentado en el Congrès Mondial ISA/RCSL “Sociologie du Droit & Action Politique”, Toulouse, Francia, 3- 6 Septembre 2013 y en el Seminario Sociología del Derecho y Justicia del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, marzo de 2015.

lado, se busca identificar y conocer aquellos elementos que inciden en el acceso a los servicios de justicia por parte de la población del país.

Para lograr cumplir con los objetivos planteados, se utiliza la información de la *Encuesta de opinión sobre la satisfacción de los usuarios de servicios de justicia* (AMIJ-IIIJ-UNAM, 2010), aplicada en vivienda a 3,985 personas de 15 años y más, que tiene representatividad a nivel nacional y cuyo levantamiento se desarrolló durante el mes de septiembre de 2009.

En términos generales, los datos permiten señalar que el acceso diferencial a los servicios de justicia se encuentra vinculado a los diferentes ámbitos de residencia de las personas y a los tipos de problemas. Así, los conflictos que se refieren al ámbito de la vida privada, como es el caso de lo familiar o las relaciones con los vecinos, por ejemplo, tienden a resolverse dentro de estos mismos espacios (los privados).

Es así, que una parte importante de los encuestados no ha tenido contacto directo con las instituciones que imparten justicia, por lo que las percepciones y actitudes predominantes en este sentido no están basadas en las experiencias propias, mismas que constituyen un momento clave en la formación de los significados de los que se nutre la cultura legal o la cultura en torno a la justicia. Es decir, la socialización en lo jurídico o legal se lleva a cabo, o parecería nutrirse mediante la “experiencia vicaria”, o dicho de otra manera, se obtiene por medio de la experiencia que no se tiene directamente, pero que se experimenta y se anticipa, como si se hubiera vivido. Esta manera indirecta de obtener conocimiento se constituye como un factor de los varios que contribuyen a la construcción de percepción sobre eventos y/o fenómenos.

Además de lo anterior, es interesante observar que las principales causas señaladas por los entrevistados para no recurrir a las instituciones que brindan servicios de impartición de justicia son la inutilidad, la falta de dinero y de tiempo. No obstante, no puede perderse de vista la importancia que adquieren elementos como las dificultades para el acceso, la falta de información y la falta de recursos.

Así, los elementos que determinan el acceso a determinados bienes y servicios de justicia (es decir, el consumo y las prácticas judiciales) se encuentran más vinculadas a los tipos de problemas y al hecho de habitar en las grandes zonas urbanas, que a la escolaridad y el ingreso.

En este sentido, se observa un mayor desarrollo de las actividades de utilización de los servicios de justicia en torno a las zonas urbanas (grandes zonas metropolitanas y ciudades medias), mientras que las localidades pequeñas y zonas rurales muestran escasos niveles de actividad.

Por último, se debe destacar como factores determinantes del acceso, el desconocimiento de los derechos, el temor y la falta de certidumbre frente a la autoridad, las leyes y el sistema de impartición de justicia, la desconfianza y la percepción negativa hacia las instituciones que imparten justicia, entre otros.

La distribución desigual del conocimiento de los derechos y el bajo nivel de información sobre los mismos, indica que no existe una correspondencia entre la oferta de servicios de justicia y las necesidades, demandas, hábitos y prácticas de amplios sectores de la población, que como los jóvenes expresan preferencias distintas.

Desde la perspectiva descrita se asume que el fenómeno de acceso a la justicia es regulado por racionalidades diversas, las cuales pueden tener una base social, cultural, económica, política y simbólica, por lo que tanto el derecho de acceso a la justicia como el acto de acceder a, se encuentran vinculados a una amplia gama de prácticas y fenómenos sociales, que los atraviesan y condicionan en diferentes grados y en distintos momentos. En este sentido, abordar este fenómeno implica una variedad de situaciones, lo cual dificulta la formulación de una definición general y exhaustiva que dé cuenta de la diversidad y complejidad de las realidades que abarca.

El acceso a la justicia como fenómeno de estudio

Abordar el fenómeno del acceso a la justicia y “entenderlo como una garantía indispensable para el ejercicio libre de los derechos reconocidos por tratados internacionales, constituciones y leyes; es decir, entenderla como una garantía para el ejercicio de una ciudadanía plena” (Birgin y Gherardi, 2008: 1), requiere explicitar claramente el concepto, por lo menos mencionar sus limitaciones, así como los obstáculos y facilitadores de su ejercicio.

En este sentido, un ejemplo particular podría ayudar a entender cuál es la perspectiva asumida en este trabajo. En 1979, la Corte Europea de Derechos Humanos falló a favor de la señora Johanna Airey al entender que el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos garantiza que los litigantes de casos civiles tienen derecho a una audiencia justa. Esto significa que los Estados tienen la obligación de proveer en forma activa y efectiva la asistencia de un abogado, cuando sus ciudadanos no pueden afrontar su costo. La señora Airey era una mujer irlandesa indigente que demandó judicialmente la separación de su marido. Como carecía de los recursos necesarios para contratar a un abogado solicitó a la corte que le facilitara la asistencia jurídica gratuita (Birgin y Gherardi, 2008). El pedido hecho por la señora Airey fue rechazado por el máximo tribunal de justicia de Irlanda y, como consecuencia, la señora Airey recurrió a la Corte Europea de Derechos Humanos (Johnson, 1983), quien concluyó que:

...la sola posibilidad de presentarse ante el tribunal competente no satisface el derecho del demandante a un efectivo acceso.

El gobierno de Irlanda sostiene que en este caso no hay un obstáculo emanado del Estado y que no existe una acción deliberada del Estado para impedir el acceso; la supuesta falta de acceso a la justicia no es consecuencia de una acción de las autoridades sino solamente de las circunstancias personales de la señora Airey, un tema por el cual Irlanda no puede ser considerada responsable en los términos de la Convención.

La Corte no concuerda con la explicación anterior y argumenta; en primer lugar, la existencia de un obstáculo puede violar la Convención de la misma manera que un impedimento legal. Adicionalmente, el cumplimiento de una obligación bajo los términos de la

Convención en ocasiones requiere de una acción positiva por parte del Estado; en esas circunstancias, el Estado no puede simplemente permanecer pasivo.²

De lo planteado, y retomando lo dicho por Cappeletti y Garth (1996), aproximarse al concepto de acceso a la justicia implica reconocer por lo menos dos dimensiones. En primer lugar, una dimensión normativa referida al derecho igualitario de todos los ciudadanos a hacer valer los derechos legalmente reconocidos. En segundo lugar, una dimensión fáctica que hace referencia a aquellos aspectos vinculados con los procedimientos tendientes a asegurar el ejercicio del acceso a la justicia.

Desde esta aproximación, el acceso a la justicia comprende el derecho a reclamar por medio de los mecanismos institucionales existentes en una comunidad, la protección de un derecho. Esto implica el acceso a las instituciones administrativas y judiciales competentes para resolver las cuestiones que se presentan en la vida cotidiana de las personas. En este sentido, este proceso o trayectoria implica, de acuerdo con Larrandart (1992), el acceso al sistema judicial o a los mecanismos institucionales competentes para atender el reclamo, el acceso a un buen servicio de justicia que brinde un pronunciamiento judicial o administrativo justo, en un tiempo prudencial y, por último, el conocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos y de los medios para poder ejercerlos.

La justicia, entonces, no debe entenderse sólo como justicia de Estado. Esta posición que surge como consecuencia de un discurso jurídico endógeno, identifica el derecho directamente con la normatividad jurídica estatal y considera que las mejores soluciones para afrontar el problema del acceso son jurídicas, profesionales y técnicas. Asumir esto lleva a ignorar el vínculo estrecho que existe entre diversos factores contextuales, situaciones de pobreza, vulnerabilidad, marginalidad (Foucito, 2002) y, exclusión social en las que desenvuelven sus vidas grandes sectores de la población, y que tienen una relación recíproca con la justicia y el acceso a ésta.

Ahora, en el extremo opuesto de la posición anterior se encuentra una perspectiva por demás incluyente e integradora, que permite incorporar críticamente elementos de la posición anterior, articulándolas y abstrayéndolas para sustraerse de los reduccionismos. Pero sobre todo, la idea central es poder delinear posibles aproximaciones empíricas que muchas veces necesitan de la simplicidad conceptual para resolver aspectos metodológicamente complejos.

Según Méndez (1999), el concepto de acceso a la justicia y por lo tanto, el fenómeno que está detrás, ha pasado de ser una mera declaración de posibilidad de defensa de los derechos individuales, a una concepción que involucra el deber estatal de proporcionar un servicio público, protector no sólo de los derechos individuales, sino también de los derechos colectivos. Por lo que el estudio del acceso a la justicia se ha constituido en una gran preocupación de las sociedades modernas, abordando el tema desde diversas disciplinas pero con un enfoque más o menos común, que tiene que ver

²European Court Of Human Rights Court. *Case Of Airey v. Ireland* (Application no. 6289/73). 9 octubre 1979. Tomado de <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-57420>. Fecha de acceso 29 de enero de 2014.

con el hecho de discutir la relación entre la igualdad jurídico-formal y la desigualdad social y económica (Méndez, 1999; Robles, 2007).

Ahora, en el camino de intentar definir el fenómeno, desde las diferentes posiciones mencionadas antes, pero sin ánimos de simplificarlo de manera exagerada, se podría decir que existen dos grandes formas de entender el acceso a la justicia. La primera está vinculada con una visión formal que entiende al fenómeno como un servicio provisto por el Estado y al cual las personas llegan o no, por diversas situaciones. En este marco, las soluciones están en manos de la institución que brinda el servicio, y para lograr aumentar el contacto de las personas se deben elaborar y desarrollar estrategias institucionales internas (Abrego, 1999; Ferrandino, 2005; Boueiri, 2003).

La segunda manera de abordar el acceso a la justicia plantea que éste representa un proceso que se inicia mucho antes del contacto específico con la institución, y atravesar con éxito por este trayecto depende, o está influenciado por una serie de factores que van mucho más allá de cuestiones institucionales. Es decir, esta trayectoria o proceso depende de características, percepciones, valores y conductas de la población en relación con las instituciones encargadas de administrar e impartir justicia (Despouy, 2008; Fucito, 2003; Gargarella, 2004; Birgin y Kohen, 2006; Ruiz, 2008).

Si bien las diferentes posturas planteadas de manera general y resumidas líneas arriba, se reconocen como verdaderas, además de que se entiende que una discusión más profunda es necesaria para delinear mejor un fenómeno por demás complejo, esto no es parte del objetivo de este trabajo. Al mismo tiempo, se debe poner sobre aviso al lector que en este documento se hace un recorte quizá limitado del fenómeno bajo estudio, restricción que se debe estrictamente a limitaciones técnicas y metodológicas derivadas de la fuente de información (la encuesta), y no a posturas teóricas o ideológicas.

Entonces, si bien se reconoce y defiende la idea de que el acceso a la justicia es intrínseco al derecho fundamental de toda persona de recibir una respuesta estatal o alternativa a sus conflictos sociales (Cappelletti y Garth, 1996:13), por lo ya explicitado, en este trabajo se utilizará la aproximación más común de acceso a la justicia, la cual la concibe como el acercamiento, el contacto o la entrada a la estructura judicial, con el objetivo de obtener una defensa de los derechos violados o insatisfechos. Esta perspectiva pone el acento en la idea de acción (hecho), quizás más vinculado a lo que Friedman (1977), denomina “estructura del sistema de justicia”, sin retomar o poner atención a la trayectoria previa al acceso, ni a las etapas posteriores vinculadas con la situación de permanencia a lo largo de todas las etapas del proceso y a la obtención de un resultado.

Es así que el ejercicio que se propone no pretende explicar las causas que subyacen al fenómeno del acceso a la justicia en México, sino mostrar las posibles relaciones que existen entre este fenómeno (definición acotado, como ya se mencionó), y las distintas variables que aproximan su relación con los valores, las percepciones y la confianza en las instituciones; y con los aspectos sociales y materiales característicos de la población.

Aspectos metodológicos: la fuente de información

La investigación³ de la que forma parte la encuesta utilizada en este trabajo, se llevó a cabo durante el año 2009 con el objetivo de conocer los factores que inciden en la población del país para la utilización de los servicios de justicia. En este sentido, el estudio buscó recoger las concepciones de la población sobre la ley y la justicia, analizando las prácticas y las percepciones acerca de la gestión institucional, la evaluación del desempeño de las instituciones y los esfuerzos de participación ciudadana en este quehacer.

El trabajo investigó las características de los usos y las prácticas de las personas con respecto a la ley y los servicios de impartición de justicia, indagando sobre los distintos patrones de consumo, las prácticas y experiencias. Además, se buscó identificar los elementos culturales que orientan dichos patrones; es decir, las opiniones, valores y actitudes que enmarcan la cultura jurídica externa o cultura de la legalidad, su vinculación con la cultura política y con patrones de consumo de los servicios de impartición de justicia. Así como captar las evaluaciones de la gestión del desempeño de las instituciones que imparten servicios de justicia, como elementos de orientación de la apertura a la reforma judicial.

Para lograr lo anterior se entrevistó a 3,985 individuos de 15 años o más, obteniendo estimaciones válidas⁴ a nivel nacional y para cuatro regiones del país. Adicionalmente, se construyeron estimaciones para las tres zonas metropolitanas más importantes del país (Distrito Federal, Guadalajara y Monterrey).

A partir de la información recolectada por medio de la encuesta, es posible analizar algunos de los significados atribuidos a las prácticas y experiencias en relación con la ley y la impartición de justicia, así como dibujar los perfiles de la población, recuperando el contexto de heterogeneidad, desigualdad y vulnerabilidad en el que desarrollan sus vidas los encuestados.

Ahora, si bien la fuente de información utilizada (Encuesta Nacional sobre *Los usos sociales de la ley y la justicia*), no indagó de manera específica acerca de las categorías que se consideran centrales para un trabajo del tipo que se plantea aquí, sí contiene un conjunto de datos que permiten aproximar las dimensiones de interés para el análisis. Entonces, las variables que permiten esta aproximación a los ejes medulares del trabajo podrían agruparse de la siguiente manera: *condiciones sociales, culturales y económicas* (sexo, edad, escolaridad, pertenencia étnica, ámbito de residencia, región e ingreso familiar); *confianza, legitimidad y expectativas* (confianza, legitimidad y desempeño de las instituciones, justicia y grupos vulnerables y expectativas hacia las instituciones) y por último; *información, conocimiento y movilización de la ley* (conocimiento de los derechos, estrategias para la resolución de conflictos, movilización de la ley, disponibilidad y cercanía de servicios y judicialización de un problema).

³Informe de investigación: *Los usos sociales de la ley y la Justicia en México*. Encuesta Nacional de Opinión en Hogares. Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Área de Investigación Aplicada y Opinión.

⁴La encuesta tiene una nivel de confianza del 95 por ciento y permite realizar estimaciones con un margen de error de +/-3 puntos.

Dimensiones y variables incluidas en el análisis⁵

Además de las variables que describen *condiciones sociales, culturales y económicas* (sexo, edad, escolaridad, pertenencia étnica, ámbito de residencia, región e ingreso familiar), en el análisis se toman en cuenta otros factores que según la literatura influyen en el fenómeno. En este sentido, a continuación se presentan de manera general y descriptiva estas variables, para tener claro cuál es el origen de la información analizada, y que será sometida al análisis estadístico.

Conocimiento sobre los derechos. En relación con este tema se retoman preguntas que indagaron sobre el nivel de conocimiento de los entrevistados acerca de sus derechos. En este sentido sólo 25.1 por ciento declaró que los conoce *mucho*, tres de cada diez entrevistados (29.8 por ciento) señaló conocer *poco o nada* sus derechos, mientras que 45.1 por ciento dijo conocerlos *algo*.

Estrategia para la resolución de conflictos. A este respecto, la primera interrogante que surge cuando no se judicializan los problemas que afectan a las personas, es sobre cuáles serían las estrategias o medios de resolución que se utilizan en reemplazo. La respuesta más común consignada es “arreglar las cosas por su cuenta” con 45.8 por ciento, es decir, un porcentaje importante de las personas se resigna y evita entablar un conflicto dado que existe una posibilidad real de perder más de lo que eventualmente se pudiera ganar o recuperar.

Expectativas sobre el desempeño de las instituciones. Existe un alto grado de confianza en las instituciones judiciales: un porcentaje importante de los entrevistados (38.5 por ciento) reportó que vale la pena acudir a un juzgado, y 70.4 por ciento dice tenerle respeto a las instancias judiciales. Sin embargo, las percepciones sobre el proceso de toma de decisiones relacionado con los individuos encargados de tomarlas no son tan buenas, 53.8 por ciento manifiesta que las instituciones no hacen bien su trabajo, y menos de la mitad de los encuestados cree que los juzgados resuelven los problemas de manera justa o que son honestos. Estos indicadores varían significativamente por tipo de problema y condición de acceso a las instancias judiciales.

Movilización de la ley. La información que se muestra en relación con este tema tiene que ver con las ocasiones, motivos y circunstancias en las que los individuos movilizan instituciones como la policía y el ministerio público. Más allá de las percepciones, valoraciones y actitudes frente a las leyes y la justicia (formales), es necesario analizar en qué momento las personas deciden utilizar al sistema jurídico formal para resolver conflictos cotidianos. Es esta entrada al sistema legal formal de una sociedad lo que define al concepto de movilización de la ley (Black, 1973). Es importante distinguir a este concepto de la judicialización, ya que las personas pueden activar los recursos legales que tienen a su alcance (llamar a la policía, acudir al ministerio público o amenazar con demandar, por

⁵La información que forma parte de este apartado puede profundizarse revisando el informe de investigación elaborado para presentar los resultados de la investigación *Los usos sociales de la ley y la justicia en México*. Encuesta Nacional de Opinión en Hogares. Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia - Área de Investigación Aplicada y Opinión, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

ejemplo), pero sin judicializar el problema; es decir, sin llevarlo hasta los juzgados y tribunales. En términos de movilización de la ley influyen varios factores: la confianza en las instituciones, el respeto que se les tiene, las percepciones sobre su eficacia, honestidad y legalidad, y el deber cívico que las personas sienten frente a ellas.

Justicia y grupos vulnerables. En la encuesta se recoge información sobre la oportunidad que se tiene, dependiendo de la pertenencia a determinados grupos poblacionales, de obtener justicia por parte de los órganos de impartición, así, en la opinión del 56.9 por ciento de los entrevistados son los grupos vulnerables los que menor acceso a la justicia tienen.

Confianza en las instituciones. Se decía antes, que la población tiene un alto grado de confianza en las instituciones judiciales; en este sentido, un porcentaje significativo de los entrevistados reporta que vale la pena acudir a un juzgado y dice tenerle respeto a las instancias judiciales. Las respuestas relativas a los procesos de toma de decisión de los juzgados son menos positivas. Poco más de la mitad de los entrevistados cree que los jueces son independientes para tomar decisiones, mientras que poco menos de la mitad cree que los juzgados respetan los derechos de la gente y que resuelven los problemas de manera justa. Un porcentaje ligeramente menor, cuatro de cada diez entrevistados, cree que los juzgadores son honestos.

Percepciones del sistema de justicia. Las percepciones negativas de los órganos impartidores de justicia se explican, en parte, por las prácticas de impartición de justicia vigentes en el país, pero también por las malas prácticas de los abogados, por ejemplo. Cabe mencionar que las personas tienen percepciones más o menos favorables de las instituciones de impartición de justicia, ya que un mayor porcentaje de la población cree que las instituciones analizadas no resuelven los problemas de manera justa, no respetan los derechos básicos de la gente y no son honestas.

Legitimidad de las instancias judiciales. La legitimidad es efecto del desempeño, pero al mismo tiempo opera como causa en el proceso de decisión individual sobre acudir a una instancia judicial para resolver un problema, o resolverlo de maneras alternativas. Tyler (2006) dice que las actitudes que la población tiene sobre las instancias judiciales dependen no sólo del resultado de sus acciones; esto es, si son beneficiados o afectados por ellas, sino también por su desempeño. Es decir, si las instancias judiciales operan de forma que los sujetos consideren justa, aunque pudieran ser afectados por la decisión, entonces es probable que los sujetos consideren benéfica su operación.

Variables de corte y clasificación de la población: análisis descriptivo

Como en todo análisis que se realiza a partir de datos agrupados para una determinada población, lo primero que se debe hacer es discriminar a la población de acuerdo con ciertas características que son básicas para el fenómeno bajo estudio.

En este caso, la variable que se tomó como referencia para clasificar a la población total indica si se ha tenido o no, algún problema que se pueda considerar justiciable; y en caso afirmativo permite identificar el número de estos, información que se muestra en el cuadro 1.

En este momento se está considerando al conjunto de la población que respondió haber tenido por lo menos un problema (de cualquier tipo) en el periodo de referencia utilizado en la encuesta.

Cuadro 1
Distribución porcentual de la población encuestada
según el número de problemas tenidos

NÚMERO DE PROBLEMAS	PORCENTAJE TOTAL DE LA POBLACIÓN	PORCENTAJE DE LOS QUE TUVIERON POR LO MENOS UN PROBLEMA
0 problemas	59.0	—
1 problema	22.1	53.8
2 problemas	10.5	25.5
3 o más problemas	8.5	20.7
Total	100.0	100.0

Fuente: Cálculos propios a partir de los datos de la Encuesta Nacional *Los usos sociales de la ley y la justicia*. AMIJ, IJ-UNAM, 2009.

El cuadro 2 muestra a aquéllos que habiendo tenido por lo menos un problema, éste se ubica en el ámbito de la justicia civil, recorte que permitirá continuar con el análisis particular objeto de este trabajo.

Cabe aclarar que si bien la variedad de problemas recogidos en la encuesta es mucha, éstos no sólo hacen referencia a aquellos conflictos susceptibles de ser judicializables en instituciones jurisdiccionales, sino también a situaciones judicializables en instancias no jurisdiccionales. Entonces, ésta es la variable que se asume como base, en principio, para la clasificación de la población y que a partir de este momento servirá como referencia para el análisis estadístico, aunque más adelante se haga un nuevo corte para restringir los casos en función del interés particular de este trabajo.

Cuadro 2
Distribución porcentual de la población encuestada
según el número de problemas tenidos en el ámbito de la justicia civil

NÚMERO DE PROBLEMAS	PORCENTAJE TOTAL DE LA POBLACIÓN	PORCENTAJE DE LOS QUE TUVIERON POR LO MENOS UN PROBLEMA PERTENECIENTE AL ÁMBITO CIVIL
0 problemas	76.6	—
1 problema	19.2	82.0
2 problemas	3.8	16.2
3 o más problemas	0.4	1.8
Total	100.0	100.0

Fuente: Cálculos propios a partir de los datos de la Encuesta Nacional *Los Usos sociales de la ley y la justicia*. AMIJ, IJ-UNAM, 2009.

En el cuadro 3 se puede ver la distribución de la población de acuerdo con los problemas reportados y en su caso, si realizaron alguna acción que pueda considerarse como “acceso a la justicia”. Se recordará que en este trabajo cuando se hace referencia a este hecho, lo que se toma en cuenta es una aproximación medida en función de si las personas acudieron (“contacto institucional”), a alguna institución buscando una solución a su situación.

Desde la literatura el acto referido (“contacto institucional”), es tomado como el primer contacto en la cadena de judicialización, pero también como ya se dijo, las limitaciones impuestas por la misma fuente de información utilizada, obliga a aproximarnos al fenómeno del acceso a la justicia desde esta variable.

Los datos indican que aquellas situaciones vinculadas con problemas surgidos de la adquisición de bienes y servicios en el mercado son los que en menor porcentaje se llevan a las instituciones (no jurisdiccionales) de justicia, junto con las vinculadas con procesos de divorcios o separación y las decisiones relacionadas con estas situaciones.

Por su parte, eventos asociados a firmas de contratos y no cumplimiento de los mismos muestran un mayor porcentaje de judicialización, seguido de situaciones de conflictos vecinales y eventos asociados a herencias.

Cuadro 3
Distribución porcentual de la población según tipo de problema tenido y porcentaje de los que tuvieron algún problema y judicializaron

TIPO DE PROBLEMAS	PORCENTAJE DE LOS QUE TUVIERON PROBLEMAS*	PORCENTAJE DE LOS QUE JUDICIALIZARON**
Problemas de índole comercial	78.0	49.5
Conflictos vecinales	21.3	73.7
Firmó un contrato y no se lo quieren cumplir	9.7	82.4
Tiene que decidir quién se queda con las propiedades de un familiar que acaba de morir	5.1	63.8
Tiene que decidir tras un divorcio con quien se quedan los hijos	5.9	47.3
Porcentaje total de los que habiendo tenido al menos un problema y judicializaron		52.2

Fuente: Cálculos propios a partir de los datos de la Encuesta Nacional *Los usos sociales de la ley y la justicia*. AMIJ, IJ-UNAM, 2009.

* No suma 100% porque se trabaja como pregunta de respuesta múltiple.

** Se muestran solamente los porcentajes para la opción de judicializó el problema.

Entonces, del total de personas que en el periodo de referencia reportaron haber tenido algun problema susceptible de ser judicializable en el ámbito de la justicia civil (indagados en la encuesta), solamente el 52.2 por ciento realizó alguna acción que los puso en contacto con las instituciones pertinentes. En definitiva, éste es el recorte que se

tomará como referencia para el análisis siguiente; es decir, la población que será analizada a partir de ahora, es aquella que habiendo tenido un problema susceptible de ser justiciable, hicieron o no algo que los ubique como población “judicialmente activa”⁶ (52.2 por ciento), y “judicialmente inactiva” (47.8 por ciento). Esta idea hace referencia a lo que en un trabajo anterior se identificó como “presente activo”, diferenciándolos de los denominados como “futuro activo”; es decir, aquellos que en el supuesto caso de que en el futuro sean sujetos de algún problema harían algo para institucionalizarlo (Padrón, 2013).

El cuadro 4 permite observar a la población definida como judicialmente activa e inactiva y su comportamiento de acuerdo con las variables que describen *condiciones sociales, culturales y económicas*.

Cuadro 4
Distribución porcentual de la población que tuvo algún problema del ámbito de la justicia civil según características sociodemográficas y económicas

VARIABLES SOCIODEMOGRÁFICAS Y ECONÓMICAS	JUDICIALMENTE ACTIVO	JUDICIALMENTE INACTIVO	TOTAL
<i>Sexo</i>			
Hombre	50.4	49.6	100
Mujer	53.8	46.2	100
<i>Grupos de edad</i>			
18 a 24	51.1	48.9	100
25 a 34	50.2	49.8	100
35 a 44	50.3	49.7	100
45 a 54	56.1	43.9	100
55 a 64	57.8	42.2	100
65 y más	57.4	42.6	100
<i>Nivel de escolaridad*</i>			
Ninguno o primaria	48.1	51.9	100
Secundaria	50.4	49.6	100
Preparatoria	48.9	51.1	100
Universidad o más	67.1	32.9	100
<i>Ingreso**</i>			
Menos de 3 SM	44.2	55.8	100
De 3 a 5 SM	48.9	51.1	100
Más de 5 SM	62.1	37.9	100

⁶Entendida de manera concreta como el acto o el evento de reclamar ante una autoridad, juez o institución de justicia el cumplimiento de al menos algunas de las obligaciones que constituyen el objeto del derecho.

* La pertenencia étnica está definida en la encuesta como la condición de habla de lengua indígena.

Cuadro 4 (*Continuación*)

VARIABLES SOCIODEMOGRÁFICAS Y ECONÓMICAS	JUDICIALMENTE ACTIVO	JUDICIALMENTE INACTIVO	TOTAL
<i>Pertenencia étnica*</i>			
Sí	46.9	53.1	100
No	52.5	47.5	100
<i>Ámbito de residencia***</i>			
Rural	43.3	56.7	100
Urbano	55.5	44.5	100
<i>Regiones***</i>			
Norte	64.9	35.1	100
Noroccidente	52.0	48.0	100
Centro	53.0	47.0	100
Sureste	39.5	60.5	100

Fuente: Cálculos propios a partir de los datos de la Encuesta Nacional *Los usos sociales de la ley y la justicia*. AMIJ, IJ-UNAM, 2009.

Nivel de significancia para las medidas de asociación Phi y V de Cramer para el caso de variables nominales y pruebas Gamma y d de Somers para el caso de variables ordinales: *** $p < 0.01$; ** $p < 0.05$; * $p < 0.1$.

De los datos anteriores (véase cuadro 4), se puede ver que tanto el sexo como la edad no resultan tener una relación estadísticamente significativa con el fenómeno en estudio, aunque es interesante destacar que son los jóvenes los que muestran un comportamiento menos activo con respecto a los adultos y adultos mayores. Los individuos que tienen entre 18 y 44 años de edad, son los que en menor porcentaje judicializaron algún problema susceptible de serlo y, con un porcentaje levemente mayor las mujeres con respecto a los hombres son las que se constituyen como judicialmente activas. Nuevamente es menester recordar que las diferencias no son estadísticamente significativas, por lo que estas pequeñas discrepancias por edad y sexo deben tomarse con cautela.

Como ya se había adelantado, tanto el nivel de escolaridad como el ingreso resultan significativos en términos estadísticos; es decir, aquellos que tienen mayores niveles de escolaridad y los que presentan mayores ingresos son los que asumen una actitud más activa frente a los problemas susceptibles de ser judicializables, con respecto a los menos escolarizados y los que reciben menores ingresos económicos. Si bien, como es sabido, el ingreso y la escolaridad actúan en la generalidad de los fenómenos sociales de manera correlacionadas, en este caso ambas características podrían tener impactos diversos derivados de las implicaciones que tienen estas características para el fenómeno del acceso a la justicia.

Entonces, el ingreso económico (monetario) actuaría como un inhibidor para el acceso o contacto con las instituciones, no sólo por los posibles costos asociados al recorrido a lo largo del proceso de acceso a la justicia, sino también porque estas po-

blaciones residirían en lugares o ámbitos donde el acceso real a las instituciones implica mayor inversión o costos adicionales.

En cuanto al efecto de la escolaridad, ésta actuaría desde dos frentes. Por un lado, vinculado al capital humano que favorecería no sólo el conocimiento de los derechos, sino también los mecanismos institucionales para el ejercicio de esos derechos. Por el otro lado, podría tener relación con las redes sociales (individuales, comunitarias e institucionales), que se entenderían como un favorecedor o con un efecto positivo para el acceso a la justicia.

La pertenencia étnica muestra, como en los casos anteriores, una relación significativa en términos estadísticos, indicando que aquéllos que hablan alguna lengua indígena tienen una postura menos activa que los que no forman parte de este grupo de población. Aunque se debe destacar que la relación es “débil”, y así se puede observar de las diferencias porcentuales entre ambos grupos analizados, en principio se entien- de como un dato que no debe dejarse de lado.

Ahora, son las variables de ámbito de residencia y región del país las que presen- tan las relaciones más sólidas con el fenómeno de interés para este trabajo. Si bien estas características están vinculadas también con cuestiones de escolaridad e ingreso, incluso con presencia de población indígena, la hipótesis que está detrás vincula esta distribución con la disponibilidad, acceso y obviamente con los costos asociados al acceso. Es decir, son las zonas rurales y la región sureste del país las que presentan menor disposición de servicios judiciales con fácil acceso y bajos costos para la pobla- ción, pero también es la población de estas zonas del país la que tiene valores y per- cepciones particulares acerca de la justicia y de los derechos.

El cuadro 5 presenta los datos para las variables vinculadas a los aspectos no materiales o simbólicos de la población. Como se puede ver, las variables muestran relaciones estadísticamente significativas con el acto de judicializar o no judicializar los problemas tenidos.

Cuadro 5
Distribución porcentual de la población que tuvo algún problema del ámbito de la justicia civil según conocimiento, valores, percepciones y actitudes

VARIABLES DE VALORES Y PERCEPCIONES	JUDICIALMENTE ACTIVO	JUDICIALMENTE INACTIVO	TOTAL
<i>Conocimiento de sus derechos***</i>			
Mucho	62.6	37.4	100
Algo	50.6	49.4	100
Poco	47.5	52.5	100
Nada	39.3	60.7	100
<i>Cálculo costo/beneficio**</i>			
Prefiere gastar dinero en abogados	57.4	42.6	100
Prefiere arreglar las cosas por su cuenta	48.1	51.9	100

Cuadro 5 (Continuación)

VARIABLES DE VALORES Y PERCEPCIONES	JUDICIALMENTE ACTIVO	JUDICIALMENTE INACTIVO	TOTAL
<i>Cercanía de instituciones*</i>			
Sí	53.3	46.7	100
No	49.7	50.3	100
<i>Percepción del trabajo institucional**</i>			
Buena	52.3	47.7	100
Ni buena, ni mala	40.4	59.6	100
Mala	43.5	56.5	100
<i>Movilización de la ley**</i>			
Sí	58.1	41.9	100
No	30.0	70.0	100
<i>Percepción de la independencia de las decisiones de los jueces*</i>			
Independiente	57.0	43.0	100
No independiente	42.9	57.9	100
<i>Percepción acerca de qué tan justas son las decisiones de los jueces**</i>			
Justas	57.7	42.3	100
Injustas	39.9	60.1	100
<i>Percepción acerca de si se respetan los derechos de las personas en los juzgados**</i>			
Sí	52.9	47.1	100
No	43.5	56.5	100
<i>Percepción acerca de si los jueces son honestos*</i>			
Sí	50.5	49.5	100
No	45.8	54.2	100
<i>A quién recurre cuando hay conflictos o situaciones de violencia en la familia**</i>			
Familia	41.2	56.3	100
Amigos cercanos	43.7	56.3	100
Compañeros trabajo	43.8	56.2	100
Vecinos	35.7	64.3	100
Abogado	64.0	36.0	100
Autoridades	51.8	48.2	100
Organizaciones sociales	59.6	40.4	100
Iglesia	36.4	63.6	100

Fuente: Cálculos propios a partir de los datos de la Encuesta Nacional *Los usos sociales de la ley y la justicia*. AMU, IJ-UNAM, 2009.

Nivel de significancia para las medidas de asociación Phi y V de Cramer para el caso de variables nominales y pruebas Gamma y d de Somers para el caso de variables ordinales: *** p < 0.01; ** p < 0.05; * p < 0.1.

Así, el conocimiento amplio de los derechos por parte de la población hace que la acción de judicializar sea mucho más recurrente que en aquéllos que dicen no conocer

cuáles son sus derechos. Si bien las categorías intermedias no presentan diferencias tan grandes como en los casos anteriores, la tendencia general que se muestra va en el mismo sentido.

Junto con el conocimiento de los derechos por parte de la población, la variable que más discrimina es la que muestra a quién recurre la gente cuando se presenta un problema en el ámbito de la familia. Así, se puede ver que aquellos que manifiestan solucionar este tipo de situaciones que se dan en el ámbito de lo privado en este mismo espacio, son los que menor propensión a judicializar los problemas tienen. Y los que menor espacio para judicializar muestran, de acuerdo con los datos del cuadro 5, son lo que intentan arreglar este tipo de problemas recurriendo a las instituciones religiosas, a diferencia de los que acuden a organizaciones sociales, mismas que seguramente sirven de vínculo o nexo con las instituciones de impartición de justicia, o por lo menos brindan instancias de asesoría para determinados grupos poblacionales.

El resto de las variables tienen impacto en el sentido esperado; es decir, las percepciones positivas acerca de las instituciones y de los funcionarios, la cercanía a los servicios, la movilización de la ley como primer recurso para solucionar un problema y las percepciones favorables acerca de las decisiones de los jueces hacen que las personas prefieran iniciar el contacto institucional.

Aproximación a los determinantes del acceso: análisis exploratorio multivariado

Si bien el análisis anterior permite observar las asociaciones que presentan mayor fuerza entre las características materiales y no materiales, y las conductas judicialmente activas e inactivas presentes en la población mexicana, en trabajos de este tipo siempre resulta interesante ver cómo estas variables se comportan al actuar de manera conjunta. Por esta razón, a continuación se muestran los resultados obtenidos a partir de un análisis multivariado exploratorio.

El análisis se realizó por medio de un modelo de *Regresión Logística Binaria*,⁷ donde la variable dependiente quedó conformada por los *judicialmente activos e inactivos* (codificados como 1 los primeros y como 0 los segundos), y se utilizó el método de estimación *backward* con el criterio de selección dado por la razón de verosimilitud (LR), donde los modelos son sistemáticamente reducidos por medio de la exclusión de variables una a una empezando por el modelo completo. Así, a partir de este proceso el modelo final obtenido, y que presentó el mejor ajuste, corresponde al que se muestra en el cuadro 6.

Antes de continuar, quizás sea importante señalar que la regresión logística binaria es un tipo especial de regresión que se utiliza para explicar y predecir una variable

⁷Una variable binaria es aquella que sólo puede adquirir dos posibles valores (Sí o No; Verdadero o Falso, etcétera). Las variables binarias constituyen un subconjunto muy importante de las llamadas variables categóricas o cualitativas, las cuales están muy presentes en las ciencias sociales. Estas variables se codifican con valores 0 y 1, donde el 0 significa la ausencia de la característica de interés y 1 la presencia de dicha característica.

categoría binaria (dos grupos), en función de un conjunto de variables independientes que pueden ser cuantitativas o cualitativas. En definitiva, esta técnica permite modelizar la probabilidad de que ocurra un evento dada una serie de variables independientes.

Como se puede observar a partir de los resultados del modelo, las variables que resultan significativas pueden agruparse en tres grandes categorías, como ya se infería desde el análisis descriptivo. Por un lado, se tienen dos variables que aproximan las características sociales, culturales y económicas de la población (ingreso y regiones del país). Luego, en el rubro de actitudes y conductas, se agrupa la información que surge de la variable movilización de la ley y de a quién se recurre cuando hay conflictos o situaciones de violencia en la familia. Finalmente, en la tercera categoría, que tiene que ver con las percepciones de la población acerca de las instituciones, son significativas las variables que miden las expectativas sobre el trabajo institucional, qué tan justas son las decisiones que toman los jueces, si se respetan los derechos de las personas en las instituciones y la honestidad con la que actúan los jueces.

Como ya se dijo, algunas de las variables actúan como inhibidoras de la judicialización (aproximación al acceso a la justicia en este trabajo) y otras, como motivadoras o facilitadoras de este proceso. Es decir, algunas de las características o situaciones servirían como promotoras para la entrada al sistema, para el acceso a la justicia; y otras funcionarían como obstáculo, barrera o inhibidoras del proceso de justiciabilidad.

En este sentido, el ingreso económico (monetario) funciona como un inhibidor del acceso, como se puede ver en los datos surgidos del modelo. Cuanto menor sea el ingreso monetario con el que cuentan las personas, la propensión para ingresar al sistema de justicia disminuye. Lo mismo ocurre cuando se observan los resultados para las regiones del país, aquellas que incluyen a los estados más pobres, menos urbanizados, con mayor población indígena y, por ende, las de menor desarrollo en términos generales (región sureste y centro), son las que funcionan como inhibidoras para el acceso a la justicia.

Cuadro 6
Resultados del modelo de regresión logística para la población mexicana
judicialmente activa, 2009

VARIABLES INCLUIDAS EN LA ECUACIÓN	COEFICIENTES ESTIMADOS		CAMBIO EN EL MOMIO
<i>Ingreso monetario familiar</i>			
Menos de 3 salarios mínimos	-0.971	***	0.379
De 3 a 5 salarios mínimos	-0.629	**	0.533
Más de 5 salarios mínimos			
<i>Regiones del país</i>			
Sureste	-0.253	*	0.777
Noroccidente	0.363	*	1.437
Centro	-0.181	*	0.834

VARIABLES INCLUIDAS EN LA ECUACIÓN	COEFICIENTES ESTIMADOS		CAMBIO EN EL MOMIO
Norte			
Percepción del trabajo institucional			
Buena	1.313	***	2.269
Ni buena, ni mala	1.231	***	2.232
Mala			
Movilización de la ley			
Sí	0.396	**	1.485
No			
Percepción acerca de qué tan justas son las decisiones de los jueces			
Injustas	-0.342	*	0.711
Justas			
Percepción acerca de si se respetan los derechos de las personas en los juzgados			
Sí	1.196	***	3.306
No			
Percepción acerca de si los jueces son honestos			
Sí	0.845	**	1.430
No			
<i>A quién recurre cuando hay conflictos o situaciones de violencia en la familia</i>			
Familia			
Amigos cercanos	-1.032	***	0.356
Compañeros trabajo	-1.147	***	0.318
Vecinos	-0.817	**	0.442
Abogado	2.054	*	7.797
Autoridades	0.756	*	2.131
Organizaciones sociales	0.368	**	1.445
Iglesia	-1.035	**	0.355
Constante	1,475	***	
-2 LogLikelihood	553,585		
Chi Cuadrada del modelo	102,504	***	
Número de casos	934		
Clasificación total	67.8%		
Clasificación judicialmente activos	72.5%		
Clasificación judicialmente inactivos	63.0%		

Nota: Las categorías de referencia se indican en negritas.

Nivel de significancia: *** p < 0.01; ** p < 0.05; * p < 0.1.

Fuente: Cálculos propios a partir de los datos de la Encuesta Nacional *Los usos sociales de la ley y la justicia*. AMIJ, IJJ-UNAM, 2009.

Ahora, en la segunda dimensión, actitudes y conductas, se puede ver que la movilización de la ley constituye un motivador para continuar con el proceso institucional. Es decir, que aquellos individuos que movilizan a la policía o el ministerio público, más allá de las percepciones, valoraciones y actitudes frente a las leyes y la justicia (formales), son más propensos a entrar al sistema legal formal. Aunque es importante distinguir este concepto de la judicialización, ya que las personas pueden activar los recursos legales que tienen a su alcance (llamar a la policía, acudir al ministerio público o amenazar con demandar, por ejemplo), sin llegar a judicializar el problema; es decir, sin llevarlo hasta los juzgados y/o tribunales. Porque como ya se ha visto, en términos de movilización de la ley también influyen otros factores como la confianza en las instituciones, el respeto que se les tiene, así como las percepciones sobre su eficacia, honestidad y legalidad.

El otro aspecto que tiene que ver con la dimensión de actitudes y conductas está relacionado con las redes de apoyo para la resolución de problemas. Los datos muestran que aquellas personas que tienen un problema en el ámbito de la vida privada (familiar, como en el ejemplo que se emplea en la encuesta), intentan darle solución en este mismo espacio (el privado o semi privado), por lo que estas condiciones funcionan como inhibidoras del acceso o la entrada al sistema legal formal. Así, los que recurren a la misma familia, a los amigos, a los compañeros, a los vecinos e incluso a las instituciones religiosas presentan signos negativos en los coeficientes asociados, lo que indica que las posibilidades de acceder a la justicia formal disminuyen en relación con aquellos que recurren a la autoridades, a las organizaciones sociales y, por supuesto, con respecto a los que buscan los servicios de un abogado.

La tercera dimensión manejada tiene que ver con las percepciones que los individuos tienen acerca del funcionamiento institucional, así como de los actores que se desempeñan en ellas, percepciones que se elaboran tanto a partir de experiencias personales anteriores como de aquéllas que se asumen como propias o como vividas personalmente (“experiencia vicaria”).

Nuevamente, las percepciones pueden funcionar como obstáculo o como movilizadores para el acceso a la justicia, cuando las percepciones sobre el proceso de toma de decisiones relacionado con los individuos encargados de tomarlas, no son tan buenas, la posibilidad de ingresar al sistema legal formal disminuye, aunque habría que considerar que estos indicadores varían significativamente por tipo de problema y condición de acceso a las instancias judiciales.

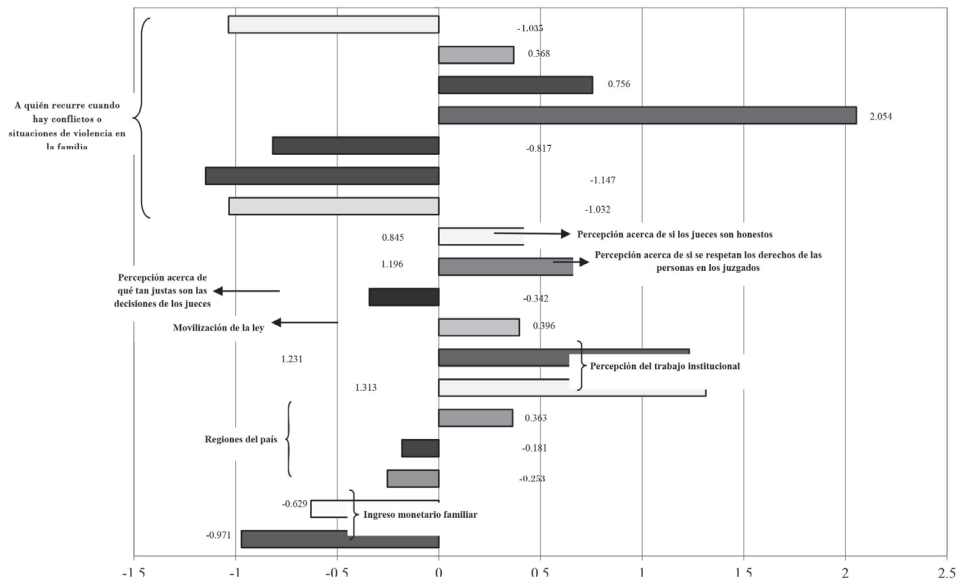
Por último, en cuanto a las percepciones vinculadas a los procesos de toma de decisión de los juzgados, se puede ver que cuando éstas son menos positivas, los chances de acceder disminuyen; es decir que, creer que los jueces no son independientes para tomar decisiones, creer que los impartidores de justicia no respetan los derechos de la gente y que no resuelven los problemas de manera justa, son todas ellas condiciones que inhiben la entrada al sistema (véase gráfica 1).

En la gráfica 1 se puede ver cómo las diferentes variables incorporadas al modelo actúan en sentidos opuestos o contradictorios y presentan pesos distintos. Si bien en la figura anterior se muestran de manera gráfica los mismos datos vistos en el cuadro 6, esta

forma de presentar la información permite una mejor y más clara visualización del efecto que tienen las distintas variables independientes sobre el fenómeno de acceso a la justicia civil. Recordemos que en este trabajo este fenómeno es medido en términos del contacto institucional, o por medio del hecho de haber recurrido a la institución correspondiente para intentar dar solución a una situación susceptible de ser judicializable.

En términos generales, y sin ánimo de ser repetitivo, los resultados del modelo permiten extraer una serie de conclusiones que por momentos parecerían constituirse en hipótesis que deben ser puestas a prueba en investigaciones posteriores, con datos que indaguen sobre cuestiones más específicas.

Gráfica 1
Peso de los coeficientes estimados a partir del modelo de regresión logística para la población judicialmente activa



Fuente: Cálculos propios a partir de los datos de la Encuesta Nacional *Los usos sociales de la ley y la justicia*. AMIJ, IJJ-UNAM, 2009.

Consideraciones finales

Como dice Anderson (2003), la posibilidad de acceder a la justicia y de utilizar las instituciones legales se encuentra distribuida de manera desigual en la mayoría de las sociedades, y en particular, en los países menos desarrollados, los pobres poseen escaso acceso y son usuarios infrecuentes de los sistemas legales. Como se puede apreciar a partir de los datos mostrados antes, México no es la excepción en este sentido.

Los resultados tanto descriptivos como los surgidos del modelo multivariado, permiten concluir que el fenómeno de acceso a la justicia es regulado por racionalidades diversas, mismas que tienen una base social, cultural, económica, política y simbólica, por lo que tanto el derecho de acceso a la justicia, como el acto de acceder a, se encuentra vinculado a una amplia gama de prácticas y fenómenos que lo atraviesan y condicionan en diferentes grados y en distintos momentos.

En este sentido, el contacto institucional (acceso a la justicia), depende de características, percepciones, valores y conductas individuales de la población, pero también de cualidades que pueden tener o no las instituciones, de su organización interna, de su desempeño y de la forma en que éstas se relacionan o vinculan con la sociedad. En definitiva, el problema no es unidimensional y unidireccional, es un asunto complejo que debe ser abordado de manera integral.

Entonces, cualquier búsqueda de cambio por medio del diseño y la implementación de estrategias relacionadas con la justicia requiere de diversos frentes de acción, pero fundamentalmente debe ser pensado desde una óptica y dinámica integral y armonizada.

En el trayecto desde la igualdad formal a la sustantiva en el acceso a la justicia y el ejercicio de este derecho, se hace más que necesario fomentar discusiones informadas sobre las variadas estrategias que tendrán que desplegarse para alcanzarla. Por lo que la importancia de las investigaciones empíricas no debe ser subestimada, ya que sin un adecuado diagnóstico será difícil establecer las medidas a tomar, y sin una adecuada y sistemática evaluación de las acciones adoptadas, será imposible tener la certeza de avanzar en la dirección correcta.

Varios estudios sobre acceso a la justicia han demostrado que hay dos factores predominantes (aunque no los únicos, como se demostró desde el modelo de regresión logística), que permiten determinar si la gente puede utilizar los medios legales disponibles. El primero, y sin duda el más importante, es el acceso a recursos económicos; en este sentido, contratar abogados y recurrir a las instituciones legales puede resultar muy costoso en sí mismo, además involucra otros costos de oportunidad que para los pobres normalmente representan tiempo fuera de las actividades que les proveen sustento económico. El segundo factor, al que usualmente se refieren los distintos estudios, es la habilidad institucional, que implica la habilidad de entender y utilizar el sistema en parte o en su conjunto (Galanter, 1974; Cappelletti y Garth, 1996).

Así, entre los aspectos que deberán considerarse, se destaca la relevancia de facilitar procedimientos y reglas para que de acuerdo con las circunstancias, las personas puedan resolver sus propios asuntos, sin que ello signifique que deben renunciar a la alternativa judicial. Los medios alternativos de resolución de conflictos deberán ser considerados, pero siempre de una manera que no resulte un “pobre” sustituto de la justicia. Muchas veces, si las personas no tienen ninguna posibilidad de recurrir a la justicia, entonces la mediación no es una verdadera alternativa, sino el único camino posible.

En definitiva, se deben impulsar y difundir investigaciones empíricas que busquen determinar el déficit de acceso a la justicia, identificando y analizando en qué medida

los conflictos son resueltos por medio de la aplicación de los mecanismos institucionales (administrativos, judiciales) disponibles, y en qué circunstancias (económicas, sociales, simbólicas). Esto permitiría documentar desde una perspectiva integradora con qué recursos jurídicos cuentan las personas para asegurar su acceso a la justicia: institucionales, si trabajan de modo articulado, recursos disponibles (materiales y humanos), entre otros.

Además, investigaciones de este tipo podrían ayudar a medir, para planificar acciones tendientes a mejorar los aspectos de infraestructura (ubicación, condiciones edilicias, espacios de espera, horarios de atención), así como las prácticas del poder judicial que dificultan, en definitiva, el acceso a la justicia.

Bibliografía

- ABREGO, Abraham (1999). *Análisis comparativo sobre acceso a la justicia en el ámbito centroamericano*. Ponencia presentada en el Foro Centroamericano. Ciudad de Guatemala. 26 al 30 de julio. Mimeo.
- ANDERSON, Michael R. (2003). *Access to Justice and Legal Process: Making Legal Institutions Responsive to Poor People in LDCs*. IDS Working Paper 178. Institute of Development Studies. Brighton, Sussex.
- Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia — Instituto de Investigaciones Jurídicas — Universidad Nacional Autónoma de México (2010). *Encuesta Nacional de Opinión en Hogares: Los usos sociales de la ley y la justicia en México*. Informe de Investigación. UNAM.
- BIRGIN, Haydée y Beatriz Kohen (comps.) (2006). *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*. Editorial Biblos. Buenos Aires, Argentina.
- y Natalia Gherardi (2008). “El acceso a la justicia como un derecho humano fundamental: retos y oportunidades para mejorar el ejercicio de los derechos de las mujeres”, en Etchegoyen, Aldo (coord.). *Mujer y acceso a la justicia*. El Mono Armado. Buenos Aires, Argentina.
- BLACK, Donald J. (1973). “The Mobilization of Law”, en *The Journal of Legal Studies*. Vol. 2, N° 1, Jan. 1973. The University of Chicago Press.
- BOUEIRI B., Sonia (2003). “Una aproximación socio jurídica del acceso a la justicia”, en *Revista del Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas*, núm 22, enero-diciembre. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad de Los Andes. Mérida, Venezuela.
- CAPPELLETTI, Mauro y Bryant Garth (1996). *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, Fondo de Cultura Económica. México.
- DESPOUY, Leandro (2008). “Acceso a la justicia: Impacto de la pobreza sobre los derechos humanos”, en *Defensa Pública: Garantía de Acceso a la Justicia*, Defensoría General de la Nación. Buenos Aires, Argentina.
- FERRANDINO, Álvaro (2005). *Reformas para facilitar el acceso a la justicia*, Centro de Estudios De Justicia de las Américas. Santiago de Chile, Chile.
- FUCITO, Felipe (2003). *Sociología del derecho*, 2da. ed. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina.
- (2002). *¿Podrá cambiar la Justicia en la Argentina?* Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, Argentina.

- FRIEDMAN, Lawrence (1977). *Law and Society. An Introduction*. Prentice Hall. Nueva Jersey. USA.
- GALANTER, M. (1974). “Why the ‘Haves’ Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change”, en *Law & Society Review* 9.
- GARGARELLA, Roberto (2004). “Too Far Removed From the People. Access to Justice for the Poor: The Case of Latin America”. Documento presentado en *Jornada de Acceso a la justicia como garantía de igualdad*. Buenos Aires. Argentina. CEADEL/Ford. 16 de abril de 2004.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) (2003). *Primera Encuesta Nacional de Cultura Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México. México.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) (2011). *Segunda Encuesta Nacional de Cultura Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México. México.
- JOHNSON Jr., Earl (1983). “Equal Access To Justice: Comparing Access To Justice In The United States And Other Industrial Democracies”. En *24 Fordham Int’l L. J.*
- LARRANDART, Lucila (1992). “Acceso a la justicia y tutela de los derechos ciudadanos”, en *Sistema Penal Argentino*. Buenos Aires, Argentina.
- MÉNDEZ, Juan E. (1999). *El acceso a la justicia, un enfoque desde los derechos humanos*. Ponencia presentada en el Foro Internacional *Acceso a la Justicia y Equidad en América Latina*. San José, Costa Rica. Instituto Americano de Derechos Humanos. Washington, D.C. Banco Interamericano de Desarrollo.
- PADRÓN, Mauricio (2013). “Acceso a la justicia, vulnerabilidad y exclusión: aproximación a las dimensiones relacionales subyacentes”, en *Sin derechos. Exclusión y discriminación en el México actual*. Colección Líneas de Investigación Institucionales. Núm. 1. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México.
- RHODE, Deborah (2004). *Access to Justice*. Oxford University Press, Oxford & New York.
- ROBLES, Diego Américo (2007). “El concepto de acceso a la justicia. Evolución, vigencia y actualidad”, en Salanueva, Olga L. y Manuela G. González, *Acceso a la Justicia. Las estrategias de los pobres frente a los conflictos en barrios de La Plata y Gran La Plata*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. Argentina.
- RUIZ, Alicia (2008). “Asumir la vulnerabilidad”, en *Defensa Pública: Garantía de Acceso a la Justicia*. Defensoría General de la Nación. Buenos Aires, Argentina.
- TYLER, Tom (2006). *Why People Obey the Law*. Princeton University Press, Princeton.

Los medios alternativos de solución de controversias

La perspectiva de derechos humanos
en la incorporación de los medios alternos
al texto constitucional

El estudio de los medios alternativos de resolución de controversias tiene amplias repercusiones en el ámbito de la teoría del proceso, la existencia de un amplio conjunto de estudios en la materia así lo atestiguan, sin embargo, dentro del sistema jurídico mexicano este tema durante algún tiempo no tuvo la atención que merece hasta el momento en que adquiere relevancia constitucional con la reforma publicada el 18 de junio de 2008.¹

En efecto, la denominada reforma constitucional en materia de seguridad y justicia incluyó en su nuevo texto del artículo 17 expresamente el mandato al legislador ordinario para que estableciera mecanismos alternativos de solución de controversias, con especial referencia a su regulación en el ámbito penal.

Esta incorporación al texto constitucional se justificó durante el trámite legislativo² como parte de la

Sumario

La perspectiva de derechos humanos en la incorporación de los medios alternos al texto constitucional	707
La perspectiva de la Teoría General del Proceso en el estudio de los Medios Alternativos de Solución de Controversias. . .	708
La Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal	710
La regulación de los medios alternos de solución de controversias en la regulación procesal penal mexicana	713
Reflexiones finales.	721

¹La reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008 es una muy amplia y ambiciosa modificación al texto de la Carta fundamental que establece las bases para transformar, totalmente, el sistema nacional de seguridad pública, el combate a la delincuencia organizada y el sistema de justicia penal mexicano. Lograr esta última finalidad: transformar el proceso penal mexicano —que actualmente es de naturaleza mixta con predominancia de su etapa inquisitiva, por un sistema acusatorio— es uno de los retos más complejos y arduos que enfrenta el Estado de Derecho en México. Sobre las implicaciones de esta reforma puede verse el primer capítulo de Antonio Caballero Juárez y Carlos F. Natarén Nandayapa, *Los Principios Constitucionales del Nuevo Proceso Penal Acusatorio y Oral Mexicano*, México, UNAM, 2013.

²En lo que se refiere a conocer la justificación de esta reforma constitucional, nos parece que la mejor de las opciones es la lectura del “Dictamen de Primera Lectura de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados, con Proyecto de Decreto que reforma,

obligación de los Estados de garantizar el libre ejercicio de los derechos humanos, ya que la evolución progresiva de su protección ha derivado en la conclusión de que este deber estatal no se limita únicamente a una cuestión formal, sino que además se impone al Estado la obligación de proporcionar todos los medios necesarios para que el sujeto de dichos derechos pueda hacerlos efectivos, lo que incluye que sea de manera pronta y expedita.

De acuerdo con el dictamen a la reforma constitucional³ esta conclusión tendría su origen en el sistema interamericano, específicamente en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, donde se fija el compromiso de los Estados partes respecto a la aplicación de dicho instrumento internacional, lo que también implicaría la obligación del Estado de garantizar el acceso efectivo a la justicia. En este sentido, se considera que los mecanismos alternativos de solución de controversias son una garantía de la población para el acceso a una justicia pronta y expedita.

En efecto, para el poder reformador de la Constitución los mecanismos alternativos de solución de conflictos —entre los que menciona a la mediación, a la conciliación y al arbitraje—, permitirían en primer lugar cambiar de paradigma en el sistema de justicia, adoptando el de la justicia restaurativa; de igual forma propiciarían una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, que privilegiara la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo; también servirían para despresurizar las altas cargas de trabajo de los órganos jurisdiccionales y para que las víctimas obtuvieran de forma más rápida la reparación del daño.

Ahora bien, el nuevo texto constitucional hace mención expresa de la aplicabilidad de estos medios alternativos de solución de controversias al ámbito penal, sin embargo, señala que en estos casos será necesario que se cubra, previamente y en su totalidad, la reparación del daño como requisito de procedibilidad, así como que es necesario asegurar que exista una vía de revisión de autoridad judicial en su cumplimiento, en beneficio de las víctimas y los ofendidos del delito.

Es así que bajo los argumentos comentados, que enfatizan la relación entre medios alternativos de solución de controversias y reparación pronta y expedita del daño a la víctima del delito, es que puede entenderse que estos medios se hayan incluido como parte esencial de la propuesta de reforma integral al sistema de justicia penal mexicano.

La perspectiva de la Teoría General del Proceso en el estudio de los Medios Alternativos de Solución de Controversias

Ahora bien, la incorporación reciente al texto constitucional mexicano no implica que su estudio no haya sido realizado con anterioridad, de hecho una de las monografías

adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” de 13 de diciembre de 2007. En este epígrafe se comentarán los argumentos de este dictamen.

³*Idem*, cfr. parte relativa al artículo 17 constitucional.

procesales más conocidas en esta materia la realizó, precisamente en México, el jurista español Niceto Alcalá Zamora y Castillo, nos referimos a la obra *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*.⁴ En este trabajo se toma como punto de partida que el origen del proceso siempre estará en la realidad “meta” y “extra” procesal. Esta realidad es una situación de conflicto, a la que el proceso está llamado a solucionar, es a lo que la doctrina procesal se refiere como “litigio”, entendido como el “conflicto jurídicamente trascendente susceptible y susceptible de solución asimismo jurídica”.⁵ La anterior definición, si es entendida de forma amplia, permite su aplicación a todos los ámbitos del enjuiciamiento —civil, mercantil, penal, administrativo, etcétera.

Ahora bien, producido el litigio, entre dos esferas contrapuestas de intereses, existen dos grandes sistemas de respuesta. Siguiendo a Alcalá Zamora, por un lado se encuentran los que tienen una propuesta de solución “imparcial”, por otra parte los litigios cuya propuesta de solución surge de una de las partes, por lo que será una solución “parcial”. Este grupo se denomina más comúnmente de autocomposición, está compuesto por aquellos medios en los cuales son las propias partes confrontadas las que resuelven sus desavenencias, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, ya sea de manera directa o asistidos por terceros neutrales que facilitan el diálogo y la búsqueda de soluciones al conflicto. Dentro de este primer grupo se encuentran mecanismos como la negociación, la mediación y la amigable composición.

Cabe señalar que en el caso de la mediación a primera vista parece que se trata de un caso de solución imparcial, sin embargo, aunque tiene la forma de este grupo, en realidad, como señala don Niceto, la mediación es autocompositiva, ya que el mediador se limita a proponer una solución, que los litigantes son dueños de aceptar, modificar o rechazar.⁶

El segundo grupo, de soluciones imparciales, es más comúnmente denominado de heterocomposición, y se integra por aquellos medios en los cuales las partes enfrentadas someten la solución de sus conflictos a terceros, que se encargan de resolverlos independientemente de la autonomía de la voluntad de las partes. En este segundo grupo se ubican tanto la jurisdicción ordinaria como el arbitraje.

En la autocomposición las partes pueden abordar la solución del conflicto ya sea comunicándose e intercambiando propuestas directamente, y en este caso estamos ante una negociación, o bien con la intervención de un tercero neutral e imparcial que facilita y promueve el diálogo y la negociación entre ellas —y en ese evento nos encontramos ante la mediación, en cualquiera de sus modalidades—. Si bien el término conciliación se emplea en varias legislaciones como sinónimo de mediación, “en sentido estricto la conciliación es una forma particular de mediación en la que el tercero neutral e imparcial, además de facilitar la comunicación y la negociación entre las

⁴En lo sucesivo todas las referencias a esta obra se harán de la siguiente edición del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: Niceto Alcalá Zamora y Castillo, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa. Contribución a los estudios de los fines del Proceso*, 1a. reimpresión de la 3a. ed., México, UNAM, 2000.

⁵*Ibidem*, apartado 2 B).

⁶*Ibidem*, apartado núm. 44, p. 75.

partes, puede proponer fórmulas de solución que las partes pueden o no aceptar según sea su voluntad”.⁷

La doctrina procesal coincide en que los mecanismos alternativos de solución de controversias tienen por regla general, además del objetivo ya señalado de facilitar el acceso a la justicia, el de mejorar la capacidad de la comunidad para participar en la resolución de los conflictos y aliviar la saturación de los sistemas jurisdiccionales ordinarios, el exceso de tiempo que requieren y la disminución de costos de la justicia.

Estos mecanismos son frecuentemente utilizados para resolver controversias sobre contratos comerciales y civiles, responsabilidad extracontractual, procesos de separación y divorcio, alimentos y custodia de los hijos, disputas por despidos injustificados o por políticas discriminatorias en materia laboral, controversias sobre contratos administrativos, etc.; sin embargo, en México, su aplicación al ámbito penal no se encontraba muy difundida hasta la reforma constitucional de 2008 comentada líneas arriba. Las nuevas legislaciones mexicanas en la materia —de las cuales la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal y el Código Nacional de Procedimientos Penales son su último desarrollo— han venido a dar impulso a su aplicación en este ámbito, por esta razón resulta muy importante hacer una descripción, aun de forma somera, de sus aspectos más relevantes.

La Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal

En primer término debe señalarse que esta ley está pensada para impulsar la aplicación de estos mecanismos como parte del nuevo sistema acusatorio y oral, ya que estos mecanismos son parte importante de las salidas alternas que permiten la viabilidad de

⁷Esta definición la tomamos de la sentencia C-1195-01 de la Corte Constitucional Colombiana, que, en su apartado 4.3, realiza un estupendo recuento de las modalidades de los mecanismos alternativos desde la perspectiva del derecho comparado: “Dentro de este conjunto de mecanismos alternativos de solución de conflictos, en especial en el sistema norteamericano, se destacan distintas modalidades que varían según el tipo de intervención y las funciones que realice el tercero. Estas modalidades se pueden clasificar en tres grandes grupos:

a) La negociación directa de las partes, donde sólo quienes están involucrados en el asunto en discusión participan en el diálogo y sin la intervención de un tercero, proponen fórmulas de arreglo y adoptan una solución para poner fin al conflicto.

b) La resolución asistida por un tercero neutral, que a su vez se divide en dos subgrupos:

a. La mediación que es un procedimiento consensual, confidencial a través del cual las partes, con la ayuda de un facilitador neutral entrenado en resolución de conflictos, interviene para que las partes puedan discutir sus puntos de vista y buscar una solución conjunta al conflicto. La mediación puede ser de distintas formas, entre las cuales se encuentran: la facilitación, la conciliación y la regulación negociada.

b. Los sistemas híbridos de negociación asistida, que tienen resultados predefinidos y dentro de los cuales se encuentran la evaluación neutral previa, el descubrimiento de los hechos, el defensor de usuarios, consumidores o empleados, el mini juicio, el proceso abreviado ante jurado, la administración del proceso, el arreglo judicial, el arbitraje no vinculante, la mediación-arbitraje.

c) La adjudicación, en la que un tercero resuelve el conflicto por las partes y dentro del cual se encuentran el arbitraje, los sistemas de justicia formal y la justicia impartida por determinadas autoridades administrativas”.

modelo a mediano plazo al evitar la saturación del Sistema de Procuración y Administración de Justicia.⁸

En efecto, en el ámbito de la justicia penal el modelo de esta Ley viene a complementar el desarrollo de los Códigos Procesales, que inicia en las entidades de la Federación y concluye en el Código Procesal Penal único. En este sentido conviene recordar que, mientras que desde el año de 2007⁹ existen códigos procesales que hacen uso de estos medios alternativos de solución de controversias, no era obligatorio que existiera un desarrollo legislativo¹⁰ sobre estos medios en las entidades¹¹ o en la Federación, por lo que no es sino hasta el finales de 2014 que se publica esta ley.

Para plantear con claridad la situación puede afirmarse que los códigos del nuevo sistema acusatorio y oral de justicia penal han venido regulando los efectos procesales —es decir, cómo se otorga reconocimiento jurisdiccional a la decisión que pone fin al litigio— de los medios alternativos (sobre todo en el caso de la mediación, la conciliación y las juntas restaurativas) y que la Ley Nacional de Medios Alternativos de Solución de Controversias ahora regula el cómo se llega a esa decisión, así como qué requisitos deberá cumplir el órgano encargado y los servidores públicos que lo integran.

En este sentido, podemos señalar que la Ley inicia por establecer que los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal tienen como finalidad propiciar, a través del diálogo, la solución de las controversias que surjan entre miembros de la sociedad con motivo de la denuncia o querrela referidos a un hecho delictivo. De igual forma se establece que todos los procedimientos estarán basados en la oralidad, la economía procesal y la confidencialidad.¹² Llama la atención que la norma no denomine “principios” a estos criterios. Quizá porque queda muy claro que en el nuevo texto del artículo 20 constitucional la oralidad no es un principio.¹³ Sin embargo, existe una amplia tradición jurídica de considerar a la economía procesal como principio y lo mismo se ha predicado de la confidencialidad.

La situación se vuelve un poco confusa al observar que en su artículo 4º la Ley habla de los principios rectores de los medios alternos a la voluntariedad; a la infor-

⁸Cfr. Carlos F. Nataren Nandayapa, “Las salidas alternas en el diseño del nuevo proceso penal: breves notas desde la experiencia de la reforma en las entidades de la Federación”, en revista *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, núm. 11, México, UNAM, 2008, pp. 99-108.

⁹Desde enero y septiembre de 2007, el nuevo sistema penal inició su vigencia en el Distrito Judicial “Morelos” de la Ciudad de Chihuahua, en el Estado de Chihuahua y en la región del Istmo de Tehuantepec, en el estado de Oaxaca, respectivamente. Aunque en ambos estados el diseño procesal toma como premisa la existencia de los medios alternativos de solución de controversias, debe señalarse que, en Chihuahua los esfuerzos para la implementación del nuevo sistema impulsaron el uso de la mediación en el ámbito de la Procuraduría General de Justicia.

¹⁰De acuerdo con los transitorios de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008 se estableció una *vacatio legis* de 8 años, por lo que no existió obligatoriedad hasta el 18 de junio de 2016.

¹¹Debe señalarse que el desarrollo de los medios alternativos de solución de controversias en el ámbito de las entidades de la Federación está muy desarrollado, aunque con diferencias muy marcadas entre las entidades, e inició con la reforma constitucional del estado de Quintana Roo —acompañada de una ley de justicia alternativa— de 14 de agosto de 1997.

¹²Cfr. Segundo párrafo del artículo 1º de la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal.

¹³Cfr. Sobre este punto puede consultarse Antonio Caballero Juárez y Carlos F. Nataren Nandayapa, “Los principios constitucionales del nuevo proceso penal acusatorio y oral mexicano”, *op. cit.*

mación; a la confidencialidad; a la flexibilidad y simplicidad; a la propia imparcialidad y la honestidad. En nuestra opinión se podría pensar que el primer listado son los criterios que regularán su incorporación al proceso y que el segundo, que incluye de nuevo a la confidencialidad, se refiere a los criterios esenciales para su realización.

En cuanto a los requisitos de procedibilidad, el artículo 5º nos remite a la regulación procesal aplicable, que no es otra más que el Código Nacional de Procedimientos Penales. Otro aspecto que también queda bajo la regulación del Código Procesal¹⁴ es el que se refiere al momento procesal oportuno para su realización. Así, se establece que podrán ser aplicados desde el inicio del procedimiento penal y hasta antes de dictado el auto de apertura a juicio, en el nuevo proceso penal acusatorio, o antes de que se formulen las conclusiones, si se tratara de un asunto dentro del proceso mixto tradicional.

Por otra parte, destaca que, en el artículo 20 de la Ley, se establezca que los casos en los que el imputado se encuentre detenido por flagrancia el Ministerio Público podrá disponer la libertad del imputado durante la investigación para que esté en posibilidades de participar en el mecanismo alternativo. De igual forma, se establece que se podría cambiar la prisión preventiva ya decretada con el fin de permitir participar al imputado en las sesiones de aplicación.

Resulta interesante que la Ley defina a la mediación, la conciliación y a las juntas restaurativas. La mediación es “el mecanismo voluntario mediante el cual los Intervinientes, en libre ejercicio de su autonomía, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia, con el fin de alcanzar la solución de ésta. El Facilitador durante la mediación propicia la comunicación y el entendimiento mutuo entre los Intervinientes”.¹⁵

La Ley, al definir la conciliación,¹⁶ enfatiza que el facilitador podrá, sobre la base de criterios objetivos, presentar alternativas de solución diversas, además de su actividad dirigida a propiciar el entendimiento de las partes.

Por último, de acuerdo con la Ley,¹⁷ la junta restaurativa tiene un componente comunitario y colectivo muy importante, acercándose mucho a la idea de justicia restaurativa.

En efecto, en este mecanismo la víctima u ofendido, el imputado y, en su caso, la comunidad afectada, en libre ejercicio de su autonomía, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia con el objeto de lograr un Acuerdo que atienda las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas, así como la reintegración de la víctima u ofendido y del imputado a la comunidad y la recomposición del tejido social.

Ahora bien, por lo que se refiere a la ubicación orgánica del órgano encargado de aplicar estos mecanismos —ya que en algunos estados de la Federación es parte de los tribunales, en otros es parte de la procuraduría y, en otros existen órganos en ambas instituciones— la Ley señala¹⁸ que deberá existir un órgano especializado en la Procu-

¹⁴ Artículo 6º de la Ley Nacional de Medios Alternativos de Solución de Controversias.

¹⁵ Artículo 20 de la Ley Nacional de Medios Alternativos de Solución de Controversias.

¹⁶ Artículo 25 de la Ley Nacional de Medios Alternativos de Solución de Controversias.

¹⁷ Artículo 27 de la Ley Nacional de Medios Alternativos de Solución de Controversias.

¹⁸ Artículo 40 de la Ley Nacional de Medios Alternativos de Solución de Controversias.

raduría General de la República, así como también en las procuradurías o fiscalías estatales, y que los poderes judiciales —federal y estatales— podrán contar con dichos órganos, pero no es obligatorio. En cuanto a los servidores públicos —facilitadores en la terminología de la Ley— que integrarán estos órganos, se señala que deberán estar certificados y cumplir con los requisitos mínimos que establece la propia Ley,¹⁹ como licenciatura afín a las labores, con cédula profesional; y, en los casos que se trate de un órgano parte de instituciones de procuración de justicia, acreditar las evaluaciones de control de confianza.

La regulación de los medios alternos de solución de controversias en la regulación procesal penal mexicana

Como se señaló en el epígrafe anterior, la Ley remite al Código Nacional de Procedimientos Penales en lo que se refiere tanto a los requisitos de procedibilidad, como a la oportunidad para el ejercicio de los medios alternos de solución de controversias. Sin embargo, antes de abordar cada figura en concreto para destacar estos elementos, es necesario señalar que el código establece la categoría de solución alterna, así como la determinación anticipada del proceso.

En la primera categoría se incluye al acuerdo reparatorio y a la suspensión condicional del proceso, mientras que el procedimiento abreviado será considerado una forma de terminación anticipada del proceso.²⁰ Esta distinción resulta lógica si se aprecia que en las primeras dos figuras procesales no existirá una sentencia sobre los méritos de la acción penal ejercida, mientras que en el caso del abreviado sí existirá una resolución de fondo. Esta forma de analizar el resultado de la figura procesal nos permite incluir al ejercicio de los criterios de oportunidad como parte de las salidas alternas, aunque en rigor es una de las formas unilaterales del Ministerio Público para extinguir la acción penal, pero dado que son susceptibles de ser revisados por el juez, a petición de la víctima, tiene una lógica y unos efectos que justifican su estudio junto con las tres figuras procesales comentadas.

Acuerdos reparatorios

Los acuerdos reparatorios son aquellos que recogen un pacto entre la víctima u ofendido y el imputado con el fin de establecer la solución del conflicto, “a través de cualquier mecanismo idóneo”, que de acuerdo con el código, tiene el efecto de concluir el procedimiento, lo cual es una referencia directa a los medios alternativos de solución de controversias.

¹⁹ Artículo 48 de la Ley Nacional de Medios Alternativos de Solución de Controversias.

²⁰ Artículos 184 y 185 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Los acuerdos reparatorios serán procedentes en los delitos:²¹

- a) Que se persigan por querrela;
- b) Por requisito equivalente de parte ofendida;
- c) En que proceda el perdón de la víctima u ofendido;
- d) Culposos;
- d) De contenido patrimonial que se hayan cometido sin violencia sobre las personas;

Se exceptúan de la posibilidad de admitir un acuerdo reparatorio como terminación anticipada del procedimiento penal:²²

- a) Cuando el imputado haya celebrado otros acuerdos por hechos de la misma naturaleza, que correspondan a delitos dolosos, salvo que hayan transcurrido dos años;
- b) Cuando se trate de violencia familiar o sus equivalentes en las entidades federativas

Si el delito afecta intereses difusos o colectivos, el Ministerio Público asumirá la representación para efectos de la conciliación.

Estos acuerdos proceden hasta antes de decretarse el auto de apertura de juicio oral, es decir, desde la etapa de investigación hasta la audiencia intermedia. El juez, a petición de las partes, podrá suspender el proceso penal hasta por treinta días para que las partes negocien, medien o concilien con el apoyo de la autoridad competente especializada en la materia. En caso de interrumpirse la negociación, mediación o conciliación, cualquiera de las partes puede solicitar la continuación del proceso.²³

Una vez aprobados los acuerdos por el juez, éstos se registran y comienza a correr el plazo fijado para el cumplimiento de las obligaciones pactadas, lo que suspenderá el trámite del proceso y la prescripción de la acción penal.²⁴ Si el imputado incumple sin justa causa las obligaciones pactadas dentro del término que fijen las partes, o en caso de no establecerlo dentro de un año contado a partir del día siguiente de la ratificación del acuerdo, el proceso continuará como si no se hubiera arribado a acuerdo alguno. Si se cumple lo acordado no procede el ejercicio de la acción penal o, en su caso, extingue la ya iniciada.²⁵

Respecto a esta salida alterna, la cuestión principal que debe resaltarse son las medidas que deben existir para garantizar que al acuerdo se llega sin coacción de algunas de las partes. Requieren participación del Estado como garante de la igualdad de las partes.

²¹ Artículo 187 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

²² *Ibidem*.

²³ Artículo 188 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

²⁴ Artículo 189, Párrafo Segundo del Código Nacional de Procedimientos Penales.

²⁵ Artículo 189, Párrafo Tercero del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Suspensión del proceso a prueba

Esta salida alterna procede en casos en que ya se ha dictado auto de vinculación a proceso, siempre que se trate de un delito cuya pena máxima de prisión no exceda de cinco años, el imputado no haya sido condenado por delitos dolosos, no tenga o haya tenido otro proceso suspendido a prueba y no exista oposición fundada del Ministerio Público y de la víctima u ofendido.²⁶

Al igual que en los casos de los criterios de oportunidad y del procedimiento abreviado, procede a solicitud del Ministerio Público, pero esta figura procesal también admite la solicitud del imputado.

La oportunidad para solicitar la suspensión del proceso a prueba tiene el mismo plazo que los acuerdos reparatorios, es decir, hasta antes de acordarse la apertura de juicio oral.²⁷ Se resuelve en audiencia donde el imputado deberá plantear, en su caso, un plan de reparación del daño causado por el delito (el plan podrá consistir en una indemnización equivalente a la reparación del daño que, en su caso, pudiera llegar a imponerse, o una reparación simbólica, así como los plazos para cumplirla)²⁸ y lo que diferencia esta salida alterna de las otras: un detalle de las condiciones que el imputado estaría dispuesto a cumplir y que el juez le impondrá.

En efecto, esta salida alterna implica una resolución en la que el juez fijará las condiciones bajo las cuales se suspende el proceso y aprobará o modificará el plan de reparación propuesto por el imputado.

El código establece un listado de condiciones que podrán ser establecidas para que se cumplan por el imputado durante el periodo de suspensión del proceso a prueba. Sin embargo, que se haya establecido un listado de condiciones no implica que son *numerus clausus*, ya que es posible establecer una condición *ad hoc* por el juez, ya sea de oficio o a petición de parte. El plazo para mantener el cumplimiento de las condiciones no podrá ser inferior a un año ni superior a tres. Dentro de las condiciones encontramos las siguientes:²⁹

- a) Residir en un lugar determinado;
- b) Frecuentar o dejar de frecuentar determinados lugares o personas;
- c) Abstenerse de consumir drogas o estupefacientes o de abusar de las bebidas alcohólicas;
- d) Participar en programas especiales para la prevención y tratamiento de adicciones;
- e) Aprender una profesión u oficio o seguir cursos de capacitación en el lugar o la institución que determine el juez;
- f) Prestar servicio social a favor del Estado o de instituciones de beneficencia pública;

²⁶ Artículo 192 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

²⁷ Artículo 193 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

²⁸ Artículo 194 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

²⁹ Artículo 195 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

- g) Someterse a tratamiento médico o psicológico, de preferencia en instituciones públicas;
- h) Tener un trabajo o empleo, o adquirir, en el plazo que el juez determine, un oficio, arte, industria o profesión, si no tiene medios propios de subsistencia;
- i) Someterse a la vigilancia que determine el juez;
- j) No poseer ni portar armas;
- k) No conducir vehículos;
- l) Abstenerse de viajar al extranjero; y
- m) Cumplir con los deberes de deudor alimentario.

Como se señaló, estas condiciones podrán ser sustituidas si se acredita que el imputado no puede cumplirlas por ser contrarias a su salud, sus creencias religiosas o alguna otra causa de especial relevancia.

Resulta importante considerar que en los procesos penales suspendidos resulta responsabilidad del Ministerio Público tomar las medidas necesarias para evitar la pérdida, destrucción o ineficacia de los medios de prueba conocidos y las que soliciten las partes.

Ahora bien, si el imputado no cumple de forma injustificada de las condiciones impuestas, no cumple con el plan de reparación, o posteriormente es condenado en forma ejecutoriada por delito doloso o culposo; en los casos en que el proceso suspendido a prueba se refiera a delito de esta naturaleza, el juez, a petición del agente del Ministerio Público o de la víctima u ofendido, establecerá una audiencia en la que se debatirá sobre la revocatoria y resolverá de inmediato; también podría ampliar el plazo de la suspensión a prueba hasta por dos años más. Esta posibilidad para extender el plazo de la suspensión sólo puede imponerse por una sola vez.³⁰

Transcurrido el plazo que se ha fijado sin que la suspensión haya sido revocada, se extinguirá la acción penal, debiendo el Tribunal dictar de oficio o a petición de parte el sobreseimiento definitivo de la causa.³¹

El procedimiento abreviado

El procedimiento abreviado consiste en la salida alterna que permite dictar una sentencia de forma más rápida y de cuantía menor que la que sería resultado de continuar con el procedimiento penal ordinario en los casos en que, previa solicitud del representante social, el imputado admita el hecho que le atribuyera el Ministerio Público en su escrito de acusación, acepte la aplicación de este procedimiento y no haya oposición fundada de la víctima u ofendido constituido como acusador coadyuvante. Si la víctima no está constituida como coadyuvante se le escuchará, pero su criterio no será vinculante.

³⁰ Artículo 198 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

³¹ Artículo 199 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

La solicitud del Ministerio Público de ir a Abreviado debe presentarse en la audiencia en que se dicte el auto de vinculación a proceso.³² El Juez de Control puede rechazar la apertura del procedimiento abreviado porque se continúa el procedimiento hasta la audiencia intermedia donde el Ministerio Público puede solicitar nuevamente el abreviado.³³

Resulta relevante que en estos casos, el Ministerio Público podrá modificar su acusación, así como la pena requerida. Este último punto es fundamental en el diseño del nuevo proceso, ya que el Ministerio Público podrá solicitar la aplicación de una pena inferior hasta en un tercio de la mínima señalada para el delito por el cual acusa.

El juez verificará que el imputado esté conforme con el procedimiento abreviado, conozca su derecho a exigir un juicio oral, y que renuncia voluntariamente a este derecho con asistencia de su abogado.³⁴ El juez también debe verificar que el imputado entiende los términos del acuerdo y sus consecuencias y *acepta los hechos materia de la acusación en forma inequívoca y de manera libre y espontánea*.³⁵

Si se cumplen los requisitos la autoridad judicial aceptará la solicitud del Ministerio Público. Cuando no lo estime así, o cuando considere fundada la oposición de la víctima u ofendido, rechazará la solicitud de procedimiento abreviado y continuará el trámite ordinario del proceso. En este caso, ni el requerimiento sobre la pena ni la aceptación de los hechos por parte del acusado, ni las modificaciones de la acusación efectuadas para posibilitar la tramitación abreviada del procedimiento se consideran subsistentes o vinculantes. Todos los antecedentes relativos al planteamiento, discusión y resolución de la solicitud de proceder de conformidad con el procedimiento abreviado serán eliminados del registro y por tanto no podrán ser utilizados en el juicio oral.³⁶

En los casos en que se acepte el procedimiento abreviado se convocará a una audiencia a todas las partes, quienes tendrán la oportunidad de hacer uso de la palabra, comenzando con el Ministerio Público y terminando con el acusado. Una vez terminado el debate, el juez emitirá su fallo sobre condena o absolución en la misma audiencia. En caso de ser condenatoria, no podrá imponer una pena superior a la solicitada por el Ministerio Público.

En lo que respecta a esta salida alterna, me parece que deben resaltarse como puntos a considerar el hecho de que debe existir siempre una disminución de la pena que en muchos supuestos conlleva una limitación al albedrío del juez.

Criterios de oportunidad

Esta figura tiene la característica de estar expresamente incorporada al artículo 21, párrafo séptimo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y poste-

³² Artículo 202 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

³³ Artículo 203 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

³⁴ Artículo 201, Fracción III, Inciso a y b del Código Nacional de Procedimientos Penales.

³⁵ Artículo 201, Fracción III, Inciso c, d y e del Código Nacional de Procedimientos Penales.

³⁶ Artículo 203, Párrafo Segundo del Código Nacional de Procedimientos Penales.

riormente se ha recogido por la legislación procesal.³⁷ En nuestra opinión, la incorporación expresa se debe a que implica una ruptura con la tradición jurídica mexicana.

En efecto, en materia del ejercicio de la acción penal —entendida como la facultad de exigir del juez la imposición de una sanción en contra de un individuo derivada de la existencia de responsabilidad penal— nuestro país tradicionalmente ha seguido el principio de legalidad. En otras palabras, durante muchos años, en presencia de datos que acrediten el cuerpo delito y la probable responsabilidad, el agente del Ministerio Público *deberá* ejercer la acción penal —es decir, acusará formalmente ante el juez, en todos los casos, ya que no es una facultad discrecional, sino un deber.

Los criterios de oportunidad implican que, no obstante que se reúnan los requisitos legales para el ejercicio de la acción penal, el Ministerio Público podrá prescindir, total o parcialmente, de la persecución penal, ya sea en relación con alguno o varios hechos, o alguna de las personas que participaron en su realización.

Los criterios de oportunidad *strictu sensu* implicarían que la institución del Ministerio Público, como parte de las decisiones de política criminal, determinará en cada caso concreto la conveniencia o no de la acción penal. Sin embargo, dado que esto implica un gran poder discrecional para el Ministerio Público —y por tanto para el Poder Ejecutivo— se ha buscado atemperarlo a través del establecimiento dentro de la misma legislación de los casos en los que procede la aplicación de estos criterios.

En el caso del Código Nacional de Procedimientos Penales que estamos comentando se establece una enumeración de los supuestos en los que procede, a saber:

- a) Cuando se trate de un delito que no tenga pena privativa de libertad, tenga pena alternativa o tenga pena privativa de libertad cuya punibilidad máxima sea de cinco años de prisión, siempre que el delito no se haya cometido con violencia.³⁸
- b) Se trate de delitos de contenido patrimonial cometidos sin violencia sobre las personas o delitos culposos, siempre que el imputado no hubiere actuado en estado de ebriedad, bajo el influjo de narcóticos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares.³⁹
- c) De acuerdo con los códigos que comentamos, se prescindirá del ejercicio de la acción penal en los casos en que el imputado haya sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico o psicológico grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena. Este es el caso de la pena natural que reconocen algunos códigos sustantivos que ahora se traslada al de procedimientos con la consecuencia de variar su naturaleza jurídica.⁴⁰
- d) Otro supuesto considerado en la aplicación de los criterios de oportunidad tiene lugar cuando la pena o medida de seguridad que pueda imponerse por

³⁷ Artículo 256 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

³⁸ Artículo 256, Fracción I del Código Nacional de Procedimientos Penales.

³⁹ Artículo 256, Fracción II del Código Nacional de Procedimientos Penales.

⁴⁰ Artículo 256, Fracción III del Código Nacional de Procedimientos Penales.

el hecho de cuya persecución penal se prescinde, carezca de importancia al tomar en consideración la pena o medida de seguridad ya impuesta. Los códigos amplían la posible renuncia del Ministerio Público al ejercicio de la acción penal cuando la pena que podría imponerse no tenga relevancia comparada con “la que se debe esperar por los restantes hechos, o la que se le impuso o se le impondría en un proceso tramitado en otro fuero”.

Este supuesto permite al Ministerio Público centrarse en los hechos de más importancia, aunque también es aplicable a los casos en que exista insuficiencia probatoria de la Averiguación Previa e incluso para presionar la posible aceptación de un abreviado.⁴¹

- e) Cuando el imputado aporte información esencial para la persecución de un delito más grave del que se imputa, siempre que el imputado realice alguno de los siguientes supuestos:⁴²
 - i. aporte información esencial para la persecución de un delito más grave del que se le imputa;
 - ii. la información que proporcione derive en la detención de un imputado diverso; y
 - iii. se comprometa a comparecer en juicio.

En el mismo sentido, para la aplicación de los criterios de oportunidad en los hechos que tengan relación con la delincuencia organizada, el imputado deberá cumplir con los siguientes requisitos⁴³;

- 1. Que no exista investigación en su contra.
 - 2. Que aporte información importante que contribuya para ejercer acción penal en contra de otros miembros de la delincuencia organizada.
 - 3. Que aporte medios de prueba suficientes para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada.
 - 4. Cuando un sentenciado aporte pruebas eficaces para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada.
- f) Cuando la afectación al bien jurídico tutelado resulte poco significativa.⁴⁴ No se aplicarán los criterios de oportunidad, de acuerdo con el mismo código en los casos de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, de violencia familiar ni en los casos de delitos fiscales o aquellos que afecten gravemente el interés público.⁴⁵

En estos supuestos relativos al inciso “D”, los criterios de oportunidad se suspenderán hasta que en tanto el imputado beneficiado comparezca a rendir su declaración en la audiencia de juicio.

⁴¹ Artículo 256, Fracción IV del Código Nacional de Procedimientos Penales.

⁴² Artículo 256, Fracción V del Código Nacional de Procedimientos Penales.

⁴³ Artículo 35 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

⁴⁴ Artículo 256, Fracción VI del Código Nacional de Procedimientos Penales.

⁴⁵ Artículo 256, Fracción VI del Párrafo Primero, Código Nacional de Procedimientos Penales.

- g) El último de los supuestos de aplicación de los criterios de oportunidad tiene relación con el inciso anterior, ya que tiene lugar cuando la continuidad del proceso o la aplicación de la pena sea irrelevante para los fines preventivos de la política criminal.

El modelo aspira a que la aplicación de los criterios de oportunidad tenga como fundamento razones objetivas y sin discriminación, aplicando a cada caso individual los criterios generales que al efecto se hayan dispuesto por la Procuraduría General de Justicia. Esto pone de manifiesto que la aplicación de los criterios de oportunidad deberán ser realizados como parte de una política criminal claramente delineada por parte de la misma Procuraduría, con la consiguiente exigencia de hacerla pública.⁴⁶

La decisión del agente del Ministerio Público que aplique un criterio de oportunidad deberá estar fundada y motivada, y será comunicada al Procurador General de Justicia, o a quien éste designe, a fin de que se revise que la misma se ajusta a las políticas generales del servicio y a las normas dictadas al respecto.⁴⁷ Se señala como requisito de procedibilidad que en los casos en que se verifique un daño, éste deberá ser “previamente reparado o garantizados los daños causados a la víctima u ofendido, o ésta manifieste su falta de interés jurídico en dicha reparación”.⁴⁸ Esto pareciera que establece la necesidad de que la víctima esté de acuerdo en la aplicación de los criterios de oportunidad, sin embargo, esto no es cierto en todos los casos y el mismo código establece que la decisión de ejercer un criterio de oportunidad puede ser impugnada por la víctima u ofendido, o por el denunciante, en su caso, ante el Juez de Control, quien resolverá en una audiencia entre las partes.⁴⁹

En cuanto a los efectos del criterio de oportunidad su aplicación extingue la acción penal con respecto al autor o partícipe en cuyo beneficio se dispuso. Si la decisión se funda en la insignificancia del hecho, sus efectos se extenderán a todos los que reúnan las mismas condiciones. No obstante, en los supuestos de colaboración con el Ministerio Público o en los casos de la poca importancia de la posible sanción la extinción de la acción penal queda condicionada hasta quince días naturales después de que quede firme la sentencia respectiva, cuando el juez, a solicitud del agente del Ministerio Público, deberá resolver definitivamente sobre el cese de esa persecución.⁵⁰

En mi opinión los criterios de oportunidad *strictu sensu*, es decir, no regulados, abren la puerta a un espacio de excesiva discrecionalidad para el Ministerio Público por ahora no conveniente en el sistema de procuración de justicia en México.

⁴⁶ Artículo 256, Fracción VII, Párrafo Segundo del Código Nacional de Procedimientos Penales.

⁴⁷ Artículo 256, Fracción VII, Párrafo Quinto del Código Nacional de Procedimientos Penales.

⁴⁸ Artículo 256, Párrafo Primero del Código Nacional de Procedimientos Penales.

⁴⁹ Artículo 258 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

⁵⁰ Artículo 257 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Reflexiones finales

En el tema de los medios alternos de solución de controversias es su aplicación a la materia penal donde se puede hablar de un profundo impacto en materia de protección de derechos humanos. En efecto, a través de estos medios alternativos es posible fortalecer el acceso a la justicia, pronta y expedita, a la víctima del delito.

Sin embargo, debe señalarse que la incorporación de los medios alternos también implica una transformación de la lógica interna del sistema de justicia penal. Esta afirmación puede entenderse mejor si se explica desde la perspectiva de los trabajos del profesor Mirján Damaska.⁵¹ Damaska analiza dos elementos de cada sistema de justicia penal para poder entender su funcionamiento, por un lado propone estudiar la estructura del Estado y, en específico, la organización del Poder Judicial, ya que ésta influye en la posición de quien decide el fondo del proceso penal.

En segundo lugar, propone distinguir la función que debe cumplir el proceso penal. Desde una perspectiva teórica estas funciones son dos muy distintas. Puede que el proceso penal sea instrumento de implementación de políticas públicas o, como una segunda y diferente opción, que el proceso penal sea una herramienta para resolver conflictos entre particulares.

Dentro de este marco teórico podemos afirmar que el sistema mexicano tiene, por un lado, un sistema jerárquico de organización del Poder Judicial, lo cual condiciona el desarrollo del proceso construyendo un camino escalonado en el que la primera instancia se ve únicamente como un prerequisite para acceder al siguiente escalón, representado por la segunda instancia, que en ocasiones puede constituir una decisión definitiva o un paso a la revisión por medio del amparo.

Por otro lado, en el sistema jurídico en México se utilizaba el conflicto entre particulares simplemente como el elemento que provocaba la actividad de implementar una visión de Estado sobre cómo debía ser la sociedad. Esto explica porque la víctima dentro del proceso tenía una situación muy desfavorable, ya que en realidad el proceso no estaba pensado en los conflictos particulares, sino en el hecho de ser una herramienta de implementación de las políticas públicas.

Cuando con la reforma del 2008 se establece, la mediación en materia penal introdujo en el sistema mexicano una finalidad que anteriormente no se incluía: la solución del conflicto al servicio de los particulares. Este cambio implica que el interés en la implementación de una política pública dejará de ser el elemento de única importancia en la aplicación de justicia penal y el proceso penal se convierte en una herramienta de protección de los derechos humanos de la víctima.

⁵¹ Al respecto, el trabajo fundamental es la obra *Las caras de la justicia y la autoridad del Estado, análisis comparado del proceso legal*, trad. Andrea Morales Vidal, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

Derecho de ejecución penal. Antecedentes nacionales
y referentes de fuente internacional

Abreviaturas

Convención - Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.

CIDH - Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

CP - Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

CorIDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos.

DEP - Derecho de Ejecución Penal.

DP - Derecho Penal.

LNEP - Ley Nacional de Ejecución Penal.

ppl - persona(s) privada(s) de la libertad.

SCJN - Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Evolución de la ejecución penal
en el ámbito interno

De la entrada en vigor de la Constitución mexicana a la fecha, el Derecho de Ejecución Penal (DPE) registra una evolución en la que se distinguen tres épocas marcadas por las reformas constitucionales en la materia, como se explica enseguida.

Primera época, la regeneración moral

Durante cerca de medio siglo, aunque escasamente se recuerde, el DEP, entonces denominado Derecho Penitenciario, estuvo marcado por el lenguaje original del artículo 18 constitucional. En su segundo párrafo se estableció: “Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán, en sus respectivos territorios, el sistema penal —colonias penitenciarias o presidios— sobre la base del trabajo como medio de regeneración”.

Sumario

Abreviaturas	723
Evolución de la ejecución penal en el ámbito interno	723
El principio constitucional de la mayor protección a los derechos humanos y el DEP de fuente internacional.	731
Estándares de fuente internacional e interamericana sobre la insuficiencia presupuestaria para satisfacer los derechos de las PPL.	739
Consideraciones sobre la prisión preventiva.	741
Consideraciones sobre la figura del arraigo	745
Bibliografía	748

En este estado primigenio de evolución del DEP —algunos de cuyos matices prevalecen—, se consideraba a quienes se hacían acreedores a una pena privativa de la libertad, como sujetos desvalidos y carentes de oficio. Podemos observar que el precepto tiene una enorme carga moral, como se hace patente al dar lectura al debate en el que participó el diputado constituyente José María Truchuelo: “el moderno castigo de un individuo no consiste precisamente en extorsionarlo, sino simplemente en privarlo de su libertad para que se regenere y se eduque”.¹

El Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP), promulgado en 1934, recogió fielmente esta ideología al establecer:

Artículo 541. Recibida la solicitud se recabarán los datos necesarios acerca de la temibilidad del reo, de la conducta que haya observado durante su prisión, de las manifestaciones exteriores de arrepentimiento o de enmienda y sobre las inclinaciones que demuestre [...] ²

Cabe, en justicia, señalar que este concepto era acorde con el pensamiento de la época. Precisamente, en el año de 1934, se aprobaron en la Liga de las Naciones las primeras *Reglas Mínimas para el Tratamiento de Prisioneros*. A guisa de ejemplo, en uno de sus preceptos se establecía:

Artículo 34. El principal propósito del tratamiento de prisioneros debiera ser acostumbrarlos al trabajo y fortalecer su carácter moral. ³

¹Sergio García Ramírez, comentario al artículo 18 constitucional, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, tomo III, México, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura-Miguel Ángel Porrúa, 2003, p. 735.

²Según la reforma publicada el viernes 8 de diciembre de 1978, este precepto utiliza un lenguaje más refinado, pero que encierra un contenido igualmente inquisitivo:

ARTÍCULO 541.- Recibida la solicitud, se pedirán informes acerca de los requisitos a que se refieren las fracciones I y II del artículo 84 del Código Penal, a la autoridad ejecutiva del reclusorio en el que el sentenciado se encuentre compurgando la condena, la cual deberá acompañar además el dictamen que en cada caso emita el Consejo Técnico Interdisciplinario.

[...]

En vista de estos informes y datos, se resolverá sobre la procedencia de la libertad solicitada y se fijarán las condiciones a que su concesión deba sujetarse.

La fracción II del artículo 84 del Código Penal Federal, que continúa formalmente vigente mientras no entre en vigor la Ley Nacional de Ejecución Penal, establece:

Art. 84. Se concederá libertad preparatoria al condenado [...] II.- Que del examen de su personalidad se presuma que está socialmente readaptado y en condiciones de no volver a delinquir, y [...].

Esta norma ha sido desaplicada por ejecutoria dictada por el magistrado Nabor González Ruíz. Primer Tribunal Unitario de Circuito. Centro Auxiliar de la Tercera Región, en expediente auxiliar 196/2013, al condiderar que “sigue acorde con el paradigma del derecho penal de autor y no con el derecho penal de acto el cual es el que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos acoge actualmente”. Véase resolución señera en <http://bit.ly/1TnrY1R>.

³Traducción libre. La versión íntegra del documento original en inglés puede consultarse en la liga: <http://bit.ly/1GrDp5>.

Segunda época, la readaptación social

En 1965 se reformó el artículo 18 constitucional para establecer la redacción que se habría de sostener durante más de cuatro décadas y que, en la parte conducente, estableció:

Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente.

Como ejemplo de lo anteriormente expuesto, Sergio García Ramírez, en su *Manual de Prisiones*, explica el cambio del paradigma de la *regeneración* por el de la *readaptación social* en un apartado al que intitula “La génesis del crimen”:⁴

En una prisión italiana, Cesar Lombroso —no abogado, sino médico, como tampoco fueron juristas otros renovadores eminentes: Beccaria y Howard— exploraba la génesis del crimen y culminaba en planteamientos que pondrían en entredicho, de nueva cuenta, toda la teoría ética, la versión puramente moral, sobre la delincuencia.

A partir del positivismo criminológico italiano, de derivaciones, de importantes desarrollos, de choques esclarecedores, de una dialéctica feliz, en suma, se obtuvo una más precisa comprensión del fenómeno del crimen y se replanteó el papel de la pena y, sobre todo, de la privación de libertad. No más la retribución del mal con el mal, ni la intimidación generalizada —pura prevención social— ni la expiación de la culpa gracias al bien del sufrimiento: algo más, mucho más, la readaptación social —es decir, la llamada prevención especial— obtenida a partir de datos germinales del delito y mediante una acción científica, interdisciplinaria, coherente, que vaya a la raíz de las cosas y las explore y resuelva, si es posible con méritos médicos, sociales, psicológicos, laborales, pedagógicos, etc., es decir, con toda la riqueza y ampliación de visión que requiere la dilatada gama de generadores del crimen que en su propio espectro plantean o replantean la extensa riqueza, el abigarramiento, la heterogeneidad de la vida humana en el doble plano individual y social.

En línea con dicha reforma constitucional y con la corriente positivista apuntada, en 1971 se hicieron adecuaciones a los ordenamientos penales tanto sustantivos como adjetivos, y se promulgó la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, en lo sucesivo, Ley de Normas Mínimas, que sirvió de modelo para las legislaciones de todas las entidades federativas.⁵

⁴Sergio García Ramírez, *Manual de prisiones*, México, Porrúa, 1970, p. 249.

⁵Esta Ley fue publicada en el DOF el 19 de mayo de 1971. Tanto la reforma constitucional de 1965 como la legislación federal apuntada recibieron la influencia de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos (*Reglas Mínimas*), que fueron adoptadas por el (Primer) Congreso de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Prisioneros en 1955 y aprobadas en por el Consejo Económico y Social en 1957. Su antecedente directo se encuentra en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Prisioneros de la Liga de las Naciones de 1934. El 17 de diciembre de 2015, la Asamblea General, en la resolución A/RES/70/175, aprobó una versión revisada de las *Reglas Mínimas*, conocida como las *Reglas Nelson Mandela*. La traducción al español se puede consultar en http://www.penalreform.org/wp-content/uploads/1957/06/ESP_Nelson-Mandela-Rules-Third-Committee-Resolution-5-November-2015.pdf. Una versión en inglés en la que pueden apreciarse los cam-

Tercera época, la reinserción social

En esta época se pueden identificar cambios decisivos en cuanto a la consideración ontológica y el estatus jurídico de la persona privada de su libertad (PPL), como se expone a continuación:

Reforma relativa al sistema de seguridad y justicia, junio 2008

Se hicieron adiciones a los artículos 18 y 21 constitucionales:

a) Artículo 18

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, *la salud y el deporte* como medios para lograr *la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley*.

Si bien se adoptó un nuevo paradigma, el de la reinserción social, en forma incongruente con la presunción de inocencia incorporada expresamente al artículo 20 constitucional en la misma fecha, se mantuvo la porción normativa “que no vuelva a reincidir (*sic*)”, afirmación que indebidamente sugiere que la persona sentenciada por un delito abriga la tendencia que lo llevará a cometer nuevos delitos.⁶

b) Adición al artículo 21 constitucional

El texto vigente desde 1917 establecía: “La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial”. En 2008 se adicionó para disponer: “La imposición de las penas, *su modificación y duración* son propias y exclusivas de la autoridad judicial”.

Reforma al artículo 18 constitucional, junio 2011

Con la reforma en cuestión, se adiciona la parte resaltada enseguida:

El sistema penitenciario se organizará sobre la base *del respeto a los derechos humanos*, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley.

En sentido estricto, se estima que la exigencia del respeto a los derechos humanos constituye un agregado innecesario, puesto que se sobreentiende que todas las insti-

bios sustantivos introducidos por las *Reglas Mandela* está en <http://www.penalreform.org/wp-content/uploads/1957/06/PRI-Marked-version-of-Nelson-Mandela-Rules-3rd-Cmmtee-Resolution.pdf>.

⁶Véase la iniciativa de Decreto por el que se reforman los artículos 18, 19 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, presentada por la senadora Angélica de la Peña para modificar el artículo 18 constitucional, por la que se suprime la expresión “que no vuelva a delinquir” para armonizar el texto constitucional en el sentido apuntado, disponible en http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/1/2015-10-27-1/assets/documentos/Ini_PRD_arts_18_19_y_21_Const.pdf, consulta realizada el 16 de noviembre de 2015.

tuciones del Estado han de organizarse y operar sobre la misma base de conformidad con el artículo primero constitucional. No obstante, la adición puede interpretarse como un mensaje político-constitucional para enfatizar que los derechos humanos no se quedan fuera de la prisión, lo cual obliga a todos los poderes públicos a conducirse con apego a los mismos, no sólo por lo que respecta a aquéllos elementales, como la prohibición de la tortura y los malos tratos, sino a elementos más sutiles como el principio *pro persona*, el de *progresividad* de los derechos humanos, el máximo respeto posible al proyecto de vida de las PPL, el acceso a la jurisdicción para todas las PPL, y todos los que tienen que ver con los bienes jurídicos propios de la reclusión.

El alcance normativo de los enunciados “lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad” y “procurar que no vuelva a delinquir” debe interpretarse en el sentido de someter al aparato estatal encargado de administrar el sistema penitenciario a los derechos humanos. De interpretarse literalmente dichas expresiones encontraríamos contradicciones insalvables dentro del texto constitucional. En el primer caso, ello implicaría “hablar de reinserción pero seguir pensando en readaptación”.⁷ En el segundo caso, se estigmatizaría a la persona, en contravención con el principio de presunción de inocencia, en su manifestación de *regla de trato*; la cláusula constitucional de no discriminación; el principio *non bis in idem*, y la prohibición de las marcas.⁸

Interpretación constitucional sobre el Derecho Penal de acto

En 2015 se aprobó la siguiente jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte (SCJN) que vincula el DEP a principios constitucionales propios del Derecho Penal (DP) al establecer la vigencia del *Derecho Penal de acto* en el ámbito de la ejecución, con todas las consecuencias que de ello se derivan. Hasta la fecha, esta jurisprudencia constituye el *punto máximo de desarrollo* jurisprudencial vinculante en tanto que supera las contradicciones literales de la CPEUM.⁹ Bajo esta perspectiva se respeta la

⁷Palabras de Gabriel Delgadillo, secretario técnico de la Comisión de Derechos Humanos del Senado de la República en el Foro “El Sistema Penitenciario en México”, organizado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales el 18 de septiembre de 2015.

⁸En este sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos se ha pronunciado al resolver el caso *Del Río Prada vs. España*. Demanda 42750/09. (“Doctrina Parot”) Sentencia. Estrasburgo, 21 de octubre de 2013. La Gran Sala de la Corte determinó la aplicabilidad del régimen jurídico más benigno, que regulaba los reductivos de la pena en el momento en que tuvieron lugar los hechos y no cuando entró en vigor, con posterioridad a su condena, debido a un cambio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España, disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Inés del Río"\],"documentcollectionid2":\["grandchamber","chamber"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)

⁹Esta Ley fue publicada en el DOF el 19 de mayo de 1971. Tanto la reforma constitucional de 1965 como la legislación federal apuntada recibieron la influencia de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos (*Reglas Mínimas*), que fueron adoptadas por el (Primer) Congreso de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Prisioneros en 1955 y aprobadas por el Consejo Económico y Social en 1957. Su antecedente directo se encuentra en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Prisioneros de la Liga de las Naciones de 1934. El 17 de diciembre de 2015, la Asamblea General, en la resolución A/RES/70/175, aprobó una versión revisada de las *Reglas Mínimas*, conocida como las *Reglas Nelson Mandela*. La edición traducción al español se puede consultar en http://www.penalreform.org/wp-content/uploads/1957/06/ESP_Nelson-Mandela-Rules-Third-Committee-Resolution-5-November-2015.pdf. Una versión en inglés en la que pueden apreciarse los cambios sustantivos introducidos por las *Reglas Mandela* puede consultarse en <http://www.penalreform.org/wp-content/uploads/1957/06/PRI-Marked-version-of-Nelson-Mandela-Rules-3rd-Cmmtee-Resolution.pdf>.

autonomía de las personas privadas de la libertad ante las autoridades administrativas, asumiéndolas como personas normales y no como individuos *per se* carenciados:

Derecho Penal de acto. Razones por las cuales la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se decanta por dicho paradigma (interpretación sistemática de los artículos 1º, 14, tercer párrafo, 18, segundo párrafo, y 22, primer párrafo).¹⁰

A fin de determinar por qué el paradigma del derecho penal del acto encuentra protección en nuestro orden jurídico, es necesario ubicar aquellos preceptos constitucionales que protegen los valores de los que tal modelo se nutre. Para ello, en primer lugar, es imprescindible referir al artículo 1o. constitucional, pues como ha sostenido esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, la dignidad humana por él protegida es la condición y base de todos los derechos humanos. Además, al proteger la autonomía de la persona, rechaza cualquier modelo de Estado autoritario que permita proscribir ideologías o forzar modelos de excelencia humana a través del uso del poder punitivo. Por ende, el derecho penal no puede sancionar la ausencia de determinadas cualidades o la personalidad, porque está limitado a juzgar actos. Afirmación que necesariamente debe ser enlazada con el principio de legalidad, protegido por el artículo 14, tercer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. Esta disposición es la que revela, del modo más claro y literal posible, que el derecho penal únicamente puede prohibir la comisión de conductas específicas (no la personalidad); es decir, sólo aquel acto prohibido por una norma penal, clara y explícita, puede dar lugar a una sanción. Por otro lado, también debe considerarse el actual contenido del segundo párrafo del artículo 18 constitucional. El abandono del término “readaptación” y su sustitución por el de “reinserción”, a partir de la reforma constitucional de junio de 2008, prueba que la pena adquiere nuevas connotaciones. El hecho de que la Constitución haya eliminado la posibilidad de que el sistema penal opere bajo la premisa de que alguien es desadaptado, fundamenta la convicción de que nuestro sistema se decanta por un derecho penal sancionador de delitos, no de personalidades. Así, el abandono del término “delincuente” también exhibe la intención del constituyente permanente de eliminar cualquier vestigio de un “derecho penal de autor”, permisivo de la estigmatización de quien ha cometido un delito. Esta conclusión se enlaza con la prohibición de penas inusitadas contenida en el artículo 22, primer párrafo, constitucional, la cual reafirma la prohibición de que cualquier consideración vinculada con etiquetas a la personalidad tenga incidencia en la punición.

El sentido de esta tesis implica que, si se admitiera que el sistema de ejecución penal tiene por finalidad crear “modelos de excelencia humana”, no habría razón para limitar su alcance y debería entonces utilizarse la prisión como un mecanismo educativo para alcanzar metas en distintos campos del desarrollo humano.

En el mismo sentido, la Primera Sala también aprobó la jurisprudencia de la que se reproduce únicamente el rubro: *Derecho penal del autor y derecho penal del acto. Rasgos caracterizadores y diferencias*.¹¹

¹⁰SCJN. Primera Sala. Décima Época. Tesis de jurisprudencia por reiteración aprobada el 5 de marzo de 2014, bajo el número 21/2014. Registro: 2005918.

¹¹SCJN. Primera Sala. Décima Época. Tesis de jurisprudencia por reiteración aprobada el 26 de febrero de 2014 bajo el número 19/2014. Registro: 2005883.

Esta jurisprudencia señera confirma la ruptura con las categorías morales y psicológicas previas; se detiene el trasvase de las características del delito a su autor, y se pone al DEP en línea con el Derecho Penal *de acto*. De esta forma, se eliminan vestigios del Derecho Penal *de autor* en nuestro sistema jurídico que ya habían sido abandonados en el derecho sustantivo y procesal, pero continuaban vigentes en el ámbito de la ejecución penal.¹²

Reforma al artículo 73, fracción XXI constitucional

Se faculta al Congreso de la Unión para promulgar la legislación única (nacional) en materia de ejecución penal, la LNEP, que implicará la abrogación de la legislación federal y local en la materia, así como la derogación de disposiciones penales con contenido relativo a la ejecución penal.

Interpretación constitucional sobre la naturaleza jurídica de las controversias en materia de ejecución penal

En octubre de 2012 el Pleno de la Suprema Corte aprobó jurisprudencia obligatoria por medio de la cual reconoce que las controversias surgidas en la ejecución penal son de naturaleza penal, no administrativa, y delimita las funciones del Poder Ejecutivo en auxilio al Poder Judicial.¹³

La tesis referida es trascendente, puesto que reafirma el control de los poderes judiciales en el cumplimiento de resoluciones privativas de la libertad. De ahí que las controversias en materia de ejecución en todo el país, incluyendo con mayor razón las que se presenten durante la prisión preventiva, se someterán a los principios, leyes y tribunales del orden penal, con lo que se consolida el nacimiento de un DEP con órganos propios (jueces y tribunales de ejecución penal; defensa pública y fiscalía especializadas en materia de ejecución penal), contenidos propios (derechos sustantivos en la ejecución penal) y procedimientos específicos para dirimir las controversias en este ámbito.

La misma tesis plenaria limita el papel del Ejecutivo en la administración de las prisiones. En efecto, las autoridades administrativas intervienen en la Ejecución Penal en cumplimiento del mandato constitucional de “Facilitar al Poder Judicial los auxilios

¹²Una de las últimas expresiones del derecho penal de autor en la legislación sustantiva de la ahora Ciudad de México fue invalidada recientemente en la jurisprudencia por contradicción de la Primera Sala del SCJN, bajo el rubro: “Individualización de la pena tratándose de delito no culposo. El juzgador no debe tomar en consideración los dictámenes periciales tendentes a conocer la personalidad del inculcado (Legislación del Distrito Federal) [interrupción de la jurisprudencia 1a./j. 175/2007]”. Tesis de jurisprudencia 20/2014 (10a.). Aprobada por la Primera Sala. Registro: 2005884.

¹³Modificación de las penas. La determinación relativa al traslado de sentenciados de un centro penitenciario a otro está reservada al Poder Judicial, conforme al artículo 21, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. SCJN. Primera Sala. Décima Época. Amparo en revisión 151/2011. 12 de enero de 2012. Tesis Aislada. Unanimidad de once votos. Ponente: Sergio Valls Hernández. 1º de octubre de 2012. Registro: 160693.

que necesite para el ejercicio de sus funciones”. Este fundamento, frecuentemente ignorado, se sustenta en la fracción XII del artículo 89 de la CPEUM.

Síntesis de la evolución de la ejecución penal en México: de la regeneración a la reinserción social (1917-2015)

	PRIMERA ÉPOCA, A PARTIR DE 1917	SEGUNDA ÉPOCA, A PARTIR DE 1965	TERCERA ÉPOCA, A PARTIR DE 2008
Concepción de la PPL.	Persona imputable pero de- generada. Objeto de en- mienda.	Persona imputable con ca- rencias bio-psico-sociales que favorecen su tendencia a delinquir. Es objeto de co- rrección o readaptación a partir de su condena.	Persona imputable y normal: vinculada a consecuencias de Derecho, ya sea por una acusación o por una pena impuesta. Sujeto de derechos y obligaciones.
Relación entre la autoridad administrativa y la PPL en la ejecución penal.	Relación de supra y subordinación entre la autoridad administrativa y la PPL. Se consideraba propia del Derecho Administrativo sin que existiera un marco jurídico para resolver controversias en forma ordinaria entre ambas en un plano de igualdad procesal (salvo la posibilidad del procedimiento contencioso-administrativo, que fue mínimamente utilizada, y el juicio de amparo, de difícil acceso).		La autoridad administrativa interviene como auxiliar del juez del proceso. Cuando una controversia se judicializa durante la ejecución, la autoridad administrativa es contraparte del interno/a y ambos quedan sometidos al juez de ejecución.
Objeto de la ejecución penal respecto de la PPL.	Lograr el arrepentimiento y enmienda de la persona sentenciada.	Aplicar un tratamiento co- rrectivo mediante la educa- ción y otras medidas.	Imponer una sanción, vista como privación o restricción coactiva de bienes jurídicos en condiciones de vida dig- na y segura.
<i>Ratio decidendi</i> de la reducción de las penas.	Alcanzar la <i>enmienda</i> del <i>reo</i> .	Lograr la <i>evolución o progre- so</i> del <i>reo</i> a partir de un <i>tra- tamiento</i> medible con estu- dios de personalidad.	La gobernabilidad del Centro se ha favorecido como apoyo en incentivos de libertad an- ticipada.
Destinatarios principales de las normas en la materia.	La PPL, objeto de regenera- ción.	La <i>ppl</i> objeto del <i>sistema progresivo</i> .	La autoridad, objeto de fa- cultades y deberes. La PPL sujeta a derechos y obliga- ciones.
Naturaleza jurídica de las normas aplicables.	Administrativa (con el apoyo de disciplinas conductua- les).		Constitucional y Penal. ¹⁴
Referencia temporal.	La regeneración y la readaptación constituyen un proce- so progresivo en forma de <i>tratamiento en internación</i> —que puede continuar en el periodo en externación que inicia con la (pre)liberación de la persona— y concluye con la extinción de la pena.		La reinserción social es un estatus jurídico que se alcan- za cuando se extinguen la pena o la prisión cautelar.

¹⁴Las normas administrativas únicamente regulan la parte orgánica de las entidades públicas intervinientes en la ejecución penal. De igual manera, son de naturaleza administrativa las normas que regulan las sanciones administrativas a las

De acuerdo con lo expuesto, la reinserción social ya no denota una calificación moral (1917), ni un cuadro clínico-social (1965), sino una categoría jurídico-constitucional (2008) consistente en la plena restitución del goce de los derechos y las libertades de la persona al concluir su restricción penal.

La interdependencia y progresividad de los derechos humanos, aunadas al principio *pro persona*, obligan a armonizar los conceptos correccionales que subsisten en la literalidad del artículo 18 constitucional con el resto de la Constitución, especialmente si se toma en consideración que, en 2011, este precepto fue adicionado para establecer que el sistema penitenciario “se ordenará sobre la base del respeto a los derechos humanos”, así como instaurar la obligación de los jueces de velar por el cumplimiento de este precepto a la luz de la tesis reciente sobre el control de constitucionalidad y convencionalidad aprobada por la SCJN. Por ello, se faculta a los jueces federales y locales a “emitir pronunciamientos en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y por los tratados”.¹⁵

El principio constitucional de la mayor protección a los derechos humanos y el DEP de fuente internacional

Las disposiciones de corte correccional en el ámbito interno se han superado casi en su totalidad gracias a la jurisprudencia de la SCJN, que seguramente será secundada por la LNEP; sin embargo, éstas aún continúan en vigor en el ámbito internacional.

Ante la mayor o menor protección que cada uno de los sistemas normativos —de fuente interna y de fuente internacional— ofrece en el ámbito de derechos humanos, cobra especial relevancia la identificación y selección de la norma más protectora a raíz del reciente desarrollo constitucional mexicano en torno a los derechos humanos.

En efecto, el alcance del artículo 18 constitucional, en el aspecto que vincula expresamente al sistema penitenciario a la observancia de los derechos humanos, obliga a considerar la evolución del derecho de ejecución interno no sólo a la luz de las disposiciones directamente dirigidas a regularlo, sino a la forma en que éste es impactado por las disposiciones generales relativas a los derechos humanos. Por lo anterior, resulta indispensable recurrir al *aparato interpretativo*, desarrollado por la SCJN y los tribunales de amparo para alcanzar el *punto máximo* de dicho desarrollo que culmina concediendo a la persona la protección más amplia.

Los fragmentos de la Resolución dictada por el Tribunal Pleno de la SCJN en el Expediente varios 912/2010, que se retoman en seguida, desarrollan el modelo de control difuso de constitucionalidad:

PPL, aunque se incorporen a la LNEP y queden sujetas a control judicial. En cuanto a la prestación de servicios en la ejecución penal, tales como los educativos y laborales, si bien éstos se proporcionan por autoridades administrativas, las controversias sobre su acceso y satisfacción se ventilan en la jurisdicción de ejecución penal en razón de que el título para su prestación proviene de una resolución penal judicial en ejecución.

¹⁵SCJN. Control de constitucionalidad y de convencionalidad (reforma constitucional de 10 de junio de 2011). Contradicción de tesis 259/2011. Entre las sustentadas por el Primer y Segundo Tribunales Colegiados, ambos del Trigésimo Circuito. 30 de noviembre de 2011. mayoría de tres votos. Disidentes: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Jesús Antonio Sepúlveda Castro.

[...] se determinó que el modelo de control de convencionalidad y constitucionalidad que debe adoptarse a partir de lo establecido en el párrafo 339 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, y en los artículos 1º, 103, 105 y 133 de la Constitución Federal, propuesto por el señor Ministro Cossío Díaz, es en el sentido de que:

- 1) Los jueces del Poder Judicial de la Federación, al conocer de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden declarar la invalidez de las normas que contravengan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos;
- 2) Los demás jueces del país, en los asuntos de su competencia, podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, sólo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones, y
- 3) Las autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales deben interpretar los derechos humanos de la manera que más los favorezca, sin que estén facultadas para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en los casos concretos.¹⁶

A continuación se reproduce una parte del cuadro incluido en la propia resolución, referido a los jueces ordinarios:

Modelo general de control de constitucionalidad y convencionalidad

	A) ÓRGANO	FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL	POSIBLE RESULTADO	FORMA
<i>Control Difuso</i>	ResTribunales a. a) Federales: Juzgados de Distrito y Tribunales Unitarios de proceso federal y Tribunales Administrativos. b. b) Locales: Judiciales, administrativos y electorales.	Artículos 1º, 133 y 104.	No hay declaración de inconstitucionalidad, sólo inaplicación....	Incidental. ¹⁷
<i>Interpretación más favorable</i>	Todas las autoridades del Estado mexicano.	Artículo 1.	Interpretación aplicando la norma más favorable a las personas sin inaplicación ni declaración de inconstitucionalidad.	Fundamentación y motivación.

¹⁶SCJN. Pleno. Novena Época, sentencia Ejecutoria. 14 de julio de 2011. mayoría de siete votos de los señores ministros Cossío Díaz, Franco González Salas, Zaldívar Lelo de Larrea, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas, Ortiz Mayagoitia y presidente Silva Meza, votaron en contra los señores ministros Aguirre Anguiano, así como los señores ministros Pardo Rebolledo y Aguilar Morales por estimar que ésta no es la instancia adecuada para realizar este análisis. 4 de octubre de 2011.

¹⁷Esta forma incidental de ningún modo implica la apertura de un expediente por cuerda separada, sino que debe entenderse como la posibilidad de inaplicación durante el proceso correspondiente (asterisco de la SCJN).

Este esquema presentado por la SCJN permite comprender con claridad dos tareas a cargo de las y los impartidores de justicia, incluyendo obviamente, a quienes imparten justicia de ejecución penal:¹⁸

1. Interpretación de las normas (independientemente de que sean de fuente nacional o internacional) de manera que, entre dos o más interpretaciones razonables, se elija la que otorgue la mayor protección a la persona, *pro persona* (*Interpretación conforme*).
2. Desaplicación de las normas (o de porciones de las mismas), cuando no se puede sostener una interpretación que armonice la norma en cuestión con los referentes constitucionales y convencionales aplicables: como se dijera en lenguaje llano: “no hay forma de forzar el significado de precepto para que diga lo que no dice bajo ningún parámetro interpretativo admisible”. Entonces es necesario asumir la función que distingue a los jueces de otros servidores públicos y justificar la desaplicación de la norma general al crear una norma individualizada.

La relevancia de esta tarea judicial se ha hecho evidente desde antes de la reforma de 2008 en materia de derechos humanos en los casos en que una reforma a la Constitución hacía que las normas ordinarias fuesen desaplicadas por haber *devenido* inconstitucionales en razón del principio de supremacía constitucional. Este fue el caso de las normas del Derecho Civil que contradecían la igualdad del hombre y la mujer.

Hoy día, de acuerdo con los parámetros de interpretación constitucional recogidos en el esquema reproducido, todas las autoridades judiciales ordinarias de la República pueden y deben ejercer el control difuso de la constitucionalidad mediante la *desaplicación para mantener la conformidad* con la Constitución, sin perjuicio que los órganos competentes realicen la respectiva *declaración de inconstitucionalidad* mediante el control concentrado en materia de amparo, así como en las controversias y acciones de inconstitucionalidad.

No obstante, salvo las disposiciones constitucionales que admiten excepciones a los derechos relativos a la ubicación de las *ppl* y permiten restricciones en sus comunicaciones (dos últimos párrafos del artículo 18 constitucional), no existen otras limitaciones constitucionales expresas en este ámbito, que pudieran invocarse a la luz de la conocida jurisprudencia por contradicción en la materia.¹⁹

La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen garantías propias de los procesos penales como la exigencia de trato digno a las *ppl* y la separación entre menores y adultos, así como de

¹⁸Gabriela Rodríguez Huerta *et al.*, *Interpretación conforme; metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, coedición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación *et al.*, México, 2013, pp. 30-33.

¹⁹Derechos 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. SCJN. Contradicción de tesis 293/2011. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 3 de septiembre de 2013. mayoría de diez votos; votó en contra: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta. El Tribunal Pleno, el dieciocho de marzo en curso, aprobó, con el número 20/2014 (10a.), la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dieciocho de marzo de dos mil catorce. Registro: 2006224.

procesados y sentenciados en reclusión; sin embargo, no prevén la exigencia de órganos, ni de procedimientos judiciales para hacer valer dicho trato digno en el ámbito de la ejecución penal. Esta circunstancia tiene que ver con la perspectiva correccional con que fueron elaborados ambos instrumentos.

Entre los órganos de Naciones Unidas, el Subcomité Contra la Tortura dio un paso significativo al reconocer la falta de protección jurídica para las personas en reclusión, la falta de respeto a las garantías procesales específicas de las *ppl* (condenadas o en prisión preventiva) y, específicamente, la necesidad de un control judicial en la materia:

55. En el caso concreto de las prisiones, existen diversos factores culturales, como la idea de que los presos están “fuera de la sociedad” o de que son personas “peligrosas”, así como las reacciones de los medios de información ante la inseguridad pública, que favorecen el abandono y la vulnerabilidad de las personas condenadas o en prisión preventiva.

56. Desde una perspectiva jurídica, la insuficiencia de la protección que se da a los reclusos queda reflejada en el hecho de que no estén claramente establecidos los derechos sustantivos que, como norma general, los reclusos conservan incluso mientras permanecen en prisión. Desde que se inicia la privación de libertad, debe quedar claro que sólo se suspenden o se restringen algunos de los derechos de los reclusos. Además, es preciso definir y garantizar los derechos que las autoridades penitenciarias deben respetar.

57. La inexistencia de un marco jurídico, tanto orgánico como procesal, facilita y propicia la impunidad, más violaciones de los derechos humanos y la ausencia de las garantías necesarias para que los reclusos disfruten de sus derechos. Esas garantías incluyen la existencia de órganos y salvaguardias procesales. Se suele decir que “las leyes son buenas, pero lo que hace falta es cumplirlas”. Sin embargo, el problema no es exclusivamente práctico, sino que también guarda relación con las deficiencias de las normas que deberían garantizar la disponibilidad de los órganos procesales y de los recursos necesarios para hacer valer los derechos de los reclusos. En realidad, las personas privadas de libertad tienen “derechos sin garantías”.²⁰

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el documento “Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas”,²¹ reivindica, como Principio V, un debido proceso legal para hacer valer los derechos de las *ppl* ante malos tratos y condiciones inadecuadas de reclusión e internamiento. El citado principio prevé un proceso desahogado ante autoridades “competentes, independientes e imparciales”, sin comprender expresamente a las autoridades judiciales ni incorporar otras garantías judiciales previstas en el artículo 8º de la Convención, como el derecho a un defensor y a los medios adecuados para la preparación de su defensa y a un traductor, entre otros. En el subsecuente Principio VI sí se prevé la intervención judicial pero tampoco comprende las garantías judiciales; se le concibe como un forma de “control periódico” sobre la legalidad en los actos de la

²⁰Naciones Unidas. Quinto informe anual del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Ginebra. 19 de marzo de 2012. 48º periodo de sesiones del Comité contra la Tortura.

²¹Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución 1/08, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

administración penitenciaria y las condiciones de detención, con lo que diluye la función judicial al asemejarla a un medio de inspección o al control limitado propio del *ombudsman*, del Ministerio Público o de los jueces de vigilancia penitenciaria.

De acuerdo con el citado Principio VI de la CIDH, los jueces pueden intervenir *motu proprio* para identificar problemas y dar solución a controversias entre las *ppl* u otros actores procesales, por un lado, y las autoridades penitenciarias, por el otro. Ello es contrario a la división de poderes en menoscabo de la independencia e imparcialidad de los tribunales de ejecución. La enorme disparidad entre el poder de la administración y el de las *ppl* no se elimina desnaturalizando la función del juez, sino favoreciendo la igualdad procesal entre las partes, propia de un sistema adversarial, del que no debe sustraerse a la justicia penitenciaria. En la medida que el modelo acerque al juez a una de las partes —así sea la débil— se distorsiona el triángulo procesal equilátero.

En vez de parcializar al juez, convirtiéndolo en vigilante, lo que lo debilitaría institucionalmente, se precisa un diseño procesal adecuado con mecanismos de acceso a la jurisdicción en este ámbito, como la legitimación a terceros para promover acciones ante los tribunales de ejecución penal, asimismo la garantía orgánica de la defensa pública respecto de la ejecución penal, tanto en el ámbito federal como local, y el poner los servicios periciales al alcance de la defensa.

Recientemente, la CIDH ha publicado un amplio informe temático sobre la situación de las personas privadas de la libertad en el que remite a los principios citados. A su vez, dicho informe aborda la necesidad de un control judicial al prever que las *ppl* “[...] o terceros que actúen en su representación, tengan acceso a los órganos jurisdiccionales encargados de tutelar sus derechos. Que éstos se pronuncien sobre el fondo dentro de un plazo razonable y de acuerdo con las normas generales del debido proceso”.²²

No obstante, el DIDH mantiene inercias ideológicas de cuño correccional. En las *Reglas Mínimas*, en su numeral 59, se establecía que, para cumplir con el tratamiento, eran admisibles “todos los medios curativos, educativos, morales, espirituales y de otra naturaleza”. En las nuevas *Reglas Mandela*, que reemplazan a las anteriores, se establece que:

[...] las administraciones penitenciarias y otras autoridades competentes deberán *ofrecer* educación, formación profesional y trabajo, así como otras formas de asistencia apropiadas y disponibles, incluidas las de carácter recuperativo, moral, espiritual y social y las basadas en la salud y el deporte. Todos esos programas, actividades y servicios *se ofrecerán en atención a las necesidades de tratamiento individuales de los reclusos*.²³

²²Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas. 31 de diciembre de 2011. Párrafo 248. <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>

²³Regla 4.2. Obsérvese que si bien en la primera parte de esta sub regla el verbo *ofrecer* denota que los servicios respectivos serían voluntarios, en la parte final se vinculan estos servicios con *las necesidades de tratamiento individual*, lo que le menoscaba su carácter voluntario dado que la autoridad se considera no sólo legitimada, sino obligada a dar un tratamiento a las personas privadas de la libertad sentenciadas.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁴ dispone en su artículo 5º, numeral 6: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la *reforma y readaptación social de los condenados*” (énfasis añadido).

En el ámbito universal, el artículo 9º, numeral 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁵ utiliza un lenguaje similarmente obsoleto: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la *reforma y la readaptación social de los penados*” (énfasis agregado).

En el mismo sentido, la Comisión refrenda sin matices un pensamiento no secular, pronunciándose por la “reforma y readaptación social de los condenados”, “la reforma y rehabilitación social de los condenados”, “la reforma, la rehabilitación personal de los condenados, la resocialización y reintegración familiar (*sic*)”, o simplemente su “rehabilitación”.²⁶

Luigi Ferrajoli explica las raíces de la extendida inspiración correccional como consecuencia de:

[La convergencia de] las tres corrientes políticas y culturales que han contribuido a la formación del texto constitucional y a la subsiguiente reforma penitenciaria: la católica, portadora de la concepción de la pena como enmienda del reo; la liberal-conservadora, autora de la función terapéutica e integracionista de la pena; la comunista, en sus vertientes leninistas y gramscianas, inspirada en proyectos penales de tipo pedagógico y resocializante.²⁷

David Garland, por su parte, ofrece elementos para identificar algunas de las causas que sostienen la permanencia de las posturas correccionalistas:

[...] los profesionales que administran el sistema conforman el grupo de interés más grande y, quizá sea al que se presta más atención y el de mayor influencia en la política penitenciaria y la práctica institucional [ellos son identificados como] “un profesional que ayuda”, que tiene estatus, una imagen pública y una carrera pública acorde con ese papel... una razón por la que el *ethos* rehabilitador fue tan favorecido por los funcionarios públicos de casi todos los países.²⁸

En la región latinoamericana, la sobrevivencia del *sistema rehabilitador* tiene una explicación adicional: si bien numerosos críticos de los sistemas penitenciarios durante las décadas pasadas advirtieron la quimera que significa *re-socializar*, toleraron *sotto voce* el discurso paternalista-correctivo como recurso de contención de daños ante la amenaza latente de un sistema punitivo que reprimiese sin máscaras. Se pensaba que

²⁴ Adoptada en 1969 y en vigor desde 1978.

²⁵ Adoptado en 1966 y en vigor desde 1976.

²⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre la situación de derechos humanos en México*, 1998. Prefacio y párrafos 3, 25, 119, 330, 446, 454, 460, 605, 609, 610, 612, 613, 624 y 630, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>.

²⁷ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, 1995, p. 720.

²⁸ David Garland, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de la teoría social*, México, Siglo XXI Editores, 2006.

su matriz humanista serviría como dique a las corrientes declaradamente autoritarias, particularmente tratándose de las dictaduras militares.

Los resultados de semejante estrategia resultaron atroces; así lo muestran tanto las violaciones a los derechos humanos como el abandono que se observan en las prisiones de Latinoamérica.

Las dictaduras se fueron del Cono Sur al tiempo que la *dictadura perfecta* mexicana evolucionó hacia una democracia electoral (no necesariamente sustantiva) y gobiernos populistas arribaron al poder en varios países de América del Sur; sin embargo, los graves problemas en las prisiones continúan.

En el caso de la interpretación de las normas de origen internacional, ésta se sujeta al principio de interdependencia de los derechos humanos recogido en la *cláusula de salvedad* inserta en los instrumentos convencionales en congruencia con el artículo 30 de la Declaración Universal,²⁹ así como al principio de progresividad inherente a los derechos humanos. En el siguiente ejemplo se conjuga la aplicación de ambos principios:

<i>Reglas Nelson Mandela</i>	Desarrollo del derecho al proyecto de vida en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.	Integración del criterio orientador del DIDH, de acuerdo con la interdependencia y la progresividad de los DDHH.
“Regla 3. La prisión y demás medidas cuyo efecto es separar a una persona del mundo exterior son afflictivas por el hecho mismo de que despojan a esa persona de su derecho a la autodeterminación al privarla de su libertad.	En los párrafos 88 y 89 de la sentencia de la CorIDH en el caso de <i>Gutiérrez Soler versus Colombia</i> , de fecha 12 de septiembre de 2005, ³⁰ se adopta el concepto de afectación al proyecto de vida, hecho valer en este caso por la CIDH. Su formulación, por el juez Antônio A. Cançado Trindade, al emitir su voto particular concurrente en dicho caso, ha adquirido carta de naturalización en el sistema interamericano. ³¹	El hecho mismo de la prisión restringe a la PPL de su derecho a la autodeterminación; no obstante, en la medida en que sea compatible con la imposición de la prisión, las PPL conservan su proyecto de vida. Toda afectación coactiva al proyecto de vida que no obedezca a las necesidades de gobernabilidad del centro constituye una forma de agravar la prisión preventiva o retributiva.

Las Reglas Nelson Mandela mantienen la inercia de equiparar la privación de la libertad con la pérdida del derecho a la autodeterminación. El desarrollo jurisprudencial del DIDH de fuente interamericana supera dicha inercia al limitarse a restringir el

²⁹ Artículo 30. “Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”.

³⁰ CorIDH. Caso *Gutiérrez Soler vs. Colombia*, sentencia de 12 de diciembre de 2005. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_132_esp.pdf

³¹ Véase: CorIDH, *Familia Barrios vs. Venezuela*, sentencia de 24 de noviembre de 2011, fondo, reparaciones y costas. Numeral 296, disponible en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_237_esp.pdf. Consulta realizada el 20 de julio de 2015.

derecho a la autodeterminación respetando, en lo posible, el proyecto de vida de las PPL. Paradójicamente, durante su prolongada reclusión, Nelson Mandela reivindicó el valor de la autodeterminación de las personas presas, cuyo despojo se acepta sin reservas en el mismo instrumento que utiliza su nombre.

A pesar que en el ejemplo anterior el Sistema Interamericano representó el estándar más amplio frente a otras normas de *soft law* de origen internacional, en otros casos, el desarrollo de nuestro sistema regional de protección a los derechos humanos es más limitado, como se puede apreciar en el reciente Informe temático de la CIDH³² que, pese a sus avances, limitó la función del juez de ejecución al dejar el control sobre las condiciones de internamiento de las personas procesadas en manos de los jueces de las causas respectivas, aun cuando los *presos sin condena* están sujetos a las mismas o mayores condiciones de vulnerabilidad que las personas sentenciadas y que ésta es la principal razón de ser de una jurisdicción especializada.³³

Asimismo, hay situaciones en que, en un mismo tema, la CIDH ofrece avances parciales. Este es el caso que se presentó a raíz de su visita *in loco* a México en 1998, en el que consideró que los *estudios de personalidad* aplicados en el sistema penitenciario de nuestro país contravienen disposiciones de la Convención cuando se aplican a personas procesadas; sin embargo, en ese momento, no llegó a establecer lo mismo respecto de las personas sentenciadas.³⁴

En un aspecto relacionado, en el Informe temático citado, la CIDH desplazó el sentido terapéutico de la pena a un segundo lugar respecto de “la obligación institucional del Estado de dar a las personas condenadas la asistencia y las oportunidades necesarias para desarrollar su potencial individual”. Señaló asimismo la Comisión que “cualquier expectativa de rehabilitación personal y readaptación en sistemas penitenciarios” es imposible sin condiciones de vida digna y gobernabilidad en los mismos.³⁵ Como se observa, en este punto, la CIDH no representa el estándar más alto en tanto no ha *secularizado* plenamente su concepción del DEP, puesto que asume que con condiciones de vida digna y gobernabilidad sería legítimo *rehabilitar* o *readaptar* en vez de *reinsertar* en el sentido meramente jurídico del concepto, es decir, restablecer plenamente al individuo en el goce de sus derechos y libertades.

En síntesis, la facultad de los jueces federales y locales de “emitir pronunciamientos en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y por los tratados”³⁶ implica la exigencia de identificar el estándar más alto

³²CIDH. Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas, *op. cit.*, nota 6, párr. 608. Año 2011, página 229.

³³La idea de dotar de competencia a los jueces de ejecución a partir de la sentencia y no desde el internamiento, o de distinguir entre jueces de vigilancia y jueces de ejecución, obedece a la tradición correccional, según la cual, el juez es un contralor del *tratamiento*, que empieza con la sentencia. Esto pierde sentido cuando se sustituye el modelo terapéutico por un sistema regido por derechos y obligaciones, en el que la situación jurídica de la persona procesada o sentenciada no cambia la naturaleza de los servicios médicos, educativos y de otra índole que reciben las *ppl*, como tampoco modifica sus obligaciones.

³⁴Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre la situación de derechos humanos en México*, 1998. Párrafos 270 a 274 y 715. Consultada en <http://www.cidh.org/countryrep/mexico98sp/indice.htm> el 16 de septiembre de 2010.

³⁵*Ibidem*, párr. 611.

³⁶SCJN. Control de constitucionalidad y de convencionalidad (reforma constitucional de 10 de junio de 2011). Contradicción de tesis 259/2011. Entre las sustentadas por el Primer y Segundo Tribunales Colegiados, ambos del Trigésimo Cir-

aplicable, teniendo siempre en cuenta, en el centro del debate, los bienes jurídicos propios de la ejecución penal.

Estándares de fuente internacional e interamericana sobre la insuficiencia presupuestaria para satisfacer los derechos de las PPL

De acuerdo con el sistema de derechos humanos mexicano, tanto constitucional como convencional, el Estado no puede alegar dificultades económicas para eximirse del cumplimiento de sus obligaciones en la materia.

Derecho de fuente interna

El sistema de Ejecución Penal se encuentra supeditado al sistema judicial y constituye un elemento esencial para la existencia política del Estado mexicano, por lo que, tanto a nivel federal como a nivel de las entidades federativas, los gobiernos tienen la obligación fundamental de proveer lo necesario para el funcionamiento de sus funciones básicas, como lo son la judicial, la legislativa y la administrativa. Lo contrario colocaría a sus titulares en desacato franco con su promesa de cumplir y hacer cumplir la CPEUM.

En efecto, el artículo 17 constitucional garantiza expresamente el derecho a la plena ejecución de las resoluciones judiciales como la cara opuesta del derecho de acceso a la justicia. Así lo ha resuelto el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto del acatamiento de las sentencias de amparo y ello es aplicable a la justicia ordinaria en la medida en que en nuestro sistema jurídico todas las sentencias, y no solo las dictadas en los juicios de amparo, deben cumplirse. La tesis lleva el siguiente rubro:

Sentencias de amparo cuyo cumplimiento implica un pago. Aun cuando las autoridades puedan solicitar una ampliación del presupuesto para acatarlas también están obligadas a instrumentar simultáneamente, para ese fin, mecanismos de transferencias y adecuaciones de las partidas que lo integran.³⁷

Ámbito convencional

En los siguientes casos, entre otros, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorIDH) ha determinado la invalidez del argumento de la insuficiencia de recursos del Estado para satisfacer los derechos de las personas privadas de la libertad:

cuito, 30 de noviembre de 2011. mayoría de tres votos. Disidentes: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Jesús Antonio Sepúlveda Castro.

³⁷SCJN. Pleno, Novena Época. Jurisprudencia. Incidentes de inejecución 542/2008, 599/2009. 623/2009, 624/2009, 656/2009, todos ellos resueltos por unanimidad. 14 de marzo de 2011. Registro: 162469.

- *Vélez Loor vs. Panamá*: “El Estado se encuentra en una posición especial de garante de los derechos de toda persona que se halle bajo su custodia”.³⁸
- *Boyce et al. vs. Barbados*: se hace efectiva la obligación específica de proteger la salud y el bienestar de las personas privadas de la libertad.³⁹
- *Montero Aranguren et al. (Retén de Catia) vs. Venezuela*: establece que el respeto a la integridad física, psíquica y moral de las *ppl* forma parte del núcleo inderogable de derecho de conformidad con el artículo 27.2 de la Convención Americana, “pues se encuentra consagrado como uno de los que no pueden ser suspendidos en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes”.⁴⁰
- *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*: reitera la postura del Comité de Derechos Humanos de la ONU, en el sentido de que “mantener detenida a una persona en una celda reducida, veintitrés horas al día, aislada de los demás presos, en oscuridad, sin tener en qué ocuparse y sin que se le permita trabajar ni estudiar, constituye una violación a su derecho a ser tratado humanamente y con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano”,⁴¹ lo que no puede justificarse por la escasez de recursos.

Derecho comparado

Lo anterior muestra un enorme desfase entre la reforma al proceso penal que se instrumentó en Chile para garantizar los derechos humanos de las personas penalmente procesadas desde principios de la misma década y la falta de protección a los derechos de las mismas personas ya en prisión. Al resolver el recurso respecto del Centro de Detención Preventiva Santiago Sur, la CorIDH constató que los internos:

[...] se encontraban durmiendo a la intemperie, sin un techo que los cobijara, en improvisadas carpas de plástico y frazadas hechas por ellos, sin catres ni frazadas que los protegieran del frío, en condiciones paupérrimas de salubridad e higiene y con un espacio físico que les impedía cualquier posibilidad de desplazamiento, [...]

La citada Corte expresó las razones que enseguida exhibe Claudio Nash y que hacen patente la necesidad de un control de convencionalidad:⁴²

Además [de algunos otros argumentos de forma], la Corte Suprema rechaza el recurso atendido el hecho que “las situaciones denunciadas, en concepto de esta Corte, exceden el ámbito propio del recurso de protección que contempla el artículo 20 de la Constitución Política de la República”. Si bien la situación deficitaria al interior de las cárceles es real, “no es coyuntural, se arrastra de épocas pasadas y si bien corresponde al Estado velar por

³⁸CorIDH, sentencia de Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 23 de noviembre de 2010. Serie C. No. 218, párr. 198.

³⁹CorIDH. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia 20 de noviembre de 2007, serie C, núm. 169, párr. 88.

⁴⁰CorIDH, sentencia de 5 de julio de 2006, serie C, núm. 150, párr. 85.

⁴¹CorIDH, sentencia de 15 de septiembre de 2005, serie C, núm. 133, párr. 96.

⁴²Claudio Nash Rojas, *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica*, México, Fontamara, 2010, p. 195.

mejorar esas condiciones, debe tenerse en cuenta que las condiciones de un país en vías de desarrollo son múltiples y los recursos son siempre limitados, de modo que son muchas las áreas que requieren de mayores inversiones, lo que ciertamente es atribución del Gobierno en conjunto con el Congreso, priorizar y fijar como política general o sectorial”. Por tanto, a juicio de la Corte “no es posible referir las señaladas situaciones que originan estos recursos, a un acto u omisión preciso y determinado que, por tanto, pueda dar lugar a la adopción de medidas judiciales concretas tendientes a superarlas [sic].

La *judicialización* de la ejecución penal, con un andamiaje jurídico como el que ahora ofrece la LNEP,⁴³ podrá conseguir la gobernabilidad y las condiciones de vida digna en reclusión buscadas por los humanistas del penitenciarismo en América Latina.

La LNEP, junto con las tesis de jurisprudencia de la Primera Sala de la SCJN sobre Derecho Penal de acto y de autor, constituyen el estándar más alto del derecho de fuente interna e internacional.

Consideraciones sobre la prisión preventiva

La problemática constitucional y convencional de la prisión preventiva rebasan el objetivo de este ensayo, centrado en la ejecución más que en la determinación de las distintas formas de prisión.

Si bien el tratamiento de la prisión preventiva, en tanto medida cautelar, no es el objeto de estas páginas, se hace imprescindible una referencia mínima tanto sobre la naturaleza de la prisión preventiva desde el DEP, como de la prisión preventiva oficiosa incorporada en la reforma constitucional de 2008 en materia de seguridad y justicia.⁴⁴

La prisión preventiva como pena equiparada en el DEP

La prisión preventiva puede asimilarse a las dos caras de una moneda, una de ellas constituye una medida cautelar, decretada por los jueces de instancia de acuerdo con los fines del proceso; la otra, es la prisión material, impuesta a cuenta de la pena privativa de la libertad, instrumentada por la autoridad administrativa y sujeta a la protección del juez de ejecución penal. Ambas, la prisión previa y la prisión posterior a la sentencia se imponen a partir de resoluciones judiciales que se dictan en momentos distintos y obedecen a supuestos también distintos. No obstante lo anterior, ambas tienen la misma naturaleza fáctica en cuanto a privación coactiva de la libertad. Así lo entendió el Pleno de la SCJN hace cerca de un siglo:⁴⁵

⁴³Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, 16 de junio de 2016, edición vespertina.

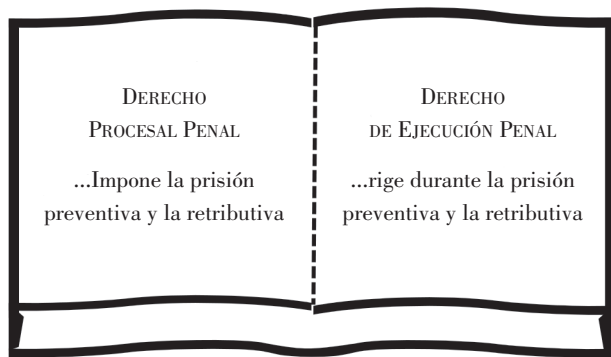
⁴⁴Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>.

⁴⁵SCJN Pleno, tesis aislada. Amparo penal en revisión. 14 de agosto de 1918. mayoría de ocho votos en cuanto al primer punto y por unanimidad de once votos respecto al segundo. Disidentes: José M. Truchuelo, Enrique Cruz y Enrique M. de los Ríos. La publicación no menciona el nombre del ponente. Registro 290298.

Prisión preventiva

Aun cuando técnicamente no es una pena corporal, está equiparada a ella y produce su principal efecto, que es la privación de la libertad.

Prisión preventiva como medida cautelar y como pena equiparada



Para los efectos del DEP: la prisión preventiva *es prisión*, por ello el tiempo transcurrido en prisión preventiva se abona al de la pena. En consecuencia, cuando se impone la prisión, sea cautelar o condenatoria, deben aplicarse también todos los medios de protección, entre ellos la jurisdicción especializada en cuestiones de reclusión, es decir, la de ejecución penal. De lo contrario, se caería en un contrasentido: que la situación de los presos en espera de sentencia sea peor que la de quienes ya vieron derrotada su presunción de inocencia.

En este orden de ideas, cabe mencionar que la presunción de inocencia no se defiende:

1. Al simular un trato de inocentes hacia las personas presas sin condena.
2. Cuando se niega o maquilla el carácter de medida coactiva privativa de la libertad de la prisión preventiva.
3. Si se desconoce que estas y estos internos cumplen con una pena equiparada que se les impuso sin sentencia condenatoria de por medio.

Por el contrario, una postura a favor de la presunción de inocencia implica:

1. Admitir que la prisión preventiva se equipara a la pena privativa de la libertad definitiva.
2. Garantizando el acceso a la defensa pública y al investigador al servicio de la defensa pública para restringir su aplicación y reducir su duración.⁴⁶
3. Reparando el daño causado por su indebida imposición.

⁴⁶Figura vigente en Costa Rica, Colombia y Chile. En México, en los estados de Guanajuato y de Zacatecas. Véase Asociación Mexicana para las Naciones Unidas, *El investigador al servicio de la defensa pública. Manual para favorecer la equidad procesal*, México, 2008.

La prisión derivada de una medida cautelar no constituye una medida procesal meramente *limitativa o restrictiva* de la libertad (como sería la prohibición de acercarse a un domicilio), sino *privativa* de la misma. Toda prisión preventiva es privativa de la libertad y ello implica que, para el legislador, la presunción de inocencia, como *regla de trato*, cede ante otros fines de la justicia penal,⁴⁷ como son: asegurar la presencia del imputado en el proceso, preservar la seguridad de la víctima, testigos o peritos, o preservar la integridad de la investigación.

La tarea del DEP es partir de una situación jurídica o *dato dado*, para (al menos) dotar de una protección equiparada a las personas en prisión preventiva y a quienes cumplen una pena de prisión; ambas se encuentran en situaciones distintas por su causa y denominación, pero similares en cuanto a la aflicción y la vulnerabilidad en que se coloca a toda persona encerrada. Negar la protección de las leyes y de los tribunales a las PPL en prisión provisional alegando que deben ser tratados como inocentes constituye un *falso garantismo*.

En efecto, la única forma de tratar como *no culpable* a la persona en prisión preventiva sería ponerla en libertad; por lo tanto, la prisión preventiva implica, inevitablemente darle un trato de culpable a quien es inocente. En ese sentido, y a manera de ejemplo, Julián López Masle explica que el artículo 150 del Código Procesal Penal chileno establece que la prisión preventiva ha de imponerse “de manera que no provoque otras limitaciones que las necesarias para evitar la fuga y para garantizar la seguridad de los demás internos y de las personas que cumplieren funciones o por cualquier motivo se encontraren en el recinto”.⁴⁸

El cuidadoso lenguaje empleado por el legislador chileno no es suficiente para quitarle el carácter de “presos” y “presas” a las personas que, privadas de la libertad, esperan una sentencia. Las limitaciones que se le reconocen a la prisión preventiva son igualmente aplicables a la continuación de la prisión tras la sentencia. En otras palabras, ambas son privativas del mismo derecho fundamental a la libertad, sin que ninguna deba agravarse injustificadamente. Asimismo, los dos tipos de prisión se distinguen por su título o causa legal que las genera, así como por la ubicación de las prisiones en que se ejecutan y, en algunos casos por la vestimenta de las PPL, o por otros elementos afines, pero no por su contenido esencial: el encierro de la persona.

La razón por la cual las personas en prisión preventiva son tratadas como culpables en detrimento de su presunción de inocencia está en el resultado de una ponderación entre la libertad personal y los derechos de las víctimas y de la colectividad. En materia constitucional, la ponderación entre dos derechos humanos es la forma de resolver

⁴⁷La Primera Sala de la SCJN ha dictado jurisprudencia por la que señala el carácter *poliédrico* del derecho a la presunción de inocencia como regla de trato procesal, regla de prueba y estándar probatorio. Véase tesis con los registros números 206091, 206092 y 206093. En este sentido, la prisión preventiva impacta directamente la primera acepción de este derecho e, indirectamente, la segunda y la tercera, en tanto que, en el primer caso, la PPL recibe un trato opuesto al de una persona inocente, mientras que, en el segundo, tendrá más dificultades para aportar medios de prueba; asimismo, en el tercero, como consecuencia de las afectaciones previas, tendrá más dificultades para mantener la presunción de inocencia ante el caudal probatorio que aporte la acusación.

⁴⁸María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle, *Derecho procesal penal chileno*, tomo 1, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 390, nota al pie núm. 55.

los conflictos que surgen entre ambos. Un caso análogo es el del derecho a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad.

Señalar que las personas en reclusión provisional pueden ser tratadas como inocentes constituye una afrenta al sentido común que redundará, paradójicamente, en la proliferación de la prisión preventiva. Si en la conciencia colectiva se asume el discurso de que las personas bajo prisión cautelar “serán tratadas aplicando el principio de inocencia”, el resultado es una legitimación de esta práctica. Mientras más suave se considere la prisión cautelar, menos moderación habrá en su imposición; por el contrario, si se le considera como una privación del derecho a la libertad equiparada a la pena, se aplicará con mayor mesura.

Negar el carácter coactivo de la prisión preventiva debilita los derechos de las PPL en vez de favorecerlos porque impide el acceso a las prestaciones propias de la ejecución penal y a la justicia de ejecución, que es precisamente uno de los derechos denominados *derechos-llave*. Se le asigna este término ya que constituye un prerrequisito para ejercer otros derechos —en este caso, el derecho a condiciones de vida digna y segura en reclusión, así como el derecho a la protección judicial ordinaria—. En Argentina, por ejemplo, así como en muchos otros países latinoamericanos, es habitual que las PPL no tengan acceso a los servicios durante la prisión preventiva y que, incluso, se les segregue.⁴⁹

En la medida en que la pena de prisión se *secularice*, despojándola de finalidades morales o *metalegales*, se hace más evidente la semejanza entre la prisión cautelar y la retributiva, con la sola distinción de título y no de contenido. Esto no significa darle un carácter más represivo a la prisión preventiva, sino asimilar las condiciones de la prisión definitiva en la preventiva, quitándoles toda carga intrusiva en tanto ninguna persigue la “transformación moral del condenado” ni “reeducar, redimir, recuperar, resocializar u otras ideas semejantes”, a la vez que ambas requieren de derechos y garantías.⁵⁰

La prisión preventiva oficiosa

La prisión preventiva oficiosa se impone *motu proprio* por los jueces al considerar la gravedad del delito cuya comisión será objeto de investigación, a partir del listado del segundo párrafo del artículo 19 constitucional, a saber: delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos por medios violentos como armas y explosivos, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de su salud.

Por definición, esta modalidad de prisión preventiva excluye el análisis de la necesidad de cautela, elemento central de su justificación excepcional en el Sistema Interamericano, por lo que su validez tarde o temprano se decidirá por la CorIDH.

⁴⁹Informe sobre la visita a Argentina del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes CAT/Op/Arg/1 27 de noviembre de 2013, disponible en http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2fOP%2fARG%2f1&Lang=en.

⁵⁰Véase Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, p. 223.

Mientras tanto, en este punto México mantiene una *capitis diminutio* frente a los estándares convencionales; un *subsidio* injustificado a los fiscales y la policía (que los aleja de la necesidad de profesionalizarse), y una disrupción a nuestro incipiente sistema de justicia acusatorio.

Afortunadamente, el nuevo sistema de justicia penal en México tiende a hacer un uso más restringido de la prisión preventiva. Ello no basta, se hace indispensable eliminar la prisión preventiva oficiosa para realizar una ponderación entre libertad y seguridad sin finalidades preventivas o punitivas extraprocesales y sin adelantar el proceso mediante la reencarnación de la *averiguación previa* que caracterizó al sistema inquisitivo mexicano. Mientras tanto, lo mínimo que se puede hacer es otorgarle la misma protección que a la pena.

Consideraciones sobre la figura del arraigo

Al igual que en el caso de la prisión preventiva, las siguientes líneas se centran en el análisis de la ejecución del arraigo y no de su naturaleza en tanto medida cautelar que tiene por finalidad detener a la persona para investigar su conducta con el propósito de determinar si la misma puede ser objeto de una imputación penal. Cabe señalar que su constitucionalidad depende de la admisibilidad de sus fines y la legitimidad de su propósito de acuerdo con la naturaleza misma de las medidas cautelares dentro de un sistema de justicia penal acorde con todo el entramado de principios constitucionales y convencionales, y no meramente de su ubicación en el texto constitucional que no la hace válida *per se*, de la misma manera que si por algún desvarío legislativo se incluyese la esclavitud en nuestra Carta Magna, ello no le prestaría legitimación.

Al igual que la prisión preventiva oficiosa, el arraigo constituye un *subsidio* a las fiscalías y policías, con la diferencia de que su imposición tiene lugar sin un sustrato probatorio mínimo y sin discutir la necesidad de cautela. La imposición de cualquier medida cautelar en esas condiciones viola el principio democrático que subyace en el sistema acusatorio mismo, como se ha reconocido en las siguientes resoluciones de la Corte Interamericana:

- Caso “Acosta Calderón *vs.* Ecuador”, sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C. No. 129. Párrafos 74 y 135.
- Caso “López Álvarez *vs.* Honduras”, sentencia de 01 de febrero de 2006. Serie C. No. 141. Párrafos 67 a 69 y 81.
- Caso “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez *vs.* Ecuador”, sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C. No. 170. Párrafos 93 y 103.
- Caso “Barreto Leyva *vs.* Venezuela”, sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C. No. 206. Párrafos 111, 119, 121 y 122.

Es una constante que los sistemas políticos autoritarios producen figuras y sistemas jurídicos inquisitivos, con el mismo tinte autoritario. En cambio, los sistemas políticos

democráticos producen sistemas jurídicos acusatorios adversariales, en donde las decisiones son producto de las posturas contradictorias y en igualdad de circunstancias de las partes.

Resulta ajeno a la lógica del sistema acusatorio que antes de iniciar la investigación preliminar respecto de la conducta de una persona (en el caso de *vinculación a proceso con prisión preventiva*), se le someta a semanas o meses de detención sin que en este periodo pueda aportar elementos de descargo, no sólo por las limitaciones que le impone su encierro, sino porque todavía no se le ha formulado ninguna imputación. Si bajo el sistema inquisitivo el arraigo era injustificable, ahora es, además, innecesario.

El derecho de ejecución penal durante el arraigo

La naturaleza de la figura del arraigo en el Derecho mexicano se puede entender como una “pre prisión preventiva” en sede de la Fiscalía o Ministerio Público y no en centros de reclusión administrados por autoridades ajenas a la investigación del delito.

En efecto, como se desprende de lo antes visto, la prisión preventiva tiene lugar antes de que inicie la investigación y antes de que se decrete el inicio de la investigación preliminar o *no formalizada* bajo el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales. En otras palabras, se trata no sólo de “detener para investigar”, sino de “detener para investigar si se va a investigar”.

Con independencia de los cuestionamientos que han sido referidos sobre la constitucionalidad y convencionalidad de la figura del arraigo, así como de la pérdida de su razón de ser bajo el nuevo sistema acusatorio, lo que interesa aquí —desde la perspectiva del Derecho de ejecución penal— no es la legitimación del título, sino el régimen mismo de la privación de la libertad con los derechos y obligaciones que entraña, así como el funcionamiento de los órganos y la regulación de procedimientos administrativos y judiciales ordinarios para su protección y salvaguarda.

De no atenderse a la situación fáctica del arraigo por considerar que la figura carece de legitimidad, se caería en una situación similar a la que hemos denunciado en la prisión preventiva, donde el debate se ha centrado en su validez e imposición en tanto medida cautelar, mientras que su condiciones materiales y jurídicas de ejecución han permanecido en una especie de limbo.

En el sentido apuntado, estimamos que si la LNEP, como se prevé, no regula expresamente la ejecución material del arraigo, dada la similitud de la situación de las personas bajo arraigo con la que presentan las personas en prisión preventiva, deberá aplicarse esta Ley por lo menos en todo lo que concierne al régimen de reclusión; a la aplicación de los días bajo arraigo a la duración de la pena, así como en el acceso a recursos administrativos y judiciales para la protección de sus derechos y solventar las controversias que se presenten con las autoridades administrativas responsables de auxiliar en su aplicación.

Las razones a favor de jueces de ejecución especializados para resolver las cuestiones propias de la reclusión, y particularmente de la reclusión preventiva, son igualmente aplicables a la condición de arraigo, por lo que deben ser dichos jueces y no los de control los competentes para intervenir en las controversias planteadas, ya que si bien los jueces de control impondrán ambas medidas, ellos están centrados en el examen de los méritos para determinar su procedencia y no cuentan con las herramientas, ni el tiempo, ni los antecedentes para resolver las controversias propias de la ejecución misma como una cuestión principal y no meramente accesoria.

Por otra parte, el hecho de que la autoridad interviniente como auxiliar de la justicia en el arraigo pertenezca al Ministerio Público, autoridad distinta a la que participa con el mismo carácter auxiliar durante la ejecución de la prisión cautelar o definitiva, no tiene por qué obrar en demérito de la competencia de los tribunales de ejecución penal para garantizar el pleno cumplimiento de resoluciones judiciales en la esfera administrativa; por el contrario, las personas bajo arraigo se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad debido a los apremios de las agencias investigadoras por obtener resultados. Ello amerita el control de una autoridad distinta a la que investiga, con la especialización necesaria para cumplir con sus atribuciones sin distraerse en funciones distintas, como ocurriría con los jueces de control.

La necesidad de un control judicial respecto de la ejecución del arraigo debe entenderse al periodo de retención constitucional, en el que la persona permanece igualmente bajo la responsabilidad material (no “a disposición”) de la misma autoridad que le persigue, colocándosele en un estado de extrema vulnerabilidad.

Régimen jurídico de la ejecución del arraigo

Al igual que la prisión preventiva y que la pena de prisión, la ejecución del arraigo no obedece a fines propios, sino al cumplimiento de una resolución judicial que constituye el título jurídico para encerrar a las personas por periodos determinados o determinables, por lo que su régimen jurídico es similar al de la prisión y puede definirse a partir de la categorización de los derechos que se restringen, que se adquieren y que se conservan durante su imposición.⁵¹ Notoriamente, la duración del arraigo implica adecuaciones respecto de la prisión. Así, por ejemplo, el derecho de acceso a la educación de la persona arraigada tendrá una dimensión más limitada que el de la persona que cumple una pena de prisión o se encuentra bajo prisión preventiva.

Del mismo modo que en el caso de la prisión preventiva oficiosa, es previsible que, pese a la interpretación de la SCNJ respecto de los límites de la convencionalidad definidos en la Contradicción de tesis 293/2011 antes citada, el Sistema Interamericano de Justicia decreta la violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que, como consecuencia de ello, se elimine finalmente la figura del arraigo en México.

⁵¹ Véase al respecto el “Tríptico de los Derechos en Ejecución Penal”, disponible en <http://bit.ly/1TzukNh>.

Bibliografía

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de derechos humanos en México*, 24 de septiembre de 1998, disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/mexico98sp/indice.htm>.
- , “Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas”, Resolución 1/08. 3-14 marzo 2008, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>.
- , *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas*, 31 de diciembre de 2011, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>.
- , *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en Las Américas*, 30 de diciembre de 2013, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, 1995.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, comentario al artículo 18 constitucional, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, tomo III, México, Cámara de Diputados-LVIII Legislatura/Miguel Ángel Porrúa, 2003.
- , *Manual de prisiones*, México, Porrúa, 1970.
- GARLAND, David, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de la teoría social*, México, Siglo XXI Editores, 2006.
- HORVITZ LENNON, María Inés y Julián Masle López, *Derecho procesal penal chileno*, tomo I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008.
- NASH ROJAS, Claudio, *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica*, México, Fontamara, 2010.
- RODRÍGUEZ HURTA, Gabriela *et al.*, Interpretación conforme; metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, coedición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación México, 2013.

Derecho a la defensa adecuada y defensoría pública

Introducción

La facultad punitiva del Estado es uno de los aspectos más sensibles en las relaciones entre el poder público y los individuos. A través de ella se permite al Estado establecer límites y privaciones de los bienes jurídicos más importantes de la persona protegidos por el Derecho como son: la libertad, la integridad física, la propiedad o los derechos políticos. Los riesgos del uso excesivo de la facultad punitiva en contra de los individuos se reducen mediante la existencia de una serie de principios y derechos procesales que en su conjunto han sido llamados por la doctrina como “debido proceso”.

En el paradigma procesal penal acusatorio y oral que rige en México y en la gran mayoría de los países de la región latinoamericana, el principio de contradicción entre las partes es parte fundamental del debido proceso. Este principio exige que exista *igualdad de armas* entre la acusación y la defensa, lo que implica que durante el proceso penal, las partes tengan la posibilidad de argumentar, presentar pruebas, interponer recursos y ser escuchados en todas las fases, desde el primer momento de contacto con los órganos de investigación y procuración de justicia hasta incluso el momento de la extinción de la pena, si éste fuera el caso. El principio de contradicción se centra en reducir las asimetrías existentes entre la parte acusadora, primordialmente el Estado, frente a los individuos procesados, quienes se encuentran tradicionalmente en condiciones de mayor vulnerabilidad frente a la acción punitiva del Estado.

El principio de contradicción tiene como principal accionante a la defensa adecuada, término por el que debemos de entender de forma amplia, un conjunto de

Sumario

Introducción	749
Defensa penal adecuada en el marco constitucional y convencional	751
La defensoría pública: institución pública encargada de garantizar la defensa adecuada	764
Caso Ruano Torres y otros <i>vs.</i> El Salvador (2015). Los parámetros de la defensa pública en América Latina	767

derechos de desarrollo histórico dentro de la tradición liberal que garantizan la efectiva participación en igualdad de condiciones de los individuos en cada uno de los eventos procesales relevantes. Dentro de estos derechos se encuentran aquellos dirigidos a no inculparse a sí mismo, no ser objeto de torturas y tratos crueles, poder confrontar la teoría del caso del acusador, solicitar, recabar y presentar material probatorio, y acceder a los beneficios que otorga la ley por su cooperación en el esclarecimiento de los hechos, entre muchos otros que contienen la Constitución, los tratados internacionales, así como las leyes adjetivas y su interpretación.

A pesar de la universalidad de los derechos de defensa, su ejercicio efectivo requiere de conocimiento técnico jurídico. Por lo tanto, para su adecuada positivización es necesario que el individuo sujeto a un proceso penal tenga acceso a un abogado capacitado que lo represente como garantía plena. Es necesario que el abogado defensor se encuentre capacitado para dar una defensa adecuada, y que cuente con los elementos materiales necesarios para que pueda realizar su labor libremente conforme a los principios más desarrollados de la profesión y siempre a favor de la protección de los derechos de defensa de su representado. La ausencia o deficiencia de la representación por un abogado capaz limita el ejercicio efectivo de los derechos de defensa de cualquier sujeto.

El acceso a un abogado que pueda brindar una defensa adecuada es limitado, más en regiones como Latinoamérica en donde los índices de desigualdad, marginación y pobreza son dramáticos. El costo de los servicios profesionales que prestan los abogados es un obstáculo para que la población pueda acceder a ellos. Los costos económicos que podría enfrentar una familia porque uno de sus integrantes se vea sujeto a un proceso pueden arruinar completamente las finanzas familiares para aquellos que tienen poco e incluso ser inaccesibles para los que menos tienen.

Debido a lo anterior las sociedades latinoamericanas han desarrollado diversas formas de garantizar el acceso a una defensa adecuada para cualquier persona sin importar su condición socioeconómica ni otras circunstancias de vulnerabilidad como nacionalidad, edad, sexo o género. Entre éstas se tienen las opciones altruistas creadas por los mismos abogados quienes, conscientes de estas desigualdades, comprometen parte de su labor de forma *pro bono*, o a través de la creación de asociaciones expresamente orientadas para auxiliar a los defendidos de bajos recursos, cubriendo una parcialidad de las necesidades de defensa penal.

Desde el cambio de paradigma procesal penal acusatorio y oral, los Estados latinoamericanos han optado por una opción institucionalizada para garantizar una defensa adecuada mediante la creación de las defensorías públicas. Estas son oficinas públicas organizadas para la prestación de este servicio de forma gratuita mediante la contratación de abogados, ya sea a través de licitaciones de los servicios o por el establecimiento de un servicio civil de carrera. Se han creado leyes y programas orientados a la construcción y fortalecimiento de dichas defensorías públicas conforme a diversos principios para dotarlas de autonomía institucional, así como garantizar la independencia técnica de la labor de los defensores públicos. El objetivo principal de la existencia de las defensorías públicas es asegurar que todas las personas sujetas a un

proceso penal puedan contar con la defensa técnica adecuada que garantice el principio de contradicción dentro del proceso penal.

Tanto la jurisprudencia nacional como la emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) han sido activas en los años recientes para establecer los parámetros dentro de los cuales debe realizarse tanto la defensa penal, como la organización institucional de la defensa pública. Datos de la región muestran que alrededor del noventa por ciento de los procesados penalmente recurren a los servicios de la defensa pública, por lo que aun cuando el vínculo entre estos dos temas es estrecho debe distinguirse para observar el ámbito y responsabilidades que tiene cada una. La defensa adecuada se orienta a la parte sustantiva, a la actuación del defensor dentro del proceso, independientemente de su naturaleza como público o privado, así como al propio derecho que tiene el acusado de defenderse. Por su parte, la defensoría pública se refiere a la obligación que han asumido los Estados de crear organizaciones públicas encargadas de prestar el servicio de defensa adecuada. Su regulación abarca principalmente temas de autonomía institucional, servicio civil de carrera, selección y capacitación de defensores públicos y control de gestión dentro de las mismas.

Defensa penal adecuada en el marco constitucional y convencional

La fracción VIII del apartado B del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), reconoce el derecho del imputado a una “defensa adecuada por abogado” en los siguientes términos:

Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera.

Desde la incorporación del concepto de “defensa adecuada” en la Constitución mexicana, los tribunales del Poder Judicial de la Federación realizan la interpretación de sus elementos y alcances. De acuerdo con una tesis aislada del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), la defensa adecuada implica un elemento formal: que el defensor acredite ser perito en derecho, y un elemento material, relativo a que “actúe diligentemente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evitar que sus derechos se vean lesionados”.¹

¹Tesis aislada P. XII/2014 (10a.), bajo el rubro “DEFENSA ADECUADA DEL INCLUPADO EN UN PROCESO PENAL. SE GARANTIZA CUANDO LA PROPORCIONA UNA PERSONA CON CONOCIMIENTOS TÉCNICOS EN DERECHO, SUFICIENTES PARA ACTUAR DILIGENTEMENTE CON EL FIN DE PROTEGER LAS GARANTÍAS PROCESALES DEL ACUSADO Y EVITAR QUE SUS DERECHOS SE VEAN LESIONADOS”, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, libro V, abril de 2014, tomo I, p. 413. La tesis agrega que la defensa pro-

El artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en su párrafo segundo, incluye varios incisos que contienen esta idea; por ejemplo, conforme al inciso d), el inculcado tiene derecho de “defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor”, mientras que el inciso e) consagra su “derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley”.

En el “Caso Ruano Torres *vs.* El Salvador (2015)” resuelto por la Corte IDH y del cual se abundará en el siguiente apartado, se encuentran algunos de los principios que debe tener esta defensa adecuada, llamada técnica para el paradigma interamericano. En este se establece que “El derecho a la defensa es un componente central del debido proceso que obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo”. Señala los momentos de inicio y cierre en el ejercicio del derecho estableciendo que “El derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena.”

También dice que:

El derecho a la defensa se proyecta en dos facetas dentro del proceso penal: por un lado, a través de los propios actos del inculcado, siendo su exponente central la posibilidad de rendir una declaración libre sobre los hechos que se le atribuyen y, por el otro, por medio de la defensa técnica, ejercida por un profesional del Derecho, quien cumple la función de asesorar al investigado sobre sus deberes y derechos y ejecuta, *inter alia*, un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas.

El defensor, sin importar que sea público o privado, es considerado en el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), como un sujeto del procedimiento penal, que adquiere la calidad de parte² al representar y asistir al acusado, imputado o sentenciado³ y como requisito elemental debe ostentar ser licenciado en derecho o abogado titulado, con cédula profesional.⁴ Puede presumirse como defensor aquel que presta sus servicios bajo la modalidad de servidor público de la Defensoría Pública Federal o de las Defensorías entidades federativas; así como aquella persona que brinde servicios de defensa particular.⁵

porcionada por “persona de confianza” debe cumplir las mismas especificaciones, pero que el juzgador no tiene la carga de evaluar los métodos que el defensor emplea para llevar adelante la defensa.

²CNPP, artículo 105, fracción IV y segundo párrafo.

³El artículo 112 del CNPP divisa las denominaciones que adquiere la persona sometida al proceso penal: El imputado es “quien sea señalado por el Ministerio Público como posible autor o partícipe de un hecho que la ley señale como delito”; el acusado será “la persona contra quien se ha formulado acusación”, y sentenciado es “aquel sobre quien ha recaído una sentencia aunque no haya sido declarada firme”.

⁴CNPP, artículo 113 “Derechos del imputado”, fracción XI, y artículo 115, primer párrafo.

⁵CNPP., artículo 3, Glosario, fracción V.

El objetivo primordial que tiene el defensor es cumplir con la obligación de prestar una defensa adecuada⁶ y técnica,⁷ actividad vigilada por el órgano jurisdiccional. Sus obligaciones se encuentran enmarcadas a grandes rasgos en el artículo 117 del CNPP y en las actuaciones procesales desarrolladas en las etapas del procedimiento penal. La cobertura de actuación de la figura del defensor abarca, no sólo las obligaciones que se le adjudican dentro del proceso, sino que se extienden a la protección integral de los derechos del imputado.

La defensa considerada como adecuada y técnica implica, además de la necesidad de tener un defensor; contar con las herramientas necesarias para desempeñar su labor; y que las mismas estén estipuladas por ley. El uso de estas herramientas, mediante el acceso que la ley proporcione a ellas, es el indicador de si la defensa es adecuada o técnica. La defensa adecuada se observa en la interacción del defensor con el acusado, imputado o sentenciado, así como con la representación que asume de éste frente a los demás sujetos del procedimiento penal y del órgano jurisdiccional. El juez es quien califica lo adecuado de la defensa y en caso de encontrar que la defensa sea deficiente, puede advertir la necesidad de fortalecer la defensa sustituyendo al defensor o nombrando uno adicional, salvaguardándose los derechos tanto del imputado como los de su contraparte.

Existen diversos momentos relevantes para calificar la defensa como adecuada en el proceso, que va desde la detención del acusado hasta el último acto de molestia. Existe también la obligación de las autoridades de hacer del conocimiento del sujeto imputado su derecho a una defensa adecuada desde el primer momento, de informar el contenido y alcance de éste, así como de las herramientas con que cuenta para hacerlo valer. A continuación se abordan algunos de los momentos más importantes en donde se presenta el derecho a una defensa adecuada.

Derecho a ser asistidos por intérpretes o traductores y defensores en su propia lengua

En el apartado A del artículo 2º, fracción VIII de la CPEUM, sobre el reconocimiento y garantía de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, se destaca el derecho que tiene este sector de la sociedad a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.

⁶DEFENSA ADECUADA. A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE DIEZ DE JUNIO DE DOS MIL ONCE, ESTE DERECHO FUNDAMENTAL ÚNICAMENTE SE GARANTIZA CUANDO EL INculpADO, AL RENDIR SU DECLARACIÓN MINISTERIAL, ES ASISTIDO POR UN LICENCIADO EN DERECHO, POR LO QUE SI LO HIZO SOLO EN PRESENCIA DE PERSONA DE SU CONFIANZA, AQUÉLLA CARECE DE VALOR PROBATORIO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). Jurisprudencia Tesis: I.9o.P.J/8 (10a.), publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, libro XXII, julio de 2013, tomo 2, p. 1146. Esta jurisprudencia de Tribunales Colegiados precisa que el derecho fundamental a una defensa adecuada se garantiza únicamente cuando el imputado en la averiguación previa y en el proceso está representado por un licenciado en derecho y con la defensa técnica (formal) que efectúa un licenciado en derecho por ser la persona experta, aptitudes con las que no cuenta la persona de confianza.

⁷El artículo 121 del CNPP hace referencia a la garantía de la defensa técnica y la advierte como: “Siempre que el órgano jurisdiccional advierta que existe una manifiesta y sistemática incapacidad técnica del defensor, prevendrá al imputado para que designe otro...”

Lo particular de esta fracción es el reconocimiento a nivel constitucional de la interacción entre los integrantes de las comunidades y pueblos indígenas con el Estado, elevado a rango de derecho fundamental al citar que estos grupos podrán “acceder plenamente a la jurisdicción del Estado”, considerando la manera de vivir de las comunidades indígenas, en lo que hace a “sus costumbres y especificidades culturales”. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha identificado como un derecho humano el acceso pleno a la jurisdicción del Estado e identifica la asistencia necesaria de por lo menos contar con un traductor práctico, al revestir esta figura una relevancia con su intervención, “toda vez que de la comunicación efectiva y la transmisión de mensajes depende el ejercicio efectivo del derecho de defensa y la posibilidad de evitar una afectación a la esfera jurídica de sus derechos humanos”.⁸

Si la interacción entre un individuo y el Estado tiene como barrera el lenguaje, un intérprete o traductor asume la tarea de la defensa de intereses. A este respecto la Convención Americana de Derechos Humanos, especifica como garantía judicial en el inciso a) del artículo 8.2, que frente a los órganos jurisdiccionales, el inculcado que no entendiere o hablara el idioma del juzgado, tiene el derecho de ser asistido por intérprete o traductor de forma gratuita. Por otro lado, dentro de su Estatuto, la Corte Penal Internacional⁹ agrega en su artículo 67.1, inciso f), que el imputado, además de ser asistido por un intérprete de forma gratuita, tiene derecho “a las traducciones necesarias para satisfacer los requisitos de equidad”.

Sobre esta normatividad el CNPP profundiza en los requisitos de una buena defensa para las comunidades y pueblos indígenas. En sus artículos 45, párrafo segundo y 113, fracción XII, se establece como un derecho del imputado y un deber, obligando al órgano jurisdiccional a garantizar su acceso. En esta legislación se ubica al traductor o intérprete como una pieza elemental para la comunicación, apreciándose una división para las “personas que no hablen o no entiendan el idioma español” y para el caso en que “el imputado no hable o entienda el idioma”, entendiéndose que el derecho es válido para toda aquella persona que participe en las etapas del procedimiento penal. En el aspecto de la defensa, el traductor o intérprete sirve como canal de comunicación para el derecho a la defensa, salvaguardándose el derecho del imputado a nombrar uno de su confianza y para comunicarse con el defensor cuando éste no domine su idioma, así como para la traducción cuando éstos versen en otro idioma a “fin de dar certeza jurídica sobre las manifestaciones del declarante”.¹⁰

⁸PERSONAS INDÍGENAS SUJETAS A PROCESO PENAL. ELEMENTOS BÁSICOS QUE DEBEN SATISFACERSE PARA DESIGNAR A UN TRADUCTOR PRÁCTICO, A FIN DE GARANTIZAR EL DERECHO HUMANO DE ACCESO PLENO A LA JURISDICCIÓN. Jurisprudencia 1a./J. 86/2013 (10a.), en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, libro XXIV, septiembre de 2013, tomo 1, p. 808.

⁹De acuerdo al Estatuto de la Corte, tiene personalidad jurídica internacional y está facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. Tendrá competencia sobre los crímenes de genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión.

¹⁰CNPP, artículo 45, párrafo primero.

Como lo indica la SCJN, el intérprete o traductor, así como el defensor “constituyen parte del derecho fundamental a la defensa adecuada” y ambos “son quienes acercan al órgano jurisdiccional con la especificidad cultural del indígena”.¹¹

No intervención de las comunicaciones privadas entre defensor y detenido o restricción de las mismas entre inculpadados o sentenciados de delincuencia organizada con su defensor

En ejercicio al derecho a la defensa, el defensor debe establecer un vínculo de representación con la persona sujeta a proceso penal con el fin de desplegar una asesoría adecuada. De acuerdo al principio de contradicción y como parte de la estrategia de defensa, es vital que se respete la privacidad entre defensor y acusado. Aunque la intervención de comunicaciones privadas está permitida, con autorización previa ante la autoridad judicial, para el caso de la comunicación con el defensor está expresamente prohibida. En el párrafo décimo tercero del artículo 16 constitucional, se establece que las conversaciones entre defensor y detenido no podrán ser intervenidas, ni aquellas materias que aborden carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo. Esta misma prohibición se encuentra en el artículo 294 del CNPP en donde se ubica cual será el objeto de la intervención de comunicaciones privadas.

En materia de delincuencia organizada en el artículo 18, noveno párrafo, de igual manera se deja a salvo el derecho a la defensa, ya que se permite a las autoridades competentes restringir únicamente las comunicaciones entre terceros con los inculpadados y sentenciados, salvo el acceso a su defensor. Si fuere el caso que se diera intervención en comunicaciones distintas a la de la defensa, bajo el artículo 23 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada (LFCDO), el defensor también tiene actuación, al tener el deber de verificar el contenido de los resultados sobre intervenciones de comunicaciones privadas y solicitar al juez su destrucción si no fueren relevantes.

Además, el CNPP establece que será desde el periodo de custodia, cuando el detenido podrá ejercer su derecho de consultar en privado a su defensor,¹² derecho que de igual manera se extiende para antes y después de las audiencias.¹³ La comunicación entre la defensa y el acusado, es establecida de igual forma por la Convención Americana, en donde se agrega que la comunicación será “de forma libre y privada”,¹⁴ así

¹¹PERSONAS INDÍGENAS. MODALIDADES PARA EJERCER EL DERECHO FUNDAMENTAL DE DEFENSA ADECUADA CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 20., APARTADO A, FRACCIÓN VIII, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Jurisprudencia 1a./J. 61/2013 (10a.), publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, libro 1, diciembre de 2013, tomo I, p. 285.

¹²CNPP, artículo 152, fracción II.

¹³CNPP, artículo 53, párrafo segundo.

¹⁴CADH, artículo 8.2, inciso d).

como en el Estatuto de la Corte Penal internacional, en donde se señala que la comunicación será confidencial.¹⁵

Carga de la prueba para la parte acusadora e igualdad procesal entre la acusación y defensa

En el artículo 20 constitucional, apartado A, fracción V se aborda otro aspecto esencial para la defensa del acusado, mediante el cual se adjudica la responsabilidad de la carga de la prueba al Ministerio Público para demostrar la culpabilidad, así como la igualdad procesal ante la acusación o defensa. Esta fracción plantea dos cuestiones bajo la tesis de los principios generales, toda vez que la actuación de las partes debe ser vista y abordada por el órgano jurisdiccional bajo la óptica de los principios de inmediación y contradicción para preservar la igualdad procesal, pero la carga de la prueba sólo será una obligación para la parte acusadora. La carga de la prueba viene regulada en el artículo 130 del CNPP. Por otro lado, el Estatuto de la Corte Penal Internacional establece como derecho del acusado “a que no se invierta la carga de la prueba, ni le sea impuesta la carga de presentar contrapruebas”¹⁶ y le corresponde al fiscal probar la culpabilidad del acusado.¹⁷

Es importante citar que la CADH no aborda el concepto de la carga de la prueba; sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que la carga de la prueba corresponde tanto al demandante como al demandado, no obstante, cada parte tiene la obligación de probar el hecho al que refiere,¹⁸ por tal motivo es de considerar a la carga de la prueba como “dinámica”.¹⁹ En el “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, la Corte IDH atribuye a la Comisión Interamericana de Derechos humanos, la calidad de demandante, dado que es quien reclama al Gobierno por la desaparición de una persona;²⁰ no obstante, en el “Caso Radilla Pacheco vs.

¹⁵Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 67.1, inciso b).

¹⁶*Ibid.*, artículo 67.1, inciso i).

¹⁷*Ibid.*, artículo 66.2, inciso i).

¹⁸Alirio Abreu Burelli, “La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Memoria del Seminario: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, Corte IDH/Organización de Estados Americanos/Agencia Española de Cooperación Internacional/Gobierno de la República de los Estados Unidos Mexicanos, San José, Costa Rica, 2003, pp. 115 y 123. El autor, bajo su perspectiva de juez de la Corte IDH, apunta que el principio general y clásico sobre la carga de la prueba se expresa en la mayoría de los códigos al disponer que las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Trasladando este concepto de derecho común al derecho internacional cabe señalar que corresponde igualmente a la parte que alega un hecho la obligación de probarlo.

¹⁹Luisa Fernanda Castañeda Quintana, “El contexto como materialización de la prueba indiciaria en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Nueva Época*, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29299.pdf>, p. 102. La autora apunta: “Doctrinariamente la carga dinámica de la prueba es conocida como la posibilidad de trasladar esta carga de probar los hechos a la parte que está en mejores condiciones para hacerlo”.

²⁰Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (Fondo), Honduras, 29 de julio de 1988, párr. 123.

Estados Unidos Mexicanos”, aclara que el Estado tiene la obligación de probar si intenta “el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio”.²¹

En lo que respecta a la igualdad procesal, el artículo 11 del CNPP esclarece la existencia del principio de igualdad entre las partes, garantizando la existencia de condiciones de igualdad y el pleno e irrestricto ejercicio de derechos establecidos tanto en la legislación nacional como en la internacional; no obstante, el término “igualdad” va relacionado con el aspecto “procesal”, lo cual delimita la definición. Los Tribunales Colegiados de Circuito han pronunciado que el principio de igualdad procesal de las partes prevé que todo aquello que se ofrezca como prueba debe admitirse, siempre que sea conducente y no vaya contra el derecho a juicio del juez o tribunal, lo que implica que los medios probatorios que ofrezcan deben valorarse con el mismo estándar o idénticas exigencias de juicio para generar convicción.²²

La CADH establece que toda persona tiene derecho en plena igualdad a las garantías judiciales consagradas en los artículos 8º y 24, que todas las personas son iguales ante la ley y merecen igual protección de la misma. Ante la igualdad entre las partes, la Corte IDH al interpretar el artículo 44 de su Reglamento,²³ identifica al principio del contradictorio y lo caracteriza como aquel principio regente en materia probatoria, que busca respetar el derecho de defensa de las partes y que está inmerso en la “oportunidad en que debe ofrecerse la prueba para que haya igualdad entre las partes”.²⁴ En el mismo sentido, la Corte IDH identifica el principio de igualdad de armas al advertir la posibilidad de desigualdad procesal, por lo que es obligación de los Estados adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses.²⁵

²¹Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (Fondo), México, 23 de noviembre de 2009, párr. 119. En lo esencial, la Corte IDH refiere que si bien corresponde a la parte demandante la carga de la prueba de los hechos en que se funda su alegato, en los procesos sobre violaciones de derechos humanos la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas, cuando es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio.

²²IDENTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA Y ANTECEDENTES PENALES DEL INCUPLADO. SI SE RECABARON OFICIOSAMENTE CON BASE EN LA INTERPRETACIÓN LITERAL DE LOS ARTÍCULOS 296 BIS Y 298 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, SIN PETICIÓN EXPRESA DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PLIEGO DE CONSIGNACIÓN O DURANTE LA INSTRUCCIÓN, Y AL DICTARSE SENTENCIA DEFINITIVA, CON APOYO EN ESOS MEDIOS DE PRUEBA, SE LE NIEGAN LOS BENEFICIOS Y SUSTITUTIVOS PENALES, SE VIOLAN LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD E IGUALDAD PROCESAL DE LAS PARTES. Jurisprudencia I.6o.P J/3 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XXIX, junio de 2015, T. II, p. 1630.

²³Artículo 44. Preguntas durante los debates: 1. Los jueces podrán formular las preguntas que estimen pertinentes a toda persona que comparezca ante la Corte; 2. Las presuntas víctimas, los testigos, los peritos y toda otra persona que la Corte decida oír podrán ser interrogados, bajo la moderación del presidente, por las personas a quienes se refieren los artículos 22, 23 y 24 de este Reglamento; 3. El presidente estará facultado para resolver sobre la pertinencia de las preguntas formuladas y para dispensar de responderlas a la persona a quien vayan dirigidas, a menos que la Corte resuelva otra cosa. No serán admitidas las preguntas que induzcan las respuestas.

²⁴Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del caso *Acosta Calderón vs. Ecuador* (Fondo), México, 24 de junio de 2005, párr. 40.

²⁵*El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999; párr. 119. La sentencia aduce: “Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condicio-

Declaración del acusado rendida sin asistencia del defensor

La fracción II del apartado B del artículo 20 constitucional, “derechos del imputado”, cita que la declaración rendida sin asistencia del defensor carece de valor probatorio. La confesión fue la *prueba reina* del proceso penal para acreditar la culpabilidad del acusado en el sistema inquisitivo mixto y ha sido excluida del nuevo paradigma penal. La toma de declaraciones del acusado, cualquier manifestación sobre los hechos, o diligencia practicada por la autoridad en su persona, da derecho de ser asesorado en privado, por su defensor, antes de cualquier evento.²⁶

La CPEUM al hacer referencia a la declaración de la persona sujeta a proceso penal, determina en su artículo 20, que carecerá de valor probatorio cuando no se haga en presencia de un defensor.²⁷ Por su parte, el artículo 8.3 de la CADH sólo refiere que la confesión se realizara sin coacción, mientras que el artículo 65.1 inciso b) del Estatuto de la Corte Penal Internacional tiene un sentido más garantista al solicitar que la confesión será rendida “tras suficiente consulta con el abogado defensor”. La jurisprudencia de la SCJN señala que el derecho a la defensa adecuada puede ser vulnerado cuando el imputado declara sin la asesoría jurídica de un defensor, declaración que no deberá ser tomada como medio de prueba, con independencia de su contenido, es decir, si tiene efectos perjudiciales hacia la defensa o si vierte elementos de exculpación que pudieran beneficiarle.²⁸

El concepto de confesión no se encuentra más como tal dentro de la Constitución ni en el CNPP. En el artículo 201, relativo al procedimiento abreviado, se da una figura similar en la cual el imputado admita su responsabilidad por el delito que se le imputa. En el derogado artículo 207 del Código Federal de Procedimientos Penales se definía a la confesión como la declaración voluntaria hecha por persona no menor de dieciocho años, en pleno uso de sus facultades mentales, rendida ante el Ministerio Público, el juez o tribunal de la causa, sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación emitida con las formalidades señaladas por el artículo 20 de la Constitución y era admitida en cualquier momento hasta antes de dictar sentencia irrevocable.

El primer contacto del acusado y el defensor que marca el CNPP es desde la detención y a lo largo de todo el procedimiento, por lo que es obligación del Ministerio Pú-

nes de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses”.

²⁶La fracción IV del artículo 113 del CNPP, señala que el imputado tiene derecho a estar asistido de su defensor al momento de rendir su declaración, así como en cualquier otra actuación y a entrevistarse en privado previamente con él. Asimismo, el artículo 115 del mismo ordenamiento cita que: “La intervención del defensor no menoscabará el derecho del imputado de intervenir, formular peticiones y hacer las manifestaciones que estime pertinentes”.

²⁷El artículo 114 del CNPP indica que “El imputado tendrá derecho a declarar durante cualquier etapa del procedimiento. En este caso, podrá hacerlo ante el Ministerio Público o ante el Órgano jurisdiccional, con pleno respeto a los derechos que lo amparan y en presencia de su Defensor”.

²⁸DEFENSA ADECUADA EN MATERIA PENAL. LA ILICITUD DE LA DECLARACIÓN RENDIDA POR EL IMPUTADO SIN LA ASISTENCIA TÉCNICO-JURÍDICA DE UN DEFENSOR PROFESIONAL EN DERECHO, NO ADMITE CONVALIDACIÓN. Jurisprudencia 1a./J. 27/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XVIII, mayo de 2015, T. I, p. 242.

blico en la detención o del órgano jurisdiccional velar por este derecho durante todo el proceso; si se toma la declaración del acusado sin la presencia de un defensor, incurrirían en una falta a las formalidades del debido proceso y como resultado podría sustanciarse la reposición del procedimiento.²⁹

Una vez nombrado el defensor, este último debe entrevistarse con el detenido en privado, solicitando un lugar adecuado para esto,³⁰ para que antes de que rinda su declaración, el defensor pueda acatar sus obligaciones de: comunicarse directa y personalmente para escuchar la versión de los hechos del acusado, hacer de su conocimiento los derechos que le asisten; de las consecuencias jurídicas de los hechos punibles, para recabar y ofrecer los medios de prueba pertinentes, etcétera.³¹ En cuanto a los parámetros de cercanía y actuación del defensor junto con el imputado, el CNPP indica que siempre deberán actuar en conjunto, por ejemplo: desde el ocupar asiento en las audiencias,³² comparecer ambos cuando así lo solicite la autoridad,³³ cuando se practique sobre su persona algún dictamen o pericial en donde se le recolecten muestras³⁴ o cuando se le someta al reconocimiento de personas.³⁵

Acceso a los datos de la investigación para planear la defensa

El artículo 20, apartado B, fracción VI de la Constitución trata sobre el derecho que tiene el imputado y su defensor para que se le dé acceso a los registros de la investigación ante las autoridades, desde que está detenido y antes de declarar o ser entrevistado, con el propósito de preparar la defensa. El CNPP delinea la facilitación de datos como una obligación para el Ministerio Público, dando acceso a la carpeta de investigación cuando así se requiera y ante el órgano jurisdiccional, teniendo derecho a hacerlo antes de la audiencia inicial para tener oportunidad de preparar la defensa.³⁶

²⁹ DETENCIÓN. SI EL MINISTERIO PÚBLICO OBTUVO LA CONFESIÓN DEL INDICIADO EN LA COMISIÓN DEL DELITO, DEBIDO A QUE COMPARECIÓ ANTE ÉL POR ESTAR DETENIDO CON MOTIVO DE DIVERSA AVERIGUACIÓN PREVIA, Y EL JUEZ, PREVIO A RESOLVER SU SITUACIÓN JURÍDICA, NO RECABA LAS CONSTANCIAS QUE AVALAN LA LEGALIDAD DE AQUÉLLA Y DE LA PUESTA A DISPOSICIÓN CORRESPONDIENTE, CON EL OBJETO DE VERIFICAR QUE NO SE VIOLARON SUS DERECHOS HUMANOS Y QUE SU CONFESIÓN LA RINDIÓ LIBRE Y ESPONTÁNEAMENTE, ELLO CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN A LAS LEYES DEL PROCEDIMIENTO QUE AMERITA SU REPOSICIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). Jurisprudencia IV.Io.P. J/6 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XXI, agosto de 2015, T. II, p. 1966.

³⁰ CNPP, artículo 125.

³¹ CNPP, artículo 117 “Obligaciones del Defensor”.

³² El segundo párrafo del artículo 56 del CNPP como excepción señala que: “El imputado asistirá a la audiencia libre en su persona y ocupará un asiento a lado de su defensor. Sólo en casos excepcionales podrán disponerse medidas de seguridad que impliquen su confinamiento en un cubículo aislado en la sala de audiencia, cuando ello sea una medida indispensable para salvaguardar la integridad física de los intervinientes en la audiencia.”

³³ CNPP, artículo 92, primer párrafo

³⁴ CNPP, artículo 270, párrafo tercero.

³⁵ CNP., artículo 277, párrafo tercero.

³⁶ La obligación del Ministerio Público radica en el artículo 377, cuarto párrafo y la del juez en el artículo 219, primer párrafo del citado Código.

El artículo 8.2 inciso c) de la CADH, engloba lo anterior al citar que es derecho del imputado la concesión de tiempo y de los medios adecuados para preparar su defensa. En el aspecto probatorio, el artículo 67.2 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, resulta ser más proteccionista al establecer como obligación del fiscal, la divulgación al defensor de pruebas que obren en su poder o estén bajo su control y que, a su juicio, indiquen o tiendan a indicar la inocencia del acusado, o a atenuar su culpabilidad, o que puedan afectar la credibilidad de las pruebas de cargo.

La Corte IDH señala como derechos fundamentales contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, previsto en el artículo 8.2 inciso c) de la Convención, que obliga al Estado a permitir el acceso del inculcado al conocimiento del expediente que se lleva en su contra. Asimismo, se debe respetar el principio del contradictorio, que garantiza la intervención de aquél en el análisis de la prueba.³⁷

Solicitud de ampliación del plazo para ser juzgado en uso del ejercicio del derecho a la defensa

El artículo 20, apartado B, fracción VII de la CPEUM, abarca los supuestos y tiempos en que podrá ser juzgado el acusado, mismos que se podrán extender por cuestiones que involucren el ejercicio del derecho de defensa. La fracción IX de este mismo apartado, prevé lo mismo, pero en cuestiones de prisión preventiva y su aplazamiento al prolongarse dicho derecho. El CNPP, cita lo mismo que la Constitución, en sus artículos 113 y 165. La solicitud de mayor plazo debe referirse a que la defensa se encuentra recabando su cúmulo probatorio y que por tal motivo, solicita una dilación para preparar una estrategia de defensa al no contar con la totalidad de sus pruebas o puede ser el caso de que la defensa haya interpuesto algún recurso en contra de los actos de las autoridades y éste tarde en sustanciarse. Al respecto, los Tribunales Colegiados de Circuito se han pronunciado sólo en cuanto al aspecto probatorio y ha asentado que cuando se solicite mayor tiempo para su defensa, se ampliará por el término necesario para desahogar las pruebas ofrecidas.³⁸

El artículo 8.2 inciso c) de la CADH, engloba lo anterior al citar que es derecho del imputado la concesión de tiempo. A este respecto, la Comisión Interamericana ha señalado que lo que constituye un “tiempo adecuado” depende de las circunstancias de cada caso, pero los medios deben incluir el acceso a los documentos y demás testimonios que el acusado necesite para preparar su defensa.³⁹

³⁷Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del caso Oscar Barreto Leiva vs. la República Bolivariana de Venezuela, México, 24 de junio de 2005, párr. 40.

³⁸INSTRUCCIÓN. SI EL JUEZ DE LA CAUSA DECLARA CERRADA ESA ETAPA PROCESAL SIN HABER EMITIDO EL ACUERDO QUE ANUNCIA QUE ESTÁ POR CONCLUIR EL PLAZO RELATIVO DENTRO DEL PROCEDIMIENTO ORDINARIO, ELLO CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN A LAS LEYES DEL PROCEDIMIENTO PENAL EN TÉRMINOS DE LA FRACCIÓN VIII DEL ARTÍCULO 160 DE LA LEY DE AMPARO, QUE AMERITA SU REPOSICIÓN, NO OBSTANTE QUE EL INculpADO O SU DEFENSOR HAYA SOLICITADO EL CIERRE DE AQUÉLLA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUERRERO). Jurisprudencia XXI.2o.PA. J/16, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, T. XXVI, octubre de 2007, p. 3030.

³⁹Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso de Oscar Barreto Leiva vs. la República Bolivariana de Venezuela”, 17 de noviembre de 2009, párr. 54.

Designación de la defensa y obligación de ejercerla adecuadamente

La defensa adecuada tiene su fundamento en el artículo 20 constitucional, apartado B, fracción VIII. Esta será desempeñada por abogado particular o defensor público, designado libremente por el acusado desde su detención y tendrá la obligación de participar en todos los actos del proceso relativos al acusado. El CNPP estipula como alternativa ante la negativa del acusado para designar un defensor, que la autoridad responsable le asigne un defensor público; sin embargo, el artículo 67.1 inciso d) del Estatuto de la Corte Penal Internacional atiende a otra alternativa para la designación de un defensor público, siempre que el interés de la justicia lo exija y si careciere de medios suficientes para pagarlo.

Se reconoce que al ser representado el acusado no pierde el derecho a su defensa, ni a realizar manifestaciones dentro del proceso; sin embargo, en ocasiones esto tiene problemas para materializarse, ya que el CNPP no contempla dualidad entre la figura del acusado con la del defensor. El CNPP mediante su regulación en los artículos 17 “Derecho a una defensa y asesoría jurídica adecuada e inmediata” y 115 “Designación de defensor”, pone de manifiesto la necesidad de contar con un licenciado o abogado titulado y con cedula profesional, quien de no cumplir con diligencia su encargo podrá ser sustituido. El artículo 66, primer párrafo del Estatuto de la Corte Penal Internacional lo contempla de la misma manera al citar que “en las audiencias, el imputado podrá defenderse por sí mismo y deberá estar asistido por un licenciado en derecho o abogado titulado que haya elegido o se le haya designado como defensor”.

La permanencia y asistencia del defensor dentro las etapas del procedimiento penal es crucial. El CNPP regula estrictamente esta situación para proteger el derecho a la defensa estableciendo reglas para su constante permanencia. Por ejemplo, en el caso de faltar a la etapa de juicio oral, ya sea porque el defensor se enferme en extremo, muera o se encuentre en un estado de incapacidad permanente, se otorga un plazo de 10 días naturales cuando el defensor no pueda ser reemplazado inmediatamente.⁴⁰

La CADH menciona como derecho irrenunciable tener un defensor como lo hace también el CNPP en el artículo 17 al definir a la defensa “como un derecho fundamental e irrenunciable”. El artículo 57 del CNPP prohíbe al defensor la renuncia del cargo conferido al estar en audiencia o al ser notificado, y si se ausentara sin causa justificada se le impondrá una multa y se le reemplazará de forma inmediata por otro defensor, quien podrá solicitar máximo 10 días para la adecuada preparación de la defensa.

En seguimiento a la defensa adecuada y técnica, ésta no nada más redundaría en ser abogado o licenciado en derecho y asesorar y representar de manera especializada al acusado a lo largo de las etapas del procedimiento, si no que implica, además de no ser defensor común al representar a más de un acusado si advierte incompatibilidad de intereses entre ellos,⁴¹ a asistir al representante de una persona jurídica en todos los actos del procedimiento,⁴² etcétera.

⁴⁰CNPP, artículo 351, fracciones IV y V.

⁴¹El artículo 124 del CNPP menciona que la defensa de varios imputados en un mismo proceso por un defensor común no será admisible, a menos que se acredite que no existe incompatibilidad ni conflicto de intereses de las defensas de los imputados.

⁴²CNPP, artículo 423, párrs. primero y segundo.

El CNPP si bien expone la interacción del acusado con el defensor desde el momento de su detención, también indica que habrá participación del defensor aun cuando el imputado no sea identificado. El artículo 305, cuarto párrafo del CNPP, contempla la obligación que tiene la autoridad de nombrar a un defensor público para que intervenga en las audiencias.

Otro aspecto relevante del CNPP, es de que la defensa perdurará hasta después de dictarse sentencia. En las figuras de “anulación de sentencia” y “reconocimiento de inocencia” que contempla el CNPP, el derecho de la defensa subsiste, cuando el sentenciado se crea con derecho a obtener el reconocimiento de su inocencia o la anulación de la sentencia y para tal efecto tiene que nombrar a un defensor y si no lo pudiere hacer por cualquier motivo, la autoridad judicial está obligada a designarle a un defensor público.⁴³

Las obligaciones y restricciones para los defensores, se fijan por igual a los de índole pública y particular. La más común de las restricciones en la que pueden incurrir es en el abandono de la defensa, por el cual podrán ser acreedores a una sanción administrativa y/o una penal.⁴⁴ La Constitución cita un límite especial para el defensor particular en el artículo 20, apartado B, fracción IX al señalar que se prolongará la prisión o detención por falta de pago de honorarios de defensores.

Derecho a la recepción de pruebas e interrogar testigos

El artículo 20, apartado B, fracción IV, contempla el derecho del imputado a ofrecer y que sean admitidos los testigos y demás pruebas pertinentes, auxiliándolo para poder obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicitó. La fracción IX, del artículo 113 del CNPP, además de lo dispuesto en la Constitución, agrega que se auxiliará al acusado cuando “no pueda presentar directamente” a los testigos.

El CNPP, en su numeral 90, aduce que es una obligación presentarse ante las autoridades y que será por medio de un citatorio la solicitud de comparecencia, mismo en el que vendrá el apercibimiento de la imposición de un medio de apremio en caso de incumplimiento. Para los testigos es obligatoria su comparecencia, y en el caso de que no se presentara a la citación o haya temor fundado de que se ausente o se oculte, se le hará comparecer en ese acto por medio de la fuerza pública sin necesidad de agotar ningún otro medio de apremio.⁴⁵

La CADH, en su artículo 8.2 inciso f), atribuye a la defensa el derecho de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y obtener la comparecencia, por igual, de peritos y de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos. El artículo 67.1 inciso e),

⁴³El artículo 487 del CNPP dispone que la “anulación de la sentencia” se hará cuando “el sentenciado considere que ya fue juzgado por los mismos hechos en juicios diversos o cuando una ley se derogue, o se modifique el tipo penal o en su caso, la pena por la que se dictó sentencia o la sanción impuesta”; y el artículo 488 “Solicitud de declaración de inocencia o anulación de la sentencia” es el que fundamenta, en su párrafo tercero, la conveniencia de nombrar a un licenciado en Derecho o un abogado con cédula profesional como defensor en este procedimiento, conforme a las disposiciones conducentes de este Código; si no lo hace, el Tribunal de alzada le nombrará un defensor público.

⁴⁴CNPP, artículo 57, párrafo sexto.

⁴⁵CNPP, artículo 364.

del Estatuto de la Corte Penal Internacional, resulta ser más específico al mencionar quién puede practicar la diligencia de interrogar y que tipos de testigos pueden ser interrogados, al aducir que el acusado tiene “derecho de interrogar o de hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”.⁴⁶

Garantía jurisdiccional del derecho a la defensa técnica y adecuada

El efecto de omitir cualquier formalidad esencial del procedimiento, podría ser combatido a través de los recursos judiciales efectivos y pertinentes, lo que trae como resultado una “reposición del procedimiento”.⁴⁷ En el Código Federal de Procedimientos Penales,⁴⁸ aún vigente para aquellos asuntos previos al inicio en vigor de la reforma de 2008, los artículos 386, 387 y 388 prevén la reposición ante una inadecuada defensa, al indicar que la reposición del procedimiento se decretará a petición de parte. En el Código Nacional de Procedimientos Penales, la reposición es considerada como un “efecto de la apelación por violaciones graves al debido proceso”, siempre y cuando en el recurso de apelación el tribunal de alzada haya determinado violaciones a derechos fundamentales,⁴⁹ y dentro de las causales de reposición contempla de una forma abreviada lo visto en el Código Federal de Procedimientos Penales, cuando se hubiere violentado el derecho de defensa adecuada o de contradicción, especificando que siempre y cuando trascienda la afectación en la valoración del Tribunal de Enjuiciamiento.⁵⁰

Podemos observar que el derecho a la defensa necesita de un momento oportuno para ser ejercido y esto se concreta en los momentos procesales en donde el defensor y el acusado pueden hacer uso de la voz, es decir, en las audiencias. La garantía de audiencia, establecida en el 14 constitucional, se vale para su subsistencia del derecho a la defensa

⁴⁶Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 67.1, inciso e).

⁴⁷REPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO. EL ARTÍCULO 430 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN LA PORCIÓN NORMATIVA QUE ESTABLECE QUE NO SE DECRETARÁ DE OFICIO, ES INCONVENCIONAL Y DEBE INAPLICARSE. Tesis Jurisprudencial I.7o.P J/2 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XVII, abril de 2015, T. II, p. 1590. Este criterio permite observar la interacción entre el derecho a la defensa y el debido proceso al citar que: “Lo anterior, porque a diferencia de la legislación procesal penal federal, el citado artículo 430 no prevé la posibilidad de que el tribunal de apelación ordene reponer el procedimiento para el caso de encontrar alguna violación manifiesta en éste que haya dejado sin defensa al procesado. Por ende, si la condición de validez de toda sentencia penal radica en el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento y en el ejercicio pleno del procesado de su derecho a la defensa, al establecer dicha prohibición, el legislador impide que cualquier acto u omisión acaecido durante el procedimiento que cause perjuicios al sentenciado pueda invocarse por la alzada como violación procesal, lo cual transgrede en su perjuicio los mencionados derechos fundamentales de defensa y debido proceso.”

⁴⁸Última reforma en el *Diario Oficial de la Federación*: 12-01-2016. Este Código quedará abrogado por lo dispuesto en el artículo tercero transitorio del CNPP (DOF: 05-03-2014)

⁴⁹CNPP, artículo 480.

⁵⁰CNPP, artículo 482. Este numeral indica en su último párrafo que: “La reposición total de la audiencia de juicio deberá realizarse íntegramente ante un tribunal de enjuiciamiento distinto. Tratándose de la reposición parcial, el Tribunal de alzada determinará si es posible su realización ante el mismo órgano jurisdiccional u otro distinto, tomando en cuenta la garantía de la inmediación y el principio de objetividad del órgano jurisdiccional, establecidos en las fracciones II y IV del apartado A del artículo 20 de la Constitución y el artículo 9o. de este Código”.

que se ejercita ante un posible acto de privación de otro derecho fundamental y que sirve para exhortar a las autoridades a dar atención a las formalidades del procedimiento.⁵¹

La Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han identificado al debido proceso legal en su jurisprudencia como un derecho. Es necesario resaltar que la SCJN ha determinado que las formalidades esenciales del procedimiento se dividen en 4 rubros, que en conjunto integran a la garantía de audiencia: “(i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar y (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas”.⁵² De esta manera podemos observar que la garantía de una defensa adecuada y oportuna, de forma intrínseca, protege a todos los derechos fundamentales contenidos en la Constitución, toda vez que al ejercitarse cada uno de ellos ante las autoridades, éstas deberán atender a lo dispuesto en la ley, para hacerle del conocimiento al titular del derecho trasgredido sobre el acto de molestia, para que éste pueda defenderse bajo la óptica de los principios de contradicción e intermediación y por ende, se emita un fallo, fundado y motivado, declarando el cambio o no de situación jurídica.

En el ámbito internacional la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha formulado comentarios sobre la jurisprudencia arriba expuesta, puntualizando que las formalidades de proceso son las que garantizan una defensa adecuada y oportuna y que refieren al alcance de la garantía de audiencia.⁵³ Por su parte, la Corte IDH, ha puntualizado que el debido proceso se traduce centralmente en las “garantías judiciales” reconocidas en el artículo 8 de la Convención Americana y que refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado.⁵⁴

La defensoría pública: institución pública encargada de garantizar la defensa adecuada

El artículo 17 de la CPEUM fue adicionado en 2008 con un último párrafo que obliga a la Federación, los Estados y el Distrito Federal a establecer, como garantía del derecho a la defensa adecuada, una defensoría pública de calidad, integrada por defensores que go-

⁵¹ FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO. Jurisprudencia P/J. 47/95, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, tomo II, diciembre de 1995, p. 133. En lo particular, este criterio asienta que: “La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga “se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento”.

⁵² DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO. Tesis Jurisprudencial 1a./J. 11/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 3, febrero de 2014, T. I, p. 396.

⁵³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 49/99, caso “11.610”, “Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz”, México, 13 de abril de 1999, párrs. 51 y 52.

⁵⁴ Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidades de protección internacional. Opinión Consultiva 21/14, de 19 de agosto de 2014. Serie A, núm. 21, párrs. 109 y 110.

zarán de un servicio profesional de carrera y para quienes sus percepciones no pueden ser inferiores a las de un agente del Ministerio Público. Su objetivo principal está dirigido a garantizar el principio de contradicción en el sistema procesal penal acusatorio y oral, especialmente para la población con menores ingresos que no puede pagar un abogado y que por lo tanto su garantía de acceso a la justicia puede verse vulnerada.

La Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de *defensoría pública de calidad* para la población y asegurarán las condiciones para un *servicio profesional de carrera* para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público.

El nuevo sistema penal mexicano tiene como uno de sus sujetos procesales más relevantes al defensor y dada la configuración socioeconómica de la población, la gran mayoría de éstos tiene el carácter de público. Además de lo anterior, se considera como un elemento indispensable para reducir las tensiones del proceso penal, que cualquier persona, independientemente de su raza, posición social, género o preferencias políticas, acceda a un procedimiento equitativo, sin que sus circunstancias personales tengan una repercusión negativa en la capacidad para defenderse.

La nueva redacción del artículo 17 constitucional en la materia no ha estado exenta de críticas por lo escueto de su descripción institucional. El magistrado Esquinca Muñoa señala que el texto carece de información sobre los principios básicos de la institución, que obligarían a las entidades federativas a garantizar la eficacia y eficiencia de los servicios de las defensorías, tales como su ubicación, estructura, independencia técnica y operativa, o suficiencia presupuestal, entre otros.⁵⁵ En general, a pesar de existir desde el año de 2008 la obligación de contar con una defensoría pública de calidad y un servicio de carrera para los defensores públicos, lo cierto es que no se ha desarrollado un paradigma institucional que establezca adecuadamente cuál debe ser el modelo institucional que deben seguir las defensorías públicas.⁵⁶

En el sistema interamericano de derechos humanos también se incluye la figura del defensor público como una obligación estatal. El artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su párrafo segundo, incluye varios incisos que perfilan esta idea; por ejemplo, conforme al inciso d), el inculcado tiene derecho de “defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor” (derecho a la defensa), mientras que el inciso e) consagra su “derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley (derecho a un defensor público)”.⁵⁷

⁵⁵César Esquinca Muñoa, *La defensoría pública federal*, México, Porrúa, p. 314.

⁵⁶Héctor Fix Fierro y Alberto Abad Suárez Ávila, “Hacia una defensa pública de calidad. Diagnóstico del desempeño de las defensorías públicas en las entidades federativas”, en *Cuestiones Constitucionales*, III-UNAM, núm. 32, enero-junio, 2015, pp. 157-200.

⁵⁷CADH, artículo 8, párrafo segundo.

Desde su fundación en 1999, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) ha publicado diversos estudios e informes sobre el proceso de transformación en el sistema penal, incluyendo a la defensoría pública. El informe de 2002 abordó la problemática de la instauración del sistema de defensa pública en Chile, posterior a la entrada en vigor del Código de Procedimientos Penales, porque el país andino carecía de tal institución, así como de la lentitud para implementarlo en todas las regiones del país. La mayor preocupación respecto al desempeño de los defensores se encontraba en la escasa vocación por contradecir los hechos presentados por la fiscalía.⁵⁸ En el informe de 2004 se incluyó el estudio de los casos de Argentina, Bolivia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras y Venezuela; donde en general, se apreció un aumento en el número de defensores de oficio y en la creación de instituciones, así como en los recursos destinados a su actividad.⁵⁹ El *Diagnóstico de la defensoría pública en América* (DDPA) de 2012⁶⁰ compara a las defensorías públicas de cada uno de los países miembros de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF). La visión general que dicho diagnóstico presenta es que en los países que conforman la AIDEF, los textos constitucionales garantizan los derechos fundamentales relativos al acceso a la justicia. Asimismo, dichos países cuentan con instituciones dedicadas de forma exclusiva a la defensoría pública, con un ámbito de intervención nacional, cuyas facultades y obligaciones se encuentran reguladas en una ley (Brasil) o en un reglamento (Panamá). Algunas de ellas son de reciente creación, varias están fuertemente ligadas al Poder Judicial y algunas más cuentan con una incipiente autonomía. En su mayoría las defensorías públicas cuentan con una asociación que aglutina a los defensores públicos del país que permite dar información sobre sus actividades. A pesar de la estructura institucional que respalda a cada una de las defensorías, la mayoría de ellas no cuenta con escuelas dedicadas a la formación de defensores públicos (Costa Rica), ni con criterios claros para acceder, permanecer y ascender en dicho puesto.

Sobre las materias en que la defensoría pública puede intervenir, el espectro se reduce, en la mayoría de los casos, a la materia penal (incluye justicia para adolescentes). No obstante, existen excepciones: Brasil, por ejemplo, presta el servicio de defensoría de forma integral. Otros países prestan servicios en materia civil, familiar e incluso administrativa (Venezuela). En el caso de México, existe una larga tradición en la cual las defensorías públicas prestan otros servicios de asesoría jurídica distintos a los de la defensa pública, aunque con la reforma actual, los recursos y la atención se han volcado hacia la atención penal.

El Diagnóstico exhibió el desequilibrio existente entre la defensoría pública, el Ministerio Público y el Poder Judicial. El primer problema se encuentra en términos presupuestales, ya que en todos los casos la defensoría pública tiene asignado un monto inferior al de los otros sujetos procesales: por ejemplo para Bolivia, el presupuesto de

⁵⁸Véase Cristián Riego, “Informe comparativo proyecto ‘Seguimiento de los procesos de reforma judicial en América Latina’”, *Sistemas Judiciales*, Santiago de Chile, año 2, núm. 3, agosto de 2002, pp. 24 y 25.

⁵⁹Mauricio Duce, Cristián Riego y Juan Enrique Vargas (eds.), *Reformas procesales penales en América Latina: discusiones locales*, Santiago de Chile, CEJA, 2005.

⁶⁰Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, *Diagnóstico de la Defensoría Pública en América*, 2012, disponible en <http://www.aidef.org>.

la defensoría alcanza sólo el 5.6 por ciento del asignado al Ministerio Público. Los sueldos de los sujetos procesales, es decir, de los defensores públicos, agentes del Ministerio Público y jueces, es bastante desigual; empero, en algunos casos el sueldo del defensor viene a ser el mismo que el de su contraparte, el agente del Ministerio Público (México). Un problema adicional es que el número de defensores públicos con relación al número de habitantes es inferior incluso a la proporción de jueces. A pesar de todas estas deficiencias, la defensoría pública llega a intervenir, por lo menos en materia penal, hasta en un 90 por ciento del total de los casos que se presentan (Uruguay).

Caso Ruano Torres y otros *vs.* El Salvador (2015). Los parámetros de la defensa pública en América Latina

En el caso “Ruano Torres y otros *vs.* El Salvador” resuelto por la Corte IDH en octubre de 2015 se establecen por primera vez algunos de los parámetros sobre los cuales debe realizarse una defensa técnica adecuada en América Latina. Los hechos del caso se refieren a la vinculación a proceso, detención y posterior condena de José Agapito Ruano Torres por el delito de secuestro cometido el 22 de agosto de 2000, con serias dudas sobre si él era efectivamente la persona apodada “El Chopo” y respecto de la cual se alegaba que había participado en la comisión del delito. La condena emitida por la Corte IDH declaró responsable internacionalmente a la República de El Salvador entre otros, por la violación del derecho a la defensa y a ser oído con las debidas garantías 8.1, 8.2, 8.2. d), 8.2. e) y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de José Agapito Ruano Torres.⁶¹

Dada la importancia que tiene esta sentencia se analizan los párrafos que contienen las interpretaciones jurisprudenciales que realizó la Corte IDH por primera vez respecto de la institución de la defensoría pública en la región y sus obligaciones para poder garantizar adecuadamente el derecho a una defensa técnica. Se hace un comentario en referencia con el caso mexicano para poder comparar la situación actual en la que se encuentra la defensoría pública en México respecto de estos parámetros.

El derecho a la defensa es un componente central del debido proceso que obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo

Es indispensable para la construcción de sistemas penales que garanticen la prevalencia de los derechos humanos y que el sujeto procesado sea en todo momento tratado con dignidad. Eso requiere reconocerlo como un ser humano, una persona que se en-

⁶¹Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Ruano Torres y otros *vs.* El Salvador”, Sentencia de 5 de octubre de 2015 (Fondo, reparaciones y costas).

cuentra en una situación procesal especial frente al Estado y a la sociedad, pero por la cual en ningún momento pierde su dignidad. Es importante que la sentencia señale que es un sujeto del proceso para evitar su objetivación, respetando siempre su capacidad de comunicarse y defenderse, así como de proteger sus propios intereses y bienes jurídicos sin quedar éstos de ninguna manera expuestos sin que medie previamente un juicio justo en donde se respeten sus derechos y garantías.

El derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena

El derecho a la defensa comienza desde el primer momento en el cual es señalada la posible participación de una persona en el hecho punible y concluye hasta que se extinguen los últimos efectos de una posible sentencia. En el sistema procesal anterior el énfasis, si puede decirse de esta forma, de la representación en materia penal estuvo puesto en la etapa de juicio, siendo que durante momentos relevantes como la detención, la declaración preparatoria y la confesión la persona se encontró sin posibilidad de asesoría jurídica y representación. Como se platicó en el apartado anterior, existen en el nuevo paradigma procesal penal una serie de controles, prohibiciones y facultades orientados a cuidar los principios de presunción de inocencia y contradicción que protegen de mejor forma al acusado que abarcan desde el primer momento. Un punto adicional a destacar es que aun las personas sentenciadas y condenadas cuentan con el derecho a su defensa por lo cual hasta en tanto no se extingan los últimos efectos de la pena, tienen garantizado el acceso a la defensa para la búsqueda de beneficios procesales que les brinde la ley, interposición de recursos y protección de sus derechos humanos.

La institución de la defensa pública, a través de la provisión de servicios públicos y gratuitos de asistencia jurídica permite compensar adecuadamente la desigualdad procesal en la que se encuentran las personas que se enfrentan al poder punitivo del Estado, así como la situación de vulnerabilidad de las personas privadas de libertad, y garantizarles un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios

Este principio establece uno de los orígenes más relevantes de la defensoría pública referente a apoyar a quienes no cuentan con los recursos económicos para la defensa penal, quienes según datos recabados alcanzan en algunos lugares más del noventa por ciento de la población. En países como los Estados Unidos de América, el origen de la defensoría pública se da por una situación de indigencia, como lo muestra el famoso caso “Gideon v. Wainwright”, que dio origen a la obligación de los Estados de proporcionar ellos también un servicio de defensoría pública. En México los servicios gratui-

tos de defensa penal no se encuentran limitados a la población vulnerable económicamente ni dependen de estudios socioeconómicos, sino que se prestan de forma universal, para todo aquel integrante de la población que lo requiera. El acceso gratuito de forma universal a la defensa pública es un tema que podría ser debatido en el futuro en tanto la defensa pública acusa problemas presupuestales y ha tenido un incremento importante en los temas que atiende. Pese a lo anterior determinar una tasa-ción de los servicios es complicado, ya que plantea una serie de disyuntivas respecto a lo equitativo que sería eso. Por ejemplo, podríamos pensar que si bien una persona que tiene ingresos altos puede pagar los servicios, también es cierto que su contribución a las finanzas públicas puede ser mayor y por lo tanto considerar un acto discriminatorio el cobro del servicio. Otro de los temas que podría aparecer se relaciona con el principio de presunción de inocencia. Por ejemplo, ¿es justo cobrar por los servicios a una persona inocente? ¿Es justo en cambio no cobrar a alguien que resulta culpable y que con su actividad generó un daño social? Hasta en tanto esos temas no se discutan a profundidad, la opción de un acceso universal que ha tomado el Derecho mexicano parece evitar otro tipo de injusticias, aun cuando el paradigma en otros lugares restringa el acceso a las defensorías públicas solamente a la población necesitada.

Nombrar a un defensor de oficio con el solo objeto de cumplir con una formalidad procesal equivaldría a no contar con defensa técnica. Es imperante que dicho defensor actúe de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evite así que sus derechos se vean lesionados y se quebrante la relación de confianza

Por mucho tiempo una queja que existió respecto de las defensorías públicas es que los defensores de oficio no hacían nada. La anécdota que se cuenta en diversos juzgados es que el defensor público pasaba al finalizar la jornada solamente a firmar lo que el secretario le pedía. El principio de contradicción y el principio de inmediación permiten que los actos procesales se realicen ahora con la presencia permanente de los sujetos procesales, lo que reduce la simulación de la representación penal que causó múltiples problemas en el pasado. El defensor de oficio anteriormente, más que un defensor, fue en muchas ocasiones el validador de la labor del Ministerio Público o del juez en la construcción de expedientes. Al día de hoy existen diversos controles que permiten que el nombramiento del defensor público no sea una formalidad procesal nada más. Entre ellos está la obligación de la representación en todos los actos procesales y demás obligaciones que se analizaron en el apartado anterior. Pero además se contienen otro tipo de controles dentro de las defensorías públicas como la posibilidad de que el defensor sea removido a petición del usuario, el seguimiento de un control de gestión sobre la ejecución efectiva de sus obligaciones y las capacidades de supervisión de los superiores jerárquicos.

Puede configurarse la responsabilidad estatal “si la defensa pública incurre en omisiones o fallas que de manera evidente permitan concluir que no brindó un patrocinio efectivo”

La sentencia da un paso importante en reconocer la responsabilidad estatal en caso de que existan omisiones o fallas evidentes en el patrocinio. El Derecho mexicano, por una distorsión histórica hasta el momento, sigue centrado en la figura del defensor público y se han construido pocos controles de responsabilidad respecto de las defensorías públicas. Si bien es cierto que el patrocinio directo corre a cargo del defensor público, lo cierto es que la defensoría pública es la que en última instancia debe responder por una defensa técnica adecuada. A cargo de ella corren temas como la instauración de un servicio civil de carrera que seleccione, capacite, promueva, aliente y sancione a los defensores públicos. También tiene la necesidad de un control de gestión eficiente que le permita organizar sus recursos humanos, materiales y financieros en la persecución de sus finalidades. Además, cuenta con fortalezas políticas que le permiten negociar frente a otros sujetos públicos sus necesidades presupuestales, y establecer su legitimidad social, entre otras cosas. Es necesario aún transitar hacia un modelo de responsabilidad de las defensorías públicas y señalar claramente que en última instancia, pese a las deficiencias y la responsabilidad que le toca a cada defensor público, es la institución la que debe responder por un adecuado servicio.

Es necesario que la institución de la defensa pública, como medio a través del cual el Estado garantiza el derecho irrenunciable de todo inculcado de delito de ser asistido por un defensor, sea dotada de garantías suficientes para su actuación eficiente y en igualdad de armas con el poder persecutorio

Las defensorías públicas no son solamente oficinas de recursos humanos que contratan defensores. Su labor es mucho más profunda e incluye una serie de facultades para que pueda proveer servicios de defensa integrales. Además de la ya mencionada necesidad de servicios civiles de carrera y control de gestión adecuados es indispensable que cuenten con el acceso a servicios periciales que permitan contradecir la teoría del caso de la acusación. En el caso mexicano aún falta por construir servicios periciales independientes a los cuales puedan tener acceso las defensorías públicas. Otro tema relevante al respecto es que cuenten con la autonomía técnica y operativa necesaria para realizar su labor, ya que en muchas ocasiones la sumisión a la autoridad ejecutiva, judicial o a sus políticas públicas provoca que no se encuentren en igualdad de armas.

El Estado no puede ser considerado responsable de todas las fallas de la defensa pública, dada la independencia de la profesión y el juicio profesional del abogado defensor

Cierto es que el Estado no puede tener responsabilidad completa por las fallas de la defensa pública dado que el defensor público es un individuo en el ejercicio libre de la profesión y por lo tanto, es también responsable del alcance de su labor. Definir cuándo la responsabilidad es del Estado y cuándo la responsabilidad recae en el defensor público es una tarea compleja. En México las leyes de las defensorías públicas establecen un apartado de sanciones para los defensores públicos. Por ejemplo, existe responsabilidad para el defensor público cuando abandona la causa o no se presenta a las audiencias que tiene a su cargo. También existe responsabilidad cuando no actúa con diligencia en la defensa. Las leyes penales establecen responsabilidad frente al delito de prevaricación, aun cuando no es común que se presente una denuncia al respecto. Sin embargo, es importante reconocer que en última instancia es responsabilidad del Estado que se garantice la defensa adecuada a un procesado aun frente a un defensor deficiente. Para esto se le han dado herramientas a las defensorías públicas como la posibilidad de sustituir a un defensor público, a petición del usuario o por iniciativa propia de la defensoría, e incluso a otros sujetos jurídicos como los jueces quienes, advirtiendo la deficiencia en la defensa, pueden solicitar su remoción, así como encontrarse impedidos para celebrar audiencias si el defensor público no se presenta.

Como parte del deber estatal de garantizar una adecuada defensa pública, es necesario implementar adecuados procesos de selección de los defensores públicos, desarrollar controles sobre su labor y brindarles capacitaciones periódicas

El deber estatal respecto a la defensoría pública va más allá del tema de la defensa concreta. El deber es de diseño institucional, financiamiento, control y capacitación, entre otros. En el caso de la reforma constitucional al artículo 17 en México, esta obligación se ve reflejada en la necesidad de crear un servicio civil de carrera para los defensores públicos del país. Las defensorías públicas desde el año de 2008 hasta la fecha se han ido reformado para contar con un perfil que permita atender en su gran mayoría la representación penal, para lo cual han necesitado incrementar su personal, capacitarlo y generar controles de gestión. La forma en la que esto se ha hecho ha sido gradual y diferenciada en las diferentes entidades federativas del país. Mientras que en prácticamente todas ellas se ha vivido un aumento en los salarios que perciben los defensores públicos, la construcción de un servicio civil de carrera efectivo ha sido más complicada. Los procesos de selección tienden a ser más abierto y transparentes, con convocatorias públicas. El tema de la capacitación también ha sido fuerte con la participación de agencias nacionales e internacionales para ello; sin embargo, no siempre ha sido la capacitación que se requiere, ni de forma horizontal. A su manera, cada

defensoría pública ha asumido un control de gestión, utilizándose en algunos casos los avances tecnológicos más recientes.

El caso “Ruano Torres *vs.* El Salvador” permite a los países de la región tener mayor claridad en los principios que debe seguir la labor de las defensorías públicas, en la responsabilidad que tiene el Estado frente a ellas, así como en los límites de la responsabilidad del defensor público. Dado que aún nos encontramos lejos de un paradigma regional de cómo deben construirse institucionalmente las defensorías públicas es indispensable que estos principios se retomen a la brevedad por las instituciones de defensorías públicas mexicanas y latinoamericanas. Urge que los tribunales en América Latina y en México específicamente retomen estos principios para generar una jurisprudencia que se dirija a normar las defensorías públicas, ya que actualmente se encuentran limitadas a regular a la defensa penal.

Derechos de las víctimas u ofendidos en el proceso penal acusatorio

Introducción

El tema de la Justicia Penal es parte importante de nuestro debate político y público. La dificultad que representa el cambio de modelo de justicia penal en la práctica del Derecho es elevada, aun cuando la construcción de políticas públicas suele ser relativamente sencilla cuando existe un Estado Constitucional de Derecho. Al tratarse de los derechos de las víctimas y ofendidos del delito la complejidad es mayor debido a la ausencia de mecanismos institucionales que garanticen esos derechos.

La voluntad política juega un papel definitivo para insertar los cambios jurídicos en las instituciones y en las acciones de gobierno. El balance en el proceso de implementación del sistema penal acusatorio en México, respecto a la situación de las víctimas, aún no aporta datos claros y precisos que muestren el éxito de este modelo de justicia, pero sí refleja las carencias y expectativas insatisfechas para este importante sector de la población.

En el contexto de la reforma constitucional del 18 de junio del 2008 y del 11 de junio del 2011, la situación jurídica mejora. Hay una estructura jurídica que ordena sin cortapisas la instalación de un modelo de justicia destinado a cumplir con los derechos y garantías mínimas de víctimas y ofendidos en el proceso penal. Y es así que el artículo 20, apartado C, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos inserta los principios y reglas que garantizan el acceso a la justicia y conocimiento a la verdad de las víctimas en un entorno procesal más democrático y respetuoso de sus derechos fundamentales.

Sumario

Introducción	773
Planteamiento de Problema.	774
Justicia oportuna y accesible para todas y todos	775
Justicia de calidad	779
Justicia imparcial.	782
Justicia con transparencia y rendición de cuentas	784
Conclusiones.	786

Planteamiento de problema

Desde legislaciones procesales pasadas, en el sistema penal inquisitivo se reconocían los derechos de la víctima, pero sólo con fines de indemnización o resarcimiento de perjuicios o daños materiales causados. La víctima era tratada como una parte accesoría e incómoda en el procedimiento penal de naturaleza inquisitiva.

El artículo 1º y 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos reconocen a las personas los derechos mínimos inherentes a la naturaleza humana y necesarios para su sobrevivencia. Desde luego, es incuestionable que hay un mandato constitucional que ordena garantizarlos comenzando por reconocer que todo ser humano debe ser tratado como persona.

A pesar de ello, un número considerable de víctimas y ofendidos del delito en nuestro país son tratados menos que como personas y otras víctimas más ni siquiera son tratadas como personas, siendo que hay un mandato constitucional que nos obliga. Habría que preguntarse, ¿en qué medida el poder penal punitivo puede erradicar la victimización y garantizar la defensa de los derechos inherentes a la persona, de las víctimas u ofendidos del delito?, ¿el Estado mexicano tiene la capacidad institucional para cubrir las expectativas generadas en la reforma constitucional del 2008 y en la Ley General de Víctimas?, y ¿se han desarrollado los mecanismos idóneos que garanticen los derechos que reconoce la ley general a todas las víctimas del delito?

En estas transformaciones legislativas las víctimas del delito gozan de una concepción amplia, fundada en los derechos que tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que les afecten y obtener la tutela judicial efectiva para el goce real de sus derechos. Este nuevo devenir procesal en México exige que las autoridades orienten con políticas públicas y acciones de gobierno eficaces el restablecimiento integral de los derechos de las víctimas y ofendidos cuando han sido vulnerados por un hecho punible.

Los temas sensibles y de urgente análisis en el escenario nacional para cumplir con la reforma constitucional se traducen en varias exigencias que en la práctica cotidiana están ausentes. La aplicación de la ley debe satisfacer en el proceso penal acusatorio el derecho de acceso a la justicia y el conocimiento de la verdad, mediante una justicia oportuna accesible para todas y todos, una justicia de calidad, con transparencia y rendición de cuentas, acompañada de una dosis absoluta de imparcialidad, que además sea aplicada por jueces que consoliden la independencia judicial y que en su función esencial custodien derechos y garantías de las personas.

El Código Nacional de Procedimientos Penales desarrolla aspectos esenciales relacionados con los derechos de las víctimas u ofendidos del delito, derivados del artículo 20, apartado B constitucional y en forma exhaustiva lo hace también la Ley General de Víctimas. Sin embargo, para verificar el cumplimiento de los postulados que contempla la reforma constitucional, lo primero que tenemos que hacer es sincerar nuestro discurso: ¿Interesa la realidad de lo que pasa a las víctimas o interesa lo mediático? Quizás la realidad de las víctimas le importa a muy poca gente o casi a nadie.

Un problema de inicio está asociado a la escasa y desarticulada información que producen las instituciones públicas y privadas que destinan recursos a la atención y protección de víctimas de delitos. Sin duda, es muy poco lo que se destina a la investigación empírica o de campo para conocer científicamente cuál es la victimización real que hay en México por la comisión de delitos y cuáles son verdaderamente los efectos que produce la delincuencia en distintas intersubjetividades afectadas por una diversidad de hechos violentos.

Actualmente, las víctimas y ofendidos del delito están insertas en un escenario que las coloca más en un estado de vulnerabilidad y sin condiciones de posibilidad de resolver desde el ámbito estatal los efectos físicos, psicológicos y sociales del delito. Entre la serie de garantías contempladas en el artículo 20, apartado C constitucional y desarrolladas en la Ley General de Víctimas, ¿cuáles tienen verdaderamente posibilidad de exacta aplicación?

Justicia oportuna y accesible para todas y todos

La doctrina y la legislación han definido a la víctima del delito como el sujeto pasivo que resiente directamente sobre su persona la afectación material y psicológica producida por la comisión del delito. En cambio, el ofendido es considerado, en los términos del artículo 108 del Código Nacional de Procedimientos Penales, como la persona física o moral que es titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en la ley penal como delito.

Así lo ha mencionado también el destacado jurista García Ramírez¹ cuando atinadamente explica que “...la alusión a la víctima conduce a pensar en el sujeto pasivo del delito —esto es, el ofendido— y en la persona o personas —más allá del ofendido— que sufren los efectos desfavorables del delito cometido. Aquella noción tiene naturaleza penal material; la segunda posee, asimismo, carácter criminológico.

Nuestra normativa constitucional y secundaria ha cometido el error de identificar, para múltiples fines, los conceptos de ofendido y de víctima, generando con ello numerosas confusiones; esto, a pesar de que el Código Nacional de Procedimientos Penales contiene caracterizaciones separadas para cada categoría de sujetos.

En el plano internacional de los derechos humanos, que ahora nos interesa, se alude al sujeto lesionado o víctima de la violación de esos derechos, recogidos o reconocidos por declaraciones y tratados. Sobre esta noción se ha construido la doctrina de la víctima, que abarca la caracterización de ésta y la precisión de sus derechos y garantías en el procedimiento internacional y fuera de él.

Ahora bien, por alguna o varias razones, hemos sido incapaces en términos generales de proveer servicios de justicia oportunos y accesibles a todas las víctimas y

¹Sergio García Ramírez, “Víctimas y reparaciones en la Jurisprudencia Interamericana”, en obra colectiva *Las víctimas del sistema penal*, 1a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2016, p. 45.

ofendidos del delito. Hay una multiplicidad de elementos que intervienen en un proceso penal, de tal forma que resulta equivocado asumir que la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas,² mediante un sistema nacional de atención a las víctimas, ha desarrollado la capacidad institucional para llegar a hacer efectivos los derechos y garantías que contempla la Ley General. Los problemas de financiamiento, capacitación y la falta de personal especializado son sus principales obstáculos.

Por consiguiente, hay que poner énfasis en los sistemas de seguimiento de casos, control y evaluación, para detectar justamente procedimientos que permanecen completamente inactivos³ durante esta transición hacia el proceso penal acusatorio; también enfrentar y resolver los obstáculos jurídicos, administrativos y organizacionales que desarrollan policías y fiscales en la construcción de las investigaciones; principalmente, aquellos que inciden en el retardo en la tramitación de las denuncias por los procesos burocráticos que se insertan en las fiscalías o procuradurías y, en ocasiones, la ausencia de recursos disponibles para atacar ese irregular funcionamiento de las instituciones de procuración de justicia.

Esta sola variable desafortunadamente es un factor de victimización institucional que continúa presente en los nuevos procesos penales de naturaleza acusatoria e impiden una justicia oportuna y accesible para todas las personas. De tal modo, las fiscalías y las comisiones de atención a víctimas juegan un papel importante para la mejora de nuevos e innovadores esquemas de recepción de denuncias.

Las experiencias comparadas muestran que mejoran los servicios de atención a las víctimas a partir del uso de nuevos mecanismos dirigidos a la recepción de las denuncias. Investigaciones criminológicas han reflejado que a mayor denuncias menor impunidad, siempre y cuando su recepción sea tramitada de manera completa y exhaustiva, donde sus reglas e instituciones permitan la plena vigencia de los derechos y garantías enunciados por la Constitución y los tratados internacionales y, por otro lado, logren satisfacer oportunamente los requerimientos de justicia de las víctimas y ofendidos del delito.

Asimismo, no cabe duda de que la Ley General de Víctimas replantea y propone el desarrollo de políticas públicas dirigidas a erradicar los efectos de la doble victimización institucional y social, que dañan gravemente la dignidad vista en la dimensión de los derechos humanos. El problema es que nos hemos acostumbrado y no se concibe el cambio, en general, como una necesidad imperiosa, como un objetivo imposterizable de la democratización de las instituciones de justicia penal en nuestro país.

²Esta Comisión a nivel federal y estatal tiene la función de definir y aplicar política pública de apoyo a las víctimas. Es la responsable de diseñar programas y acciones más eficaces para la protección, ayuda, asistencia, atención, defensa de los derechos humanos, acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación integral de las víctimas referidas en la Ley General de Víctimas.

³El procedimiento penal acusatorio resultará extraordinariamente lento si continúan las prácticas indebidas de mantener en investigación los casos, dejando en libertad a los detenidos asegurados por la comisión de un delito en flagrancia. Debido a la inseguridad, falta de capacitación y el temor de llevar a los detenidos por delito en flagrancia ante el juez de control para judicializar el caso y continuar con la investigación. Esto desalienta a las víctimas y resulta incomprensible para el ciudadano medio debido a que estas prácticas promueven la impunidad y la lentitud en los procedimientos.

Consecuentemente, para dar el paso hacia un proceso de cambio profundo, el desafío y los retos urgentes debieran insertarse en un sistema de reorganización institucional de las instituciones policiales y de procuración de justicia, que hasta el momento no tienen siquiera la posibilidad de cumplir con una mínima parte de los servicios a los que legalmente, de acuerdo con la Ley General, están obligados a brindar a las víctimas y ofendidos del delito, iniciando con la recepción oportuna de la denuncia.

Una prestación de servicios eficiente únicamente puede concebirse en lo concreto a partir de la reorganización institucional en las áreas policiales y de procuración de justicia, apoyadas por la participación social que colabore con el Estado y que éste sistematizadamente, con nuevos mecanismos y métodos en la recepción de la denuncia, garantice como mínimo a la víctima u ofendido de un delito:

- a) Su derecho a conocer la verdad. Es decir, la posibilidad de saber lo que sucedió y en buscar la coincidencia y congruencia entre la verdad consensuada frente a lo ocurrido en la realidad, que emerge del resultado de los medios de prueba que lleguen a practicarse. Esto sin duda resulta importante frente a casos que en México se han presentado de graves violaciones a los derechos humanos.
- b) Su derecho a que se haga justicia. Implica el derecho a que no haya impunidad. Análisis y estudios criminológicos han mostrado que el espacio institucional donde más sistemáticamente se violan los derechos en democracia es precisamente en el del sistema penal.
- c) El derecho a la reparación económica de los daños sufridos. Es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito.
- d) El derecho a la restauración integral del daño causado por el delito.

Las reformas constitucionales del 18 de junio del 2008 y del 11 de junio del 2011 han generado grandes expectativas para las víctimas y ofendidos del delito. Un ejercicio y concepción moderna del Estado debe oportunamente hacerles tangible a corto plazo el irrenunciable derecho de acceso a la justicia, conocimiento a la verdad y la reparación integral del daño sufrido.

En tales condiciones, la Ley General de Víctimas y sus nuevas exigencias en materia de derechos apunta hacia la necesidad de impulsar y exigir una justicia pronta, completa e imparcial con un trato digno a las víctimas del delito, aplicando un modelo de justicia eficaz y eficiente, que cumpla con las expectativas que ha generado en sus objetivos. Describe también las nuevas estructuras y funciones de las autoridades responsables de la aplicación de la citada Ley, que ampliamente instaure mecanismos para la protección y tratamiento de las víctimas directas e indirectas y a los ofendidos de hechos delictivos.

Por tanto, el derecho a la dignidad y los demás derechos de las víctimas del delito, en el plano procesal, para su debido respeto enfrentan algunas condiciones preexistentes de vulnerabilidad que trascienden sin duda al procedimiento penal y colocan a las víctimas en desventaja ante el agresor y frente al propio sistema de justicia. Semejante estado de cosas demanda una solución integral a los problemas que afrontan víctimas y ofendidos del delito en el legítimo ejercicio de su derecho a exigir el cumplimiento de las garantías constitucionales y el respeto a sus derechos fundamentales.

Sin embargo, como lo mencioné en la obra colectiva *Las víctimas del sistema penal*,⁴ hay claridad en el nuevo modelo de justicia penal acusatoria contemplada en la reforma constitucional del 18 de junio del 2008, en cuanto a que

verdaderamente el juicio oral constituye una novedad importante en el modelo acusatorio porque representa el paradigma central en materia de transparencia y publicidad, sin embargo, está lejos de constituir el único cambio estructural y funcional estratégicamente planteado para democratización de las instituciones de justicia penal en México.

El diseño de la nueva etapa de investigación con la decidida intervención de la víctima y el asesor jurídico significa también un cambio radical. Es inexacto pensar que el procedimiento penal se transformará como se pretende, si a la par no se transforma también radicalmente la manera en que se respetan los derechos de las víctimas.

Hacer oportuna y accesible la justicia a todas las personas en la progresiva reivindicación de los derechos de las víctimas u ofendidos en el proceso penal acusatorio implica la instalación de nuevas tecnologías de información, desarrollo de programas informáticos y procesos claros que faciliten el registro y procesamiento de la información.

Para una justicia oportuna, además, se le ha reconocido a la víctima u ofendido del delito la prerrogativa de contar con asesoría jurídica técnica y adecuada durante el desenvolvimiento del proceso penal acusatorio. Obviamente, la víctima puede coadyuvar directamente en la persecución penal, en la acusación e inclusive en la etapa de juicio y en el procedimiento de impugnación. Pero además, la Ley General de Víctimas y el Código Nacional incorporan el derecho de que se designe un asesor jurídico que viene a redimensionar el papel de las víctimas debido a que les otorga la facultad para que las representen en todos los actos del procedimiento.

Esta reivindicación se ha visto como un derecho análogo al de la defensa que constitucionalmente es reconocida para el imputado; de ahí el origen que tiene el artículo 17 del Código Nacional de Procedimientos Penales cuando consagra de manera conjunta el derecho a una defensa y asesoría jurídica adecuada e inmediata. Por tanto, la intervención del asesor jurídico está concebida para orientar, ayudar o intervenir legalmente en el procedimiento penal, en representación de la víctima u ofendido.

En este sentido, es destacable la opinión del doctor Zamora Grant⁵ acerca de que

Un derecho penal que se jacte de acusatorio debe tener como una de sus principales preocupaciones la protección de las víctimas; por ello el cúmulo creciente de los derechos sustantivos y sobre todo procesales para las víctimas y ofendidos no se ha hecho esperar. Derechos —de las víctimas— que sin duda le dan el protagonismo necesario para la consecución de sus intereses, al considerarle parte en el proceso penal....

⁴Patricia González Rodríguez, “Ley General de Víctimas en el Proceso Penal Acusatorio”, en obra colectiva *Las víctimas del sistema penal*, 1a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2016, p. 56.

⁵José Zamora Grant, *La víctima en el nuevo proceso penal acusatorio*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2013, p. 70.

Por otro lado, también en cualquier etapa del procedimiento, las víctimas tienen el derecho de actuar por sí o por medio de su asesor jurídico, quien sólo promoverá lo que previamente informe a la víctima. Debe tenerse presente que el asesor jurídico interviene en los diversos actos procesales en igualdad de condiciones que el defensor.

Esta figura del asesor jurídico se incorpora en el artículo 160 de la Ley General de Víctimas con la finalidad de que asista, asesore y represente a la víctima en el proceso penal acusatorio. En torno a esta nueva institución procesal del sistema acusatorio, ya mencioné que fiscales como personal especializado del área de atención a víctimas con la cooperación de la Asesoría Jurídica de Víctimas deben participar en un proyecto de transformación estructural que genere una nueva cultura en la que conceptos como la planeación, el desarrollo integral y compartido, así como la responsabilidad tengan un nuevo significado.

Debiera entenderse en estos términos que fue planteada la asesoría jurídica para la víctima y el ofendido del delito, aunque no debiera concebirse una política pública sin datos provenientes de la realidad. La asesoría jurídica federal y estatal, si pretende asumir la representación exhaustiva y completa de las víctimas puede correr el riesgo de quedar rebasada ante la ausencia de investigaciones empíricas que muestren la realidad y que pudieran establecer una mejora considerable en la recepción y tramitación de las denuncias. Por ende, no debemos conformarnos con las cifras que aporta el Instituto Nacional de Estadística y Geografía y que únicamente representan un valor cuantitativo y no cualitativo de lo que ocurre en la realidad de las víctimas y ofendidos del delito que ingresan⁶ al sistema penal; tampoco hacer políticas públicas sin la planificación correspondiente y el respaldo previo y suficiente del financiamiento público.

Justicia de calidad

La consolidación de una justicia de calidad tiene que ver con la idea de una reacción oportuna de las instituciones policiales, de un proceso de coordinación expedito entre el policía y el Ministerio Público, asimismo, la conexión eficiente con el personal especializado de atención a víctimas, pero sobre todo en los servicios que están destinados a disminuir los efectos del delito en las víctimas. La idea de la reparación integral del daño ocasionado al bien jurídico se relaciona igualmente con la idea de un enjuiciamiento oportuno, o bien, con la aplicación de mecanismos alternativos de resolución de los conflictos penales.

Por otra parte, está asociada a la capacidad del sistema de persecución y enjuiciamiento penal de recibir y procesar en forma adecuada las peticiones que sobre éste son planteadas. De lo que se trata, en definitiva, con una justicia de calidad es de que el Estado sea capaz de ofrecer una respuesta favorable a las víctimas, en un plazo ade-

⁶En México desconocemos la cifra negra —cifra real— de las víctimas y ofendidos que por distintos motivos decidieron no denunciar.

cuado, frente a las imputaciones que se hacen y que recaen sobre una persona, de modo que se dé certeza a todos y todas las víctimas u ofendidos del delito.

Como objetivo estratégico para una justicia de calidad está la necesidad de dotar a las víctimas y ofendidos del delito de instituciones y procesos rápidos y eficientes de prestación de servicios jurídicos, sociales, psicológicos y de salud en unidades especializadas para ello, que fortalezcan la actividad del Ministerio Público. Uno de los temas centrales de la transformación de la labor ministerial debe ser el dotar de centralidad a la víctima en la gestión de la investigación y la identificación de las metas del proceso penal acusatorio con un acompañamiento racional del asesor jurídico.

Aunque el futuro de los servicios jurídicos a las víctimas está enfrentando la enorme complejidad de haber instalado una asesoría jurídica con las dimensiones de la defensa penal pública, porque ante ese redimensionamiento a las facultades del asesor jurídico provoca perjuicios para los propios intereses de la víctima cuando llegan a plantear estrategias procesales distintas y en varias ocasiones contrarias a las que plantean los fiscales, lo que normalmente supone la presentación de teorías del caso diferentes y puntos de vista contradictorios en el desarrollo de audiencias.

Es urgente racionalizar la actividad del asesor jurídico mediante reglas claras que delimiten su función a tareas de complementariedad en la actividad procesal que corresponde al Ministerio Público. Este acompañamiento requiere entender que conceptualmente esta institución tiene la exclusividad de la persecución penal, lo que supone destinar el 100 por ciento de su tiempo a preservar los intereses jurídicos de la víctima y coordinarse con el asesor jurídico para que éste complemente dicha actividad pero además verifique que las unidades especializadas de víctimas cumplan con las tareas destinadas a cubrir la reparación integral del daño, con independencia de que el autor o partícipe del delito esté o no identificado.

Además, la justicia de calidad está inmersa en una dinámica realista que impone la necesidad de desarrollar una compleja red de apoyo para la atención integral de las víctimas del delito con otras instituciones públicas e incluso privadas y organizaciones de la sociedad civil, independientemente del estatus de los procesos penales que se abran como consecuencia de la denuncias. Mientras esto no suceda, el Estado mexicano tendrá que establecer los procesos y parámetros para que las víctimas sean elegibles —violando el principio de igualdad— para el acceso a estos servicios jurídicos, sociales, psicológicos y de salud que brindan las fiscalías y las comisiones de atención a víctimas federal y estatales.

La conjunción de los esfuerzos del Ministerio Público y de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas en una red integral de atención a víctimas que respalde políticas públicas de esta naturaleza es una opción plenamente válida, por lo que redundará en beneficio de las víctimas u ofendidos del delito, el desarrollo de una red de alianzas ciudadanas que esté abiertamente disponible para atender las necesidades de las personas desde una perspectiva integral, aunque dentro de algunos límites presupuestarios asignados por el Estado.

Al mismo tiempo, la justicia de calidad demanda no solo una urgente profesionalización, sino además la especialización, con el propósito de introducir en el perfil ideal

de los servidores públicos que integren las unidades especializadas de atención a víctimas el razonamiento experimental como herramienta de trabajo destinada a obtener la restauración integral del daño ocasionado mediante los mecanismos más apropiados en la atención a las víctimas y ofendidos del delito.

En síntesis, hay que reconstruir el discurso victimológico en el contexto del proceso penal acusatorio y enfrentar la simulación de algunos discursos políticos y jurídicos. La justicia de calidad requiere el cumplimiento de distintas dimensiones en la justicia penal como servicio constitucionalmente obligatorio a favor de las víctimas y ofendidos del delito. El acento principal tenemos que ponerlo en la mejora de las instituciones creadas en la Ley General de Víctimas mediante la Comisión Ejecutiva federal y estatales (CEAV) para garantizar a las personas los derechos reconocidos constitucionalmente y, particularmente, colocar la atención en la instalación de estructuras gubernamentales que, apoyadas por organizaciones civiles, tengan la suficiente capacidad institucional para hacer realidad los objetivos de la Ley General de Víctimas.

Estas futuras y nuevas instituciones de atención, protección, asistencia y representación de las víctimas y ofendidos del delito, como lo estipula el artículo 2º de la citada Ley General, para lograr una justicia de calidad habrán de replantear estrategias destinadas a reconocer y garantizar los derechos de las víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos, los que se explicitan en diversos rubros como el derecho a la asistencia, protección, atención, verdad, justicia, reparación integral, debida diligencia y los demás derechos consagrados en la mencionada legislación, en la Constitución y en todo el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos.

Como se establece en el artículo 1º constitucional, también los servicios a las víctimas pueden englobarse en la tendencia hacia la integralidad, indivisibilidad e interdependencia, principio este último que en el artículo 5º párrafo 16 de la Ley General queda reconocido en los siguientes términos: “Todos los derechos contemplados en esta Ley se encuentran interrelacionados entre sí. No se puede garantizar el goce y el ejercicio de los mismos sin que a la vez se garantice el resto de los derechos. La violación de un derecho pondrá en riesgo el ejercicio de otros”.

Como el anterior principio, la propia ley establece los relativos a la dignidad, buena fe, complementariedad, debida diligencia, enfoque diferencial y especializado, enfoque transformador, gratuidad, igualdad y no discriminación, máxima protección, máximo existencial, no criminalización, victimización secundaria, participación conjunta, progresividad y no regresividad, publicidad, rendición de cuentas, transparencia y trato preferente.

De todos ellos, los más importantes y que han propiciado históricamente la generación de los restantes, tal como el propio discurso de los derechos humanos ha venido desarrollándose justamente para concretar en la realidad social el sentido de dignidad humana son, en efecto, los principios de dignidad humana y de igualdad, los cuales ciertamente derivan del primeramente citado y fungen como el único contexto que puede posibilitar la dignidad humana. A este respecto, la Ley General de Víctimas, en su artículo 5º, afirma a la dignidad humana como “...un valor, principio y derecho fundamental base y condición de todos los demás”.

Ahora bien, en las instituciones policiales, de procuración y administración de justicia, que tendrán que modificar profundamente su estructura y funcionamiento acorde con un nuevo modelo de justicia penal acusatoria, deben aplicarse puntualmente estos principios como mínimos éticos que garanticen la dignidad humana. Sin embargo, la base para su cumplimiento y respeto impone la necesidad de reflexionar primeramente sobre las siguientes cuestiones: ¿Cómo combatir en el poder punitivo la selectividad, los estereotipos, la selectividad victimizante y la selectividad criminalizante que subyacen del actuar cotidiano de los servidores públicos, de los procesos y de las propias estructuras y funcionamiento de las instituciones participantes en la atención, protección y asistencia a las víctimas y los ofendidos del delito?

Lo primero que aparece en el escenario de la realidad es que para crear determinadas instituciones de atención a víctimas tengo que partir de que lo que pretendo solucionar, necesariamente tiene que nutrirse de datos de la realidad, esto debido a que su cumplimiento involucra el reconocer que el acceso a la justicia es un derecho fundamental de todas las personas y una garantía instrumental esencial que supone la posibilidad de obtener una justicia de calidad pronta y efectiva mediante la justicia restaurativa y el proceso de atención a víctimas que aporta la Ley General. Por ende, se requiere de una gama de instrumentos jurídicos, administrativos y culturales con el fin de que la autoridad brinde alternativas formales e informales para hacer efectivos los derechos de todas las personas.

Consecuentemente, la justicia de calidad tendrá que remover los obstáculos y las complejidades técnicas, económicas, culturales y normativas que limitan el acceso a la justicia como una ineludible obligación y responsabilidad del Estado mexicano. Una forma de cumplimiento tendrá que dirigirse a la creación de instituciones que permitan la atención gratuita de las personas víctimas del delito que no se encuentran en posibilidad de atenderlas con recursos propios, lo que supone una reorganización institucional que incorpore nuevas estructuras y personal especializado principalmente en las fiscalías o procuradurías para que realicen un acompañamiento y complementen las actividades de los fiscales o agentes del Ministerio Público con miras a garantizar el derecho humano de acceso a la justicia y el conocimiento de la verdad.

Dentro de este contexto, cada entidad federativa en los procesos de reorganización institucional que permita el adecuado funcionamiento del sistema penal acusatorio, bajo la normativa del Código Nacional de Procedimientos Penales y la Ley General de Víctimas, incluye la responsabilidad de seleccionar a los servidores públicos que posean competencia técnica y ética para la integración de las unidades especializadas de atención a las víctimas y ofendidos del delito.

Justicia imparcial

El escepticismo frente a las posibilidades de alcanzar una justicia imparcial es lo reinante hasta el momento, debido a que desde el inicio de la reforma procesal no se consideró que esta clase de reconversión de la justicia es una de las más relevantes, amplias y

complejas de cuantas ha vivido el país en el último siglo, de tan amplio espectro y de tan amplia repercusión que debemos reconocer que no todas las variables de la reforma estuvieron suficientemente planificadas y la que engloba la justicia imparcial es una de ellas.

En esta perspectiva, me parece indispensable que todo sistema de justicia debe ante todo ser capaz de exhibir mecanismos que aseguren que las personas llamadas a dirimir conflictos entre partes estén dotadas de razonables niveles de imparcialidad para juzgar los intereses en conflicto y resolver tales disputas. La división hecha en la reforma constitucional del 18 de junio del 2008 en torno a la función de juzgar en tres jueces distintos: juez de control, juez de enjuiciamiento y juez de ejecución penal, sin duda contribuye a la exigencia de imparcialidad y cobra una dimensión mayor cuando se vincula a la oferta de justicia pública y en definitiva con la legitimación del conjunto del sistema democrático.

Una cuestión importante que habrá que comentarse es que en el proceso penal acusatorio mexicano opera el principio de la separación de funciones. La reforma constitucional citada dividió las distintas funciones dentro del proceso penal acusatorio en órganos diferentes. El Ministerio Público debe dirigir la investigación, ejercer la acción penal pública y sustentar dicha acusación en el juicio oral. La corresponsabilidad de la investigación es compartida con la Policía.

En cambio, el acto jurisdiccional que surge de la actividad de los jueces antes citados se entiende que emana de órganos independientes, encargados de la función de juzgar que efectúan de acuerdo con las reglas previstas en el Código Nacional de Procedimientos Penales. Esta clase de órganos judiciales, como lo ha mencionado José Alberto Dos Reis, tienen facultades para “reparar el derecho violado”⁷ y además intervienen para resolver o redefinir el conflicto entre las partes.

El papel del juez en el procedimiento penal acusatorio varía según la etapa procesal, aunque ambos, juez de control y juez de tribunal de enjuiciamiento ejercen la función jurisdiccional. Para el doctor Carbonell,⁸ el juez del Tribunal de enjuiciamiento “es un órgano distinto al de garantías, evaluará en igualdad de circunstancias las pruebas presentadas en audiencia pública por el Ministerio Público, la víctima y el acusado, y determinará objetiva e imparcialmente su culpabilidad o inocencia”. De esta forma, también lo sostiene Miguel Carbonell⁹ al mencionar “...en un sistema acusatorio el Juez no participa en los procesos de investigación, ni el Ministerio Público juzga, directa o indirectamente, la culpabilidad o inocencia de un acusado. Cada institución tiene su esfera de responsabilidad dentro del sistema penal, pero a diferencia de los sistemas inquisitivos, las funciones son exclusivas y no se sobreponen”.

Consecuentemente, la demanda por una justicia imparcial en el ámbito penal resulta ser una de las bases sobre la que se construyó la reforma procesal en nuestro país; eliminó la figura del juez inquisidor, que recibía “consignas” y sometía la imparcialidad a intereses ajenos a la función de juzgar con plena independencia y sobre todo que

⁷ José Alberto Dos Reis, *Teoría de la Acción*, México, Editorial Colofón, 1995, p. 26.

⁸ Miguel Carbonell, *Los juicios orales en México*, México, Porrúa, Renace, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, pp. 80, 119 y 121.

⁹ *Idem*.

concentraba en una misma persona funciones que resultan objetivamente incompatibles de desempeñar. Un juez que era cómplice del Ministerio Público y de la Policía, afectando los intereses de las víctimas u ofendidos del delito.

Lejos de reducir el papel de la judicatura, el legislador constitucional entregó a los jueces de control las tareas connaturales a la función jurisdiccional de velar por los derechos y garantías de todos quienes intervienen en el proceso penal, otorgando a jueces distintos que integran el tribunal de enjuiciamiento el juzgamiento de los casos que son llevados a juicio oral para su resolución. Dejando por ende la función del debido proceso penitenciario y la vigilancia para el cumplimiento de garantías y derechos del interno al juez de ejecución penal. Con esta separación radical de tareas y funciones impide la confusión de roles y restablece la separación de poderes de modo más efectivo.

La consolidación de un nuevo esquema de organización judicial beneficia la justicia imparcial para todas las víctimas y ofendidos del delito; pero, sobre todo, representa criterios interpretativos generales que deben ser orientadores a la hora de aplicar reglas y normas, de fijar prácticas procesales o de definir mecanismos de relación que beneficien a las víctimas del delito que han permanecido olvidadas durante más de un siglo. Para aproximarse a niveles de legitimidad relevantes y tornar compatible el proceso penal acusatorio con las demandas de las víctimas y ofendidos, es necesario consolidar para beneficio de todas las personas un sistema penal más transparente, oportuno, comprensible, racional, accesible, eficiente y eficaz.

Ahora, para lograr una justicia imparcial se trata de imaginar un proceso de cambio que logre circunscribir y acotar las etapas iniciales del mismo, permitiendo mayores niveles de control sobre los factores críticos que justifican y fundamentan la necesidad de transformación institucional del propio sistema judicial. Esta recomendación resulta aplicable a cualquier política pública, por esas razones es fundamental acotar el campo de intervención inicial de la reforma procesal. Esto supone la identificación clara de los problemas que con el cambio se irán presentando en el sistema judicial federal y en los poderes judiciales estatales. Un levantamiento de información sobre la magnitud de esos problemas y claridad sobre la forma de intervenir para revertirlos en un periodo razonable permitirá conseguir adhesión política, técnica y ciudadana a un profundo proceso de cambio de la función judicial que garantice plenamente la justicia imparcial.

Justicia con transparencia y rendición de cuentas

El modelo administrativo es una de las dimensiones de elevada importancia que contribuye mediante programas informáticos dentro del sistema acusatorio a impulsar una justicia con transparencia y rendición de cuentas que provocará un grado razonable de satisfacción en las víctimas del delito.

Este modelo comprende el agrupamiento de las oficinas administrativas en una sola a cargo de una administración gerencial y única, de manera que todos los servicios de justicia de las víctimas del delito puedan conocerse por la comunidad en general, principalmente los servicios comunes de atención, asistencia y protección.

El nuevo esquema constituye una verdadera ruptura del paradigma organizacional que tradicionalmente divide el servicio tradicional de víctimas del delito, que por lo general operan con ineficiencia y provocan victimización institucional debido a la diversidad injustificada de procesos y servicios que se reiteran por fiscales, peritos, policías y personal especializado.

En una secuencia lógica de servicios de justicia eficiente la exigencia mínima comprende una sola sesión con la víctima cuando comienza la investigación cuya obtención de información la agoten en esa sesión quienes estarán velando por el cumplimiento de derechos de estas personas. Es así que la incorporación de profesionales en administración y las nuevas alternativas de organización de las instituciones policiales, de procuración y administración de justicia, debieran introducir sistemas de gestión para la prestación de los servicios de justicia a las víctimas del delito y combinarse con las transformaciones que demanda la gestión del conflicto en esta reforma procesal.

De esta manera, quizás se propiciarán cambios de cultura y organización más adecuados a las necesidades de las víctimas de diversos delitos. A su vez, se pueden desarrollar sistemas de información para la gestión del conflicto que posibiliten a los servidores públicos un mejor control de la tramitación del caso y a los ciudadanos en general el acceso a la información del avance de los procesos judiciales, así como el acceso a otra información jurídica relevante, otorgando instrumentos importantísimos para la seguridad jurídica y el ejercicio de la profesión, en un esfuerzo de transparencia sin precedentes en la administración de justicia mexicana.

Para lograr los resultados esperados que se plantearon con los objetivos de la reforma procesal en México, las instituciones policiales, las áreas de procuración y administración de justicia habrán de incorporar en sus nuevas estructuras expertos en sistemas de organización y administración que conduzcan a brindar servicios de atención, asistencia y protección a las víctimas mediante la instalación de un conjunto de unidades administrativas, a cargo de personal especializado en tecnologías de la información, sistemas de información jurídica y administración, gestión gubernamental, administración, entre otras disciplinas necesarias para el adecuado funcionamiento del sistema de atención a las víctimas del delito.

De manera que, con el propósito de atender los derechos de las víctimas, las dependencias encargadas de la función policial y las funciones de procuración y administración de justicia deben implementar con urgencia un sistema de gestión de servicios de justicia para la víctimas del delito, integrado por expertos en administración y orientado a cumplir con los principios de eficacia, eficiencia, economía y celeridad del proceso penal acusatorio. Hay que tener presente que el éxito del sistema acusatorio mexicano depende en un 50 por ciento de esta dimensión.

Justamente con estas políticas administrativas el sistema acusatorio adoptado constitucionalmente el 18 de junio del 2008 exige rendición de cuentas; por esa razón tiene mayores recursos y mecanismos para un desarrollo administrativo sustentable. Particularmente, los procedimientos en la investigación y las nuevas reglas procesales demandan en su aplicación un seguimiento y evaluación que facilite la rendición de cuentas de los servidores públicos encargados de la asistencia, asesoría y representación

de las víctimas en el contexto del proceso penal acusatorio. De esta forma sabremos si tiene implicaciones prácticas positivas la actividad legislativa del Estado de Derecho Constitucional que fue concentrada en el Código Nacional de Procedimientos Penales, en la Ley General de Víctimas y que está respaldada en los instrumentos y convenciones internacionales, con la finalidad de garantizar eficazmente la protección de los derechos de las víctimas.

Conjuntamente a esta política pública es indispensable cumplir con otras condiciones que permitan instalar en cada institución de procuración de justicia una eficiente gestión administrativa a favor de las víctimas del delito en el marco del sistema penal acusatorio, con la finalidad de aplicar las normas nacionales e internacionales del debido proceso penal que garanticen el derecho humano de acceso a la justicia y conocimiento de la verdad.

Alcanzar la meta principal en la asistencia, apoyo, protección y representación de las víctimas implica adoptar un modelo de gestión del conflicto basado en métodos y técnicas que desarrollen protocolos de actuación mínima de los servidores públicos para la integración de la carpeta de investigación. Estos protocolos debieran agrupar el registro de los actos procesales del quehacer interdisciplinario realizado por fiscales, agentes del ministerio público, peritos, policías y personal especializado en la atención a las víctimas que conduzca al seguimiento puntual de los casos y a la evaluación eficiente de las funciones que realizan estos servidores públicos que permanentemente debieran rendir cuentas.

Esto último requiere de un diseño de monitoreo real sobre la actividad cotidiana de prestación de los servicios de atención a víctimas, aparejado no sólo a una evaluación sobre aciertos y problemas de aplicación, sino también a una capacidad de reacción asociada a evitar la reproducción de prácticas indeseables del sistema tradicional.

Aunque es conveniente mencionar que estos protocolos tipo de investigación y del debido proceso penal pueden elaborarse de acuerdo con los delitos y sus ampliaciones típicas y agrupadas conforme al bien jurídico protegido. De esta forma, la actividad de los servidores públicos puede medirse permanentemente utilizando no sólo indicadores cuantitativos, sino también indicadores de desempeño cualitativos, relacionados con la investigación penal y la asistencia, protección y representación de víctimas y ofendidos en el proceso penal. Inclusive, la información que mediante los sistemas y equipos de informática pueda cruzarse, además plantea la posibilidad de establecer patrones criminales locales, regionales y nacionales respecto a determinada criminalidad que lleve a la prevención delictiva en aras de la eliminación de factores de riesgo a víctimas potenciales.

Conclusiones

La reforma procesal en México, más allá de los pronósticos positivos o negativos, ha sido una de las más relevantes, amplias y complejas de cuantas ha vivido nuestro país y que ha visibilizado a las víctimas y ofendidos del delito. El adecuado funcionamiento de las

instituciones de justicia penal en este nuevo entorno procesal debiera dirigirse a vencer retos mayúsculos, sobre todo en la prestación eficiente de servicios a las víctimas u ofendidos del delito y bajo un escenario de transparencia y rendición de cuentas.

Para concretar una transformación mayor dentro de un Estado Constitucional de Derecho se requiere de flexibilidad y monitoreo constante de las actuaciones de los servidores públicos dedicados a brindar los servicios de asesoría, apoyo, protección y asistencia a las víctimas; sobre todo, un monitoreo para verificar que los procesos de cambio en general en el sistema de justicia penal mexicano no sea entendido como sinónimo de transformaciones puramente normativas, sino que se trata de una reforma procesal producto de la democratización de las instituciones de justicia penal.

Centrar la expectativa de transformación de la justicia penal acusatoria en México a la mera transformación normativa o en procesos de capacitación menores resulta claramente insuficiente y apuesta dolosamente al fracaso del proceso de reforma.

De tal manera que todos y todas las personas que representen un liderazgo en este cambio deben ser capaces de internalizar la necesidad urgente de una etapa de evaluación constante y permanente de todos los servidores públicos que participan en el cambio y que supone, por tanto, diseñar un proceso de trabajo interinstitucional que sea el centro orientador y responsable, con el acompañamiento de instituciones de la sociedad, académicas y de la investigación, para desplegar las herramientas de evaluación que permitan detectar los beneficios y las fallas que vaya produciendo el sistema penal en su conjunto, con miras a su perfeccionamiento y a la consolidación de una justicia penal igualitaria, restaurativa, transparente y equilibrada para todas las personas.

Seguridad pública y uso de la fuerza

Proteger y servir a la comunidad
Lema de la Policía Federal

Antecedentes

En su informe 2015, la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH)¹ señaló que durante el periodo reportado, en los Estados de la región, cientos de personas perdieron la vida, fueron afectadas en su integridad física o limitados en el ejercicio de sus derechos en diversos contextos a causa del empleo arbitrario y excesivo de la fuerza pública. Es decir, se trató de un ejercicio estatal en el cual se ignoraron los estándares establecidos a nivel internacional, lo que evidencia la falta de entrenamiento, coordinación, protocolos y supervisión de policías civiles o especiales, fuerzas armadas y agentes privados. Esto —señaló— se pone de manifiesto sobre todo en la represión y discriminación de grupos vulnerables, activistas y defensores de los derechos humanos, en el ejercicio del derecho individual y colectivo a la expresión de las ideas del descontento social.

El mismo informe de la CIDH señaló como preocupante la recurrente práctica de involucrar al ejército en tareas de seguridad pública. Este quizá sea uno de los principales dilemas para la política de seguridad pública, ya que mientras la delincuencia cada vez más utiliza equipo y armamento sofisticado, en suma con mayor capacidad de fuego, las policías estatales o municipales

Sumario

Antecedentes	789
La función gubernativa en el Estado constitucional y democrático	790
Concepto de fuerza pública	793
Seguridad Pública y Fuerzas Armadas	794
Órganos, cuerpos de seguridad o corporaciones públicas civiles o militares	795
Las empresas de seguridad privada	796
Protocolos y procedimientos	797
Régimen disciplinario	804
Criterios internacionales	805
Algunas reflexiones finales	807

¹Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. Informe Anual 2015. Inciso A Introducción. Párrafo 1, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/InformeAnual2015-cap4A-fuerza-ES.pdf>.

son rebasados por este poder² al cual se agrega una notoria falta de recursos, que llega al extremo de la dotación mínima de parque para el empleo del armamento o incluso inutilidad del mismo, dando como resultado una capacidad limitada a sólo uno o dos minutos, contra el accionar de varios minutos de la delincuencia, lo que pone a los cuerpos de seguridad en una obvia desventaja y con riesgo de perder la vida.

Para el caso mexicano, los extremos son visibles, especialmente con los eventos registrados en los últimos años, donde las políticas públicas en la materia no han sido contestes y donde el régimen disciplinario encuentra vacíos y deficiencias que deslegitiman el actuar de las instancias de seguridad. Ha sido constante el cuestionamiento público de la forma en que se han abordado las tareas de seguridad pública, así como la falta de integralidad en el tratamiento de las causas y de las consecuencias de la criminalidad, especialmente la definida como “delincuencia organizada”.

La función gubernativa en el Estado constitucional y democrático

Tal y como lo señala el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,³ la seguridad pública es una función a cargo de la Federación, la Ciudad de México, los estados y los municipios, que comprende la prevención de los delitos, la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias señaladas por la Constitución. De acuerdo con ella, la actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución. No es todo lo que debe considerarse desde la perspectiva constitucional, pues además, es un derecho que permite a la ciudadanía desarrollar sus actividades cotidianas, todo ello bajo un techo mínimo de garantías proporcionadas por la función de seguridad señalada.

Este mismo artículo constitucional tiene íntima relación con la seguridad interior, como una de las atribuciones del Ejecutivo Federal que se encuentra contenida en el artículo 89 fracción VI, que faculta al titular del Poder Ejecutivo Federal a “preservar la seguridad nacional y disponer de la totalidad de la Fuerza Armada permanente o sea del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación”. Con lo cual el titular del Ejecutivo dispone de las fuerzas armadas no sólo para la defensa del país en el exterior, sino también para garantizar su seguridad interior.

²La capacidad de fuego es el tiempo en que una persona, corporación de seguridad o grupo armado, puede disparar un arma de fuego ininterrumpidamente. Tiene como variables, el estado del arma y el número de cartuchos para abastecerle.

³Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>

Ahora bien, a falta de un concepto de seguridad interior en la legislación federal vigente, el Programa de Seguridad Nacional 2014-2018⁴ define esta función como la “condición que proporciona el Estado mexicano para salvaguardar la seguridad de sus ciudadanos y el desarrollo nacional, mediante el mantenimiento del Estado de Derecho y la gobernabilidad democrática en todo el territorio nacional”. El mismo documento señala que la seguridad interior y la seguridad pública se encuentran ampliamente interrelacionadas. En el primer caso, haciendo frente a riesgos y amenazas que vulneran el orden constitucional y sus instituciones fundamentales; mientras que, en el segundo, se vela por la observancia del Estado de Derecho y la seguridad de los ciudadanos y sus bienes.

Es en este sentido que los cuerpos de policía civil tienen una misión imprescindible para el adecuado funcionamiento del sistema democrático, que consiste en garantizar la seguridad de la población y mantener el clima de orden social, lo que implica una gran responsabilidad en el ejercicio de sus funciones. Es más, el propio sistema de derechos humanos no puede funcionar con eficacia sin una policía que proporcione mínimas condiciones, e inclusive, sin el uso de la fuerza pública en ciertos casos.⁵ De ahí que, en un Estado constitucional, la policía debiera ser la única institución pública con atribuciones para requerir a los ciudadanos la realización de determinadas conductas y con el exclusivo afán de garantizar la seguridad y el orden público; y a partir de ello aplicar legítimamente, y sólo en casos excepcionales, el uso de la fuerza pública.

Al respecto, cabe señalar la preocupación de que en México, como en muchos otros países, es frecuente encontrar que derivado de la aplicación por décadas de un modelo autoritario de Estado y Derecho, se mantiene la visión de subordinar el ejercicio del derecho a la protesta social, al presunto “mantenimiento del orden público y la paz social”. Esta conceptualización, vaga y ambigua, permite la justificación de decisiones que restringen o reprimen ciertos derechos individuales y colectivos. No sólo esto, sino que esta idea corresponde a la visión de seguridad pública que mantienen diversas corporaciones.

La noción de *orden público* y *paz social* que se ha venido imponiendo hasta el momento, parece preocuparse sólo por garantizar el orden como una expresión del poder público del Estado y poner a salvo los derechos e intereses de quienes puedan verse afectados circunstancialmente por los actos de protesta, haciendo caso omiso a la visión de protección y defensa de los derechos fundamentales, tanto de la población como de quienes protestan o se manifiestan socialmente, en cuyo ejercicio se encuentran todas las actividades del hombre en su entorno social. Ello no implica, de ninguna manera, negar la posibilidad de hacer uso de la fuerza, sino dejar claro que se debe considerar sólo en situaciones excepcionales.

A pesar de que se han llevado a cabo algunos avances normativos —empujados quizá por los acontecimientos de años recientes sucedidos en distintos puntos del

⁴Diario Oficial de la Federación, “Programa de Seguridad Nacional 2014 — 2018”, Miércoles 30 de abril de 2014, pp. 30, disponible en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5342824&fecha=30/04/2014.

⁵ONU, *Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, Christof Heyns, A/HRC/26/36, 1 de abril de 2014, p. 5, disponible en http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session26/Documents/A-HRC-26-36_sp.doc.

país— el uso desproporcionado de la fuerza se sigue observando, lo que indica que los gobiernos, sus cuerpos de seguridad, e incluso un amplio sector de la población, se inclinan por deslegitimar de manera sistemática e inmediata la protesta social, debido a la afectación que causa, por ejemplo, a vías de tránsito, acceso a servicios, etcétera, ignorando la importancia para una sociedad democrática de garantizar el ejercicio de los derechos de expresión y petición por las lesiones que hechos sociales y/o actos de gobierno en sus diversas esferas han provocado. El tránsito necesario a este nuevo escenario pasa inevitablemente por entender que la protesta es una especie del derecho a la libertad de expresión, pero que por lo mismo conlleva la necesidad de contar con límites claros y precisos que eviten la afectación de otros derechos. La colisión resulta inevitable, y en el derecho comparado hay abundantes referencias acerca de los criterios que han sostenido los tribunales cuando han conocido esta vertiente de la libertad de expresión.

Considerando estos preceptos constitucionales, no puede negarse que es el Gobierno, en sus diversos niveles, quien tiene dentro de sus fines, el de garantizar la seguridad y salvaguardar el orden público. Para lograrlo cuenta con la atribución excepcional de hacer uso de la fuerza pública, cuyos límites se ubican en el marco de respeto y protección a los derechos humanos, tal y como lo preceptúa el párrafo tercero del artículo 1º constitucional, respecto de la conducta esperada de los servidores públicos, al señalar: “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”.

No debe obviarse que la afirmación acerca del uso de la fuerza por parte del Gobierno está en línea con el sustento ideológico aportado por Max Weber,⁶ quien señaló que el Estado posee el monopolio del uso de la violencia: “La violencia no es, naturalmente, ni el medio normal ni el único medio de que el Estado se vale, pero sí es su medio específico. Hoy, precisamente, la relación del Estado con la violencia es especialmente íntima. En el pasado las más diversas asociaciones, comenzando por la asociación familiar (Sippe), han utilizado la violencia como un medio enteramente normal. Hoy, por el contrario, tendremos que decir que Estado es aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio (el territorio es un elemento distintivo), reclama (con éxito) para sí el monopolio de la violencia física legítima. [...] El Estado es la única fuente del “derecho” a la violencia. [...]”. Weber le llama legítima, porque el Gobierno (entendido aquí como Estado), como ente superior sobre los hombres, se encuentra dotado de atribuciones para ejercer su potestad sobre ellos, en este caso, por la vía de las atribuciones ya señaladas. Después de la lectura de esta cita es posible que lleguemos a la conclusión de que la fuerza pública y la violencia, sean lo mismo. El razonamiento para ello se encuentra, por una parte, en las atribuciones del Estado para mantener la paz y el orden públicos, y por la otra, en el carácter de poseedor del monopolio de la violencia física legítima, como fin del Estado.

⁶Weber, Max. *El Político y el científico*. p. 2, disponible en <http://www.hacer.org/pdf/WEBER.pdf>.

La seguridad pública es una actividad que persigue la “salvaguarda de la integridad y derechos de las personas, así como la preservación de las libertades, el orden y la paz públicos”, conforme lo dispone el artículo 2º fracción I de la *Ley de la Policía Federal*.⁷ Al carecer de una definición conforme a derecho, es posible deducir que la seguridad pública es una función de Estado que tiene como objetivo⁸ salvaguardar la integridad y derechos de las personas, así como preservar las libertades, el orden y la paz públicos, que se auxilia de instrumentos como la prevención, persecución y sanción de las infracciones, así como la reinserción social de los delincuentes e infractores, como materia concurrente en los tres niveles de Gobierno. En este contexto, la policía es la institución de carácter administrativo encargada de hacer cumplir la normativa vigente, actuando bajo el mando de una autoridad superior que guía su desempeño. De allí resulta fácil comprender la sinonimia, tan propia del lenguaje común, cuando se habla de fuerza pública para aludir, de manera genérica, a algún cuerpo de policía, también conocido bajo la denominación de cuerpo de seguridad pública.

Concepto de fuerza pública

La legislación federal carece de una definición *ad hoc*, de ahí que una aproximación al concepto permitiría delimitar esta función como la atribución legítima y legal otorgada a los servidores públicos de ciertos organismos para prevenir, monitorear, contener y en su caso, reprimir en nombre de la colectividad, acciones violentas capaces de transgredir el orden público mediante intervenciones persuasivas, disuasivas e incluso coercitivas, que pueden llegar en casos excepcionales al uso de la fuerza física.

Esto nos lleva a plantear que toda acción de fuerza pública implica una restricción o suspensión temporal del ejercicio de algún derecho. Esto resulta cuestionable si se advierte que diversas corporaciones de seguridad pueden recurrir a ella sin necesidad de intervención previa de un órgano de carácter jurisdiccional, administrativo o constitucional autónomo. Esta atribución implica una gran responsabilidad dado que en ningún momento puede emplearse de manera arbitraria, sino como una medida de carácter excepcional, lo que la convierte en extraordinaria y eventual.

Aquí está contenido el nuevo paradigma constitucional, que retoma la idea original de la fuerza pública como una herramienta eficaz para mantener el orden y la paz públicos, nunca como un medio de represión, de control gubernamental o de sujeción al poder político, en la que su función primordial por excelencia, es inhibir con su sola presencia, o bien, con sus métodos y procedimientos, la acción de la delincuencia, investigar la comisión de algún delito y perseguir al o a los presuntos responsables.

En tal sentido, si bien el modelo de seguridad pública en tres factores: la doctrina, las técnicas y las tácticas, y los procedimientos operativos, éstos no pueden verse en

⁷Ley de la Policía Federal, *Diario Oficial de la Federación*, Lunes 1 de junio de 2009, México, 2009, disponible en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5092148&fecha=01/06/2009

⁸Centro de Investigación y Seguridad Nacional, *Seguridad Nacional y Seguridad Pública*. México, 2014, disponible en <http://www.cisen.gob.mx/snPrincipiosTemal.html>.

forma autónoma, sino enmarcados en la obligación de sujetarse en todo momento a los derechos humanos consignados en la Constitución y los tratados internacionales de los que México sea parte. En tal modelo se desarrollan los métodos y procedimientos que habrán de aplicar los cuerpos de seguridad pública en el país y que se relacionan con el grado de letalidad⁹ en su implementación.

Seguridad Pública y Fuerzas Armadas

Sobre este rubro merece poner a la vista el tema de la participación, intervención y, en ciertos casos, superposición de las fuerzas militares en las acciones gubernamentales de seguridad pública, incluidas, desde luego, las vinculadas al uso de la fuerza.

En México y otros países, la historia muestra que la intervención de las fuerzas armadas en cuestiones de seguridad interna en contextos violentos, en muchos casos, ha ido acompañada de excesos, como violaciones a los derechos humanos. En la memoria histórica se mantienen vigentes, los sucesos de octubre de 1968 en el que participaron elementos del Ejército mexicano. Posteriormente en junio de 1971, un grupo de paramilitares enfrentó una manifestación en la avenida Tacuba de la Ciudad de México. Ambos hechos se presentaron durante un periodo histórico caracterizado por la contención ideológica, política, militar y de seguridad, en el avance en nuestro país del pensamiento ideológico del socialismo y comunismo de esas décadas. Éste es el concepto que fue asociado al inicio de las operaciones de seguridad nacional norteamericanas de la postguerra, pero en una versión coyuntural, corregida y aumentada del concepto de seguridad nacional en el México de esa época.

Por otra parte, la intervención de las Fuerzas Armadas en tareas propias de los cuerpos de seguridad pública se debe principalmente a dos factores. El primero, que los cuerpos de seguridad pública del país son rebasados en capacidad y poder de fuego por la delincuencia organizada; y segundo, por la ineficacia en técnicas y tácticas para hacer frente a situaciones de riesgo para la sociedad, y paradójicamente la ausencia de políticas públicas claras para fortalecer y mejorar a la policía civil.

De manera adicional a la participación directa de las Fuerzas Armadas en labores de seguridad pública, se advierte la militarización de los procedimientos, equipamiento y las prácticas de los cuerpos policiacos, que en ocasiones suelen anteponer el uso de la fuerza a los medios de persuasión y disuasión previos.

En adición, es notable el incremento del gasto público dedicado a las corporaciones militares con la pretendida justificación de requerirse para hacer frente a sus labores de recuperar y mantener la seguridad interna.¹⁰

⁹El índice de letalidad es el número de civiles muertos por cada civil herido en enfrentamientos entre las fuerzas armadas, la policía federal y los presuntos miembros de bandas delictivas.

¹⁰Revista Emeequis, México aumentó 92% su gasto militar en los últimos 9 años, reporta SIPRI. 7 de abril de 2016, disponible en <http://www.m-x.com.mx/2016-04-07/mexico-aumento-su-gasto-militar-en-un-92-en-los-ultimos-9-anos-reporta-el-sipri/>.

Dado el interés social imperativo que tiene el ejercicio de los derechos involucrados en los contextos de protesta o manifestación pública para la vida democrática, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha considerado que, en este ámbito específico, esas razones adquieren mayor fuerza para que se excluya la participación de militares y fuerzas armadas en dicho control. De ahí que sea aconsejable evitar su intervención en este ámbito.¹¹

Algo que debe destacarse es que la aproximación al concepto de fuerza pública que citamos, abarca exclusivamente el uso de la fuerza física o material, dejando fuera del análisis la aplicación de la “fuerza no física” concepto que según Varenik¹² en su amplitud incluye entre otros, aspectos como la fuerza psicológica (presencia, persuasión, dispersión) que por lo regular no afecta o altera directamente la integridad corporal de quien la sufre, exclusión que no pocos estudiosos ponen en tela de duda.

Órganos, cuerpos de seguridad o corporaciones públicas civiles o militares

Se trata de los entes públicos, cuerpos organizados, o bien, conocido en el argot de seguridad como el estado de fuerza,¹³ encargados de aplicar el modelo de seguridad pública, que como dijimos, descansa sobre la base de la doctrina, técnicas y tácticas, y procedimientos operativos. Se calcula¹⁴ que a mayo de 2015 el estado de fuerza de la seguridad pública y de las fuerzas armadas en el país, era el siguiente: 132,000 policías estatales, 135,000 policías municipales (en aproximadamente 2,500 municipios), 40,000 policías federales y 250,000 soldados y marinos, que hacen un gran total de 557,000 efectivos civiles y militares, para resguardo de la seguridad pública en el país.

No obstante, existe una problemática en la visión de la seguridad pública en los estados, que abarca distintas variables. Por ejemplo, la forma en que se organizan las corporaciones es disímil en cuanto al nivel jerárquico que se les asigna administrativamente: existen 22 secretarías de seguridad pública, 4 comisiones estatales de seguridad pública, 3 secretarías de seguridad ciudadana, 2 fiscalías generales y 1 subsecretaría de seguridad pública. A ello se suma la experiencia previa de sus titulares, en ocasiones cuentan con experiencia en seguridad y justicia, otras veces son marinos o militares y, en otros casos, los menos, son civiles sin experiencia previa. Otras variables son el desarrollo de la carrera policial, que en algunas entidades muestra un

Véase también: Banco Mundial: *Gasto Militar % del PIB*, disponible en <http://datos.bancomundial.org/indicador/MS.MIL.XPND.GD.ZS>.

¹¹CIDH, *Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*. 31 de diciembre de 2009. Washington, DC, pp. 100-101, disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20ESP.pdf>.

¹²En *Accountability, Sistema Policial de rendición de cuentas*, CIDE, Instituto para la Seguridad y la Democracia, México, 2005. p. 154.

¹³El estado de fuerza es la cantidad total de elementos operativos de una corporación de seguridad o grupo armado.

¹⁴*Radiografía de las policías*. Causa en Común. México, 2015, disponible en <http://123probando.com.mx/causaencomun/wp-content/uploads/2015/11/Tasas-de-polic%C3%ADa-por-habitantes-en-M%C3%A9xico-mayo-2015.pdf>.

grave rezago, y por supuesto los sueldos y emolumentos del personal operativo. Esto último resulta un factor importante para el desempeño institucional, así como una herramienta que puede contribuir a inhibir la corrupción.

Ahora bien, tomando en consideración la visión de seguridad pública que existe en las entidades federativas, junto con el modelo aplicado, el rezago policial y los sueldos de los policías, tenemos como resultado una política pública dispersa, con 32 modelos diferentes, junto con sus mismas formas jurídicas de concebir la seguridad, que hacen de difícil aplicación modelos como el propuesto mando único. Todos estos factores se proyectan en la percepción que la ciudadanía tiene de la policía. Y aquí no debe obviarse que la confianza en la policía es un reflejo de la confianza en el Gobierno.¹⁵

En México sería difícil generar un programa que incentive la carrera policial, ello derivado de la diversidad de criterios y puntos de vista existentes, particularmente en los estados, por los cambios de visión que se generan con los cambios gubernamentales, lo cual modifica de manera sustancial objetivos, recursos y estrategias. Esto justifica decisiones como la que impulsó el Ejecutivo Federal para incorporar el mayor número de corporaciones a la Policía Federal, en el sexenio 1994-2000. Cabe recordar que el personal y bienes aportados para la creación de la Policía Federal provienen de la extinta Policía Federal de Caminos y Puertos, y antes de la Policía Federal de Caminos.

Un tema adicional es el relativo al riesgo de la actividad policial, del que no nos ocuparemos. Sin embargo, vale la pena señalar que el incremento del riesgo policial constituye un factor determinante para las políticas públicas enfocadas a mejorar las condiciones de estos servidores públicos.

Las empresas de seguridad privada

Otro aspecto que resulta determinante para el conocimiento y comprensión del tema de la seguridad pública y el uso de la fuerza, es el de la participación de empresas privadas que prestan servicios denominados *de seguridad y protección*, incluso en instalaciones e instituciones públicas, con lo cual la función pública se convierte en un producto comercial, sujeto a la oferta y la demanda.

En términos generales, esta actividad se encuentra regulada por la Ley Federal de Seguridad Privada. Estas empresas ofrecen servicios de seguridad a las personas y bienes, así como en el traslado de bienes y valores, servicios de alarmas y monitoreo electrónico, seguridad de la información, sistemas de prevención y responsabilidades,

¹⁵Un caso interesante es el de Chile, donde después de la dictadura militar, el cuerpo de carabineros logró revertir la percepción ciudadana negativa. Según Miguel Ontiveros Alonso, esto se logró dotando a los elementos de un proyecto de vida en el cuerpo de seguridad al que pertenecerían: se les otorgaron derechos y garantías. Miguel Ontiveros Alonso, “El uso de la fuerza como un derecho policial”, en Memoria del Congreso Internacional *El uso de la fuerza pública en un Estado democrático de Derecho*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2011, p. 119.

según se desprende de la lectura del artículo 15 de la mencionada ley.¹⁶ Dicha ley resulta aplicable en los casos en los cuales se trate de empresas que presten servicios en dos o más entidades federativas. Si la prestación del servicio es dentro del territorio de una entidad federativa, entonces se regula por las leyes locales correspondientes, dado que la mayoría de los casos se limita a la protección física de bienes e instalaciones, custodia de valores y protección de personas.¹⁷ En ninguno de los dos casos, los cuerpos de seguridad privada cuentan con atribuciones para investigar o perseguir delitos, pues éstas recaen en un ámbito distinto al de los servicios que autoriza la ley, utilizando solamente la presencia como elemento de disuasión y persuasión, junto con algunas técnicas de sometimiento. Lo anterior se entiende porque este tipo de servicios son ofrecidos con carácter preventivo ante la falta de suficiente personal operativo de los cuerpos de seguridad pública, que es designado al servicio de investigación y persecución de los delitos.

La creación de este tipo de empresas se incrementa constantemente. En América Latina, en términos generales, alcanza un promedio de 10 por ciento anual¹⁸ dado el aumento de la percepción ciudadana de inseguridad, aunado al hecho —y en ocasiones pretexto— de que las corporaciones de Gobierno son insuficientes para atender la esa demanda.

En cuanto al tema de derechos humanos que pudieran ser transgredidos por el personal de los cuerpos de seguridad privada, por tratarse de una relación entre particulares, mediaría una demanda por la vía penal o civil, no una denuncia en la Comisión Nacional o estatales de Derechos Humanos. Esto lleva a considerar que resulta necesario que la autoridad que emita dictamen favorable para otorgar permiso de operación de un cuerpo de seguridad privada, debe estar obligada a exigir entre sus requisitos, la acreditación de su personal en materia de derechos humanos.

Protocolos y procedimientos

El ejercicio de la función de seguridad pública que desarrollan los cuerpos de seguridad pública y privados, de estados y municipios, así como las fuerzas militares que coadyuvan en esta función, se sujetan a reglas de procedimiento con el objeto de moderar los métodos y el rigor en el uso de la fuerza. Estos procedimientos forman parte del estándar exigido para el respeto a los derechos humanos, y se encuentran en criterios sostenidos por las cortes nacionales y supranacionales.

¹⁶*Ley Federal de Seguridad Privada*, Diario Oficial de la Federación, Jueves 6 de julio de 2006, México, 2006, disponible en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4921238&fecha=06/07/2006

¹⁷Véase por ejemplo *Ley de Seguridad Privada para el Distrito Federal*, artículo 3° y ss., disponible en http://psm.du.edu/media/documents/national_regulations/countries/americas/mexico/mexico_ley_de_seguridad_privada_para_el_distrito_federal_24-01-05.pdf

¹⁸PNUD, *Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014. Seguridad Ciudadana con Rostro Humano. Diagnóstico y propuesta para América Latina*, p. 150, disponible en <http://www.undp.org/content/dam/rblac/img/IDH/IDH-AL%20Informe%20completo.pdf>.

De manera enunciativa, más no limitativa, se presentan a continuación, algunos elementos mínimos indispensables para el uso de la fuerza pública:

Oportunidad. Esto es, el momento preciso en que es necesario utilizarla. Los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han coincidido al estimar que la adecuada planeación preventiva de las actividades de los agentes estatales, debe estar necesariamente vinculada al principio de proporcionalidad: dado que conlleva necesariamente a minimizar el empleo de la fuerza, la planeación requiere la evaluación de las situaciones amenazantes a los valores que los funcionarios del orden están llamados a resguardar; además de que permite valorar el uso de los medios alternativos menos lesivos.

Proporcionalidad. El tipo o grado de aplicación y la intensidad en su ejecución siempre deberá estar acorde a los hechos a contener. Puede ir desde la presencia, pasando por la persuasión o disuasión (física o verbal), la contención, la disolución, hasta el empleo de la fuerza letal. Este principio de proporcionalidad ha sido entendido por la CIDH como la moderación en el actuar de los agentes del orden que procurará minimizar los daños y lesiones que pudieren resultar de su intervención, al garantizar la inmediata asistencia a las personas afectadas y procurando informar a los familiares y allegados lo pertinente en el plazo más breve posible.¹⁹ Los agentes legitimados para hacer uso de la fuerza deben aplicar un criterio de uso diferenciado y progresivo de la fuerza, determinando el grado de cooperación, resistencia o agresión de parte del sujeto al cual se pretende intervenir y, con ello, emplear tácticas de negociación, control o uso de la fuerza, según corresponda.²⁰ Circunstancias como “la intensidad y peligrosidad de la amenaza; la forma de proceder del individuo; las condiciones del entorno, y los medios de los que disponga el funcionario para abordar una situación específica”, son determinantes al momento de evaluar la proporcionalidad de las intervenciones de las autoridades del orden, pues su despliegue de fuerza debe perseguir en todo momento “reducir al mínimo los daños y lesiones que pudieran causarse a cualquier persona”. La dificultad está en la inmediatez de la toma de la decisión por parte de las fuerzas del orden público, lo que debe requerir una capacitación y un entrenamiento muy acuciosos.

Legalidad. Tal como lo ha señalado la CIDH,²¹ debe existir un marco previo y actualizado de normas jurídicas internas que regulen la actuación de los órganos del poder público del estado para su aplicación observando en todo momento la normativa internacional sobre el respeto a los derechos fundamentales de las personas.

¹⁹CIDH, *Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*, op. cit., párr. 119.

²⁰Corte IDH, caso “Hermanos Landaeta Mejías y Otros vs. Venezuela”, sentencia de 27 de agosto de 2014. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C, núm. 281, párr. 134; y caso “Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana”, fondo reparaciones y costas, sentencia de 24 de octubre de 2012, serie C núm. 251, párr. 85.

²¹Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*. Ob. Cit. párrafo 97.

Basado en tal objetivo, los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley de la Organización de Naciones Unidas (ONU), expedidos por la Oficina del Alto Comisionado en materia de Derechos Humanos, postulan en su numeral 11 que la normativa interna debe:

- 1) Especificar las circunstancias en que tales funcionarios estarían autorizados a portar armas de fuego y prescriban los tipos de armas de fuego o municiones autorizados;
- 2) Asegurar que las armas de fuego se utilicen solamente en circunstancias apropiadas y de manera tal que disminuya el riesgo de daños innecesarios;
- 3) Prohibir el empleo de armas de fuego y municiones que puedan provocar lesiones no deseadas o signifiquen un riesgo injustificado;
- 4) Reglamentar el control, almacenamiento y distribución de armas de fuego, así como los procedimientos para asegurar que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respondan de las armas de fuego o municiones que se les hayan entregado;
- 5) Señale los avisos de advertencia que deberán darse, siempre que proceda, cuando se vaya a hacer uso de un arma de fuego; y
- 6) Establecer un sistema de presentación de informes siempre que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley recurran al empleo de armas de fuego en el desempeño de sus funciones.

En la normativa interna mexicana, los elementos de los cuerpos de seguridad privada pueden portar armas de fuego, y para tal efecto, deberán solicitar a la Secretaría de Gobernación su opinión, para que el personal operativo pueda portar armas en el desempeño de sus funciones; esto como requisito previo a efecto de obtener de la Secretaría de la Defensa Nacional la licencia particular o colectiva para la portación, cuyo trámite estará sujeto a lo establecido por la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos y demás disposiciones aplicables, conforme lo dispone el artículo 24 de la Ley Federal de Seguridad Privada.²²

Responsabilidad. Es decir, la acción responsable de quienes deben aplicar el uso de la fuerza pública, lo que supone la preexistencia de protocolos de actuación, niveles de responsabilidad, de coordinación, etcétera.

Sustentabilidad institucional. Se considera que este elemento implica una policía moderna, que opera bajo criterios de legitimidad, profesionalización, eficiencia, eficacia, transparencia y control operativo, dentro de un marco de pleno respeto a la constitucionalidad y sus preceptos fundamentales.

Es en esta sustentabilidad donde podría radicar la estandarización y uniformidad de visiones y criterios a que nos referíamos con anterioridad, a efecto de que todos los cuerpos de seguridad pública de las entidades federativas y sus municipios, se sujeten a una sola normativa, que incluya una sola concepción jurídica de la seguridad pública en los estados, un modelo único de evaluación policial, un solo criterio de control

²²Ley Federal de Seguridad Privada, *op. cit.*

de confianza, junto con salarios homologados para niveles y mandos de toda la estructura del estado de fuerza en las entidades federativas, entre otras medidas que unifiquen métodos, criterios y procedimientos.

Excepcionalidad. Esto es, la consideración de que la aplicación de la fuerza pública es un recurso de última instancia y de que siempre habrá que prevenir y disminuir a su mínima expresión, el riesgo de un eventual abuso, previendo las sanciones y medidas correctivas correspondientes. Este elemento también se refiere a la posibilidad de recurrir a “las medidas de seguridad ofensivas y defensivas estrictamente necesarias para el cumplimiento de las órdenes legítimas impartidas por la autoridad competente ante hechos violentos o delictivos que pongan en riesgo derechos fundamentales de las personas”,²³ refrendado en el documento Principios sobre el empleo de la fuerza n° 4, al establecer:

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto.

Al respecto, la Corte Interamericana ha señalado que de conformidad con las circunstancias del caso, resulta “preciso verificar si existen otros medios disponibles menos lesivos para tutelar la vida e integridad de la persona o situación que se pretende proteger”.²⁴ De manera concreta ha establecido también que no se puede acreditar este requisito cuando las personas no representan un peligro directo, “inclusive cuando la falta del uso de la fuerza resultare en la pérdida de la oportunidad de captura”.²⁵

Humanidad. Es decir, el uso de este recurso excepcional con plena observancia y respeto a los derechos fundamentales y la normativa nacional e internacional aplicable, velando por la integridad de la persona y el reconocimiento de su dignidad intrínseca.

La forma en que son consideradas estas premisas, varía según el contexto o condiciones en que deba ser aplicada: geográfico, demográfico, cultural, político, contingencias por desastres, etcétera.

Estos elementos se han generalizado prácticamente en todos los países de América Latina, dando un matiz homogéneo a la conceptualización del uso de la fuerza en los países de la región, tal y como se desprende de la lectura de las reglas generales y niveles en el uso de la fuerza, emitidos por autoridades mexicanas, aunque existe di-

²³CIDH, *Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*, op. cit., párr. 116.

²⁴Corte IDH, caso “Montero Aranguren y otros” (Retén de Catia). Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de julio de 2006, serie C, núm. 150, párrs. 67-68; y caso “Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana”, fondo reparaciones y costas, sentencia de 24 de octubre de 2012, serie C núm. 251, párr. 85.

²⁵Corte IDH, caso “Hermanos Landaeta Mejías y Otros vs. Venezuela”, sentencia de 27 de agosto de 2014. Excepciones preliminares, Fondos, reparaciones y costas, serie C, núm. 281, párr. 134; caso “Nadege Dorzema y otros”, fondo reparaciones y costas, sentencia de 24 de octubre de 2012, serie C núm. 251, párr. 85; y Corte Europea de Derechos Humanos, caso “Kakoulli v. Turquía”, No. 38595/97, sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 108.

versidad de criterios en cuanto a su uso y la forma de controlar el riesgo de un eventual abuso. Ello impone la necesidad de darle continuidad y seguimiento a la labor de modernización a las normas e instrumentos para controlar su ejercicio, y finalmente para involucrar procesos de mejora continua en términos de profesionalización y responsabilidad policial (*police accountability*).

La Procuraduría General de la República,²⁶ la Secretaría de la Defensa Nacional²⁷ y la Secretaría de Marina,²⁸ publicaron acuerdos secretariales por los que establecen directivas para el uso legítimo de la fuerza de su personal. Estos documentos fueron publicados en el *Diario Oficial de la Federación*, del 23 de abril de 2012, cuyos principios se ajustan a los elementos arriba indicados, como una forma de moderar el uso de la fuerza. En estos también llamados protocolos del uso de la fuerza, se establecen como reglas generales:

- 1) Cumplir un deber actuando en apoyo de las autoridades civiles o en la aplicación de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos;
- 2) Contrarrestar la Resistencia no Agresiva, Agresiva o Agresiva Grave;
- 3) Impedir la comisión inminente o real de delitos;
- 4) Proteger de una agresión, bienes jurídicos tutelados, o
- 5) Su legítima Defensa.

No sólo esto, sino que por cláusula expresa señala que se evaluará la situación para determinar inmediatamente el nivel de fuerza que se utilizará, consultando de ser posible a su superior jerárquico. Además de lo anterior, estos Protocolos consignan los siguientes niveles en el uso de la fuerza:

- 1) Disuasión: consiste en la simple presencia física visible de unidades o personal;
- 2) Persuasión: las acciones que de manera inofensiva desarrollan los elementos, mediante instrucciones verbales, para conminar al transgresor de la ley, a que desista de su conducta;
- 3) Uso de la fuerza no letal: se emplea para controlar a una persona o personas en los casos de resistencia no agresiva o agresiva, y
- 4) Uso de la fuerza letal: se emplea sólo en los casos de resistencia agresiva grave o en los que el transgresor amenace al personal, con arma de fuego u otro objeto que ponga en peligro su vida.

²⁶Acuerdo A/080/12 de la Procuraduría General de la República, por el que se establecen las directrices que deberán observar los agentes de la policía federal ministerial para el uso legítimo de la fuerza. *Diario Oficial de la Federación*. Lunes 23 de abril de 2012. Tomado de: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5244768&fecha=23/04/2012

²⁷Directiva que regula el uso legítimo de la fuerza por parte del personal del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, en cumplimiento del ejercicio de sus funciones en apoyo a las autoridades civiles y en aplicación de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos. *Diario Oficial de la Federación*. Lunes 23 de abril de 2012. Tomado de: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5244755&fecha=23/04/2012

²⁸Acuerdo Secretarial 27 por el que se reforma y adiciona la Directiva 003/09 del 30 de septiembre de 2009, mediante la cual se regula el uso legítimo de la fuerza por parte del personal naval, en cumplimiento del ejercicio de sus funciones, en coadyuvancia al mantenimiento del Estado de Derecho. *Diario Oficial de la Federación*. Lunes 23 de abril de 2012. Tomado de http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5244757&fecha=23/04/2012

En 2014, la Secretaría de la Defensa Nacional y la Secretaría de Marina, publicaron el *Manual del uso de la fuerza de aplicación común a las tres Fuerzas Armadas*, que se trata de una versión ampliada de los elementos señalados, así como del Acuerdo arriba citado.²⁹

Este Manual incorpora conceptos y circunstancias en que se usaría la fuerza, la protección a los ciudadanos, la identidad del personal militar, así como el régimen de responsabilidades.

Si bien la aplicación de la fuerza es de carácter excepcional, los casos en los que puede darse son múltiples y de muy variada naturaleza. El asunto no está en su aplicación legítima, sino en sus muy diversas expresiones que incurren en el abuso, el exceso, la ilegitimidad que, lejos de ser actos de fuerza pública, se convierten en manifestaciones de violencia, inobservancia de principios constitucionales básicos y violaciones a los derechos humanos de quienes las sufren.

Ahora bien, entre las medidas que implican el uso de la fuerza, la más generalizada entre los cuerpos de seguridad pública es la detención. Ésta tiene diversas modalidades, entre las que podemos mencionar las siguientes:

- 1) Detención en flagrancia, para impedir la comisión de un delito o falta, o bien, la huida de quien pudiera haberlo cometido en ese momento;
- 2) Detención y puesta a disposición de la autoridad competente para verificar ordenes de aprehensión pendientes; o como medida cautelar en el marco de una investigación jurisdiccional;
- 3) Detención por sospecha, como resultado, por ejemplo, de una acción de verificación de identidad, por probable vinculación a grupos de crimen organizado;
- 4) Detención por razones de orden público, por la comisión de actos ilícitos en manifestaciones, marchas, protestas, etcétera, que alteren la paz y el orden social, siempre que constituyan un riesgo para la población;
- 5) Custodia temporal por la comisión de faltas administrativas o mientras una autoridad decide sobre su prisión formal;
- 6) Detención por hechos relacionados con una investigación delictiva (interrogatorios, aporte de pruebas), y,
- 7) Restricción a la circulación vehicular o peatonal por diversas causas de la actividad urbana.

Por otra parte, cada entidad federativa implementa las medidas cautelares o de protección que cree convenientes. Por ejemplo, la Ciudad de México cuenta con criterios para el uso de la fuerza según el Protocolo de Actuación Policial de la Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal para el Control de Multitudes, expedido el 25 de marzo de 2013. Tales criterios son:

²⁹*Manual del uso de la fuerza, de aplicación común a las tres Fuerzas Armadas*, Diario Oficial de la Federación, 30 de mayo de 2014, disponible en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5346857&fecha=30/05/2014

Legal: Que su acción se encuentre estrictamente apegada a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a la Ley General que establece las bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, a la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal, a la presente Ley y a los demás ordenamientos aplicables.

Racional: Que el uso de la fuerza esté justificado por las circunstancias específicas y acordes a la situación que se enfrenta:

- a) Cuando es producto de una decisión que valora el objetivo que se persigue, las circunstancias del caso y las capacidades tanto del sujeto a controlar, como de la Policía;
- b) Cuando sea estrictamente necesario en la medida en que lo requiera el desempeño de las tareas de la Policía;
- c) Cuando se haga uso diferenciado de la fuerza;
- d) Cuando se usen en la medida de lo posible los medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de las armas;
- e) Cuando se utilice la fuerza y las armas solamente después de que otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto.

Congruente: que exista relación y equilibrio entre el nivel de uso de fuerza utilizada y el detrimento que se cause a la persona.

Oportuno: que se aplique el uso de la fuerza de manera inmediata para evitar o neutralizar un daño o peligro inminente o actual, que vulnere o lesione la integridad, derechos o bienes de las personas, las libertades, la seguridad ciudadana o la paz pública; y

Proporcional: que el uso de la fuerza sea adecuado y corresponda a la acción que se enfrenta o intenta repeler.

Ningún policía podrá ser sancionado por negarse a ejecutar una orden notoriamente inconstitucional o ilegal, o que pudiera constituir un delito. Toda orden con estas características deberá ser reportada al superior jerárquico inmediato de quien la emita. Los motivos por los cuales se da la intervención de la policía, por lo que se refiere al tipo del delito o de orden a cumplir, no justifican por sí mismo el uso de las armas letales o fuerza letal, inclusive si los delitos de que se trate hayan sido violentos.

En estrecha relación con lo anterior, el Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, A.C. señala en el *Memorial para el Uso de la Fuerza*,³⁰ que:

La brutalidad es un acto consciente de causar daño más allá del control de una situación, mientras que el uso innecesario puede reflejar la incapacidad de manejar una situación, ya sea por falta de entrenamiento adecuado u otros motivos. El uso innecesario de la fuerza puede ser un error de buena fe en un intento por manejar una situación, la bruta-

³⁰Memorial "Amicus Curiae" Presentado por el Dr. Gustavo Fondevila del Centro de Estudios y Docencia Económica (CIDE), el Instituto para la Seguridad y la Democracia (Insyde) y el Centro de Derechos Humanos "Miguel Agustín Pro Juárez" (Centro Prodh) con el fin de ofrecer consideraciones técnicas y jurídicas para el establecimiento de los límites de la fuerza pública relacionada con la investigación de los hechos ocurridos en San Salvador Atenco. Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, A.C. México, 2007, disponible en https://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=8&ved=0ahUKEwjEpGepIPOAhXm6IMKHQaWA_UQFghJMAc&url=https%3A%2F%2Fwww.centroprodh.org.mx%2Findex.php%3Fopcion%3Dcom_docman%26task%3Ddoc_download%26gid%3D131%26Itemid%3D185%26language%3Des&usq=AFQjCNGyNuUwEOYJmE9VOrAL5FWwFGXB1Q&sig2=eHIVAhUjLi3Y84xNfmP5Pg&bvm=bv.127521224,d.amc&cad=rja.

lidad nunca es de buena fe. Esta distinción es importante para el tema y el caso particular que analizamos en este informe. La importancia reside en que las causas de ambos tipos de mal uso de la fuerza son de diversa naturaleza. El uso innecesario podría resolverse con una mejor capacitación técnica, la brutalidad refleja un problema mucho más profundo.

De la lectura del citado párrafo se infiere un concepto de brutalidad, así como su diferencia con el uso de la fuerza, cuya importancia radica en que son de distinta naturaleza. Para el uso innecesario de la fuerza señala que podría resolverse con una mejor capacitación técnica, pero mientras para que la brutalidad de la policía, además de reflejar la carencia de capacitación policial, manifiesta la distorsión de los objetivos en un sistema democrático en que debe desenvolverse la policía.

Además, en la aplicación del uso de la fuerza destaca la idea de la fuerza razonable, sujeta a las siguientes variables: la aplicación de la fuerza necesaria para poder controlar a un sospechoso en un arresto, así como para proscribir una amenaza, cuando se presenta, en el que se infiere que el carácter de razonabilidad se encuentra ligado al sometimiento del individuo, o bien, cuando deje de oponer resistencia a la acción de la autoridad.

Se trata en cualquier caso de que los criterios de aplicación atiendan siempre el marco constitucional y convencional, para garantizar la integridad de los individuos a quienes se dirige la acción estatal.

Régimen disciplinario

Una búsqueda en el Sistema de Registro de Servidores Públicos Sancionados (RSPS),³¹ arroja que del 1 de julio de 2015 al 1 de julio de 2016, la Secretaría de la Función Pública sancionó a 1,626 servidores públicos de la Policía Federal, entre las faltas se incluyen inhabilitaciones, suspensiones, sanciones económicas, destituciones, amonestación privada y apercibimiento público. Las causas podrían ser de diversa naturaleza, que irían desde las administrativas, por diferencias con el mando, hasta la generación de delitos o corrupción. Mientras tanto, la Procuraduría General de la República sancionó a 152 servidores públicos, en los mismos rubros. En cuanto al régimen disciplinario en las Secretarías de la Defensa Nacional y de Marina, el RSPS no arrojó resultado alguno.

A nivel federal, esto habla de una cierta voluntad política por implementar un régimen de sanciones a los servidores públicos que cometan faltas o delitos, en el uso de sus atribuciones. Sin embargo, esta voluntad no es sino el cumplimiento estricto de la obligación impuesta por la Constitución, toda vez que la garantía que se otorga por los servidores públicos es la protesta de cumplir y hacer cumplir la Constitución mexicana.

³¹RSPS, Secretaría de la Función Pública, disponible en <http://www.rsp.gov.mx/Sancionados/publica/buscapublicas.jsp>.

Los datos de este registro no coinciden con el resumen ejecutivo³² del informe “La policía en México: Muchas reformas, pocos avances” elaborado por la organización Washington Office on Latin America (WOLA, por sus siglas en inglés) señala que:

El informe sostiene que la ausencia de fuertes controles internos y externos sobre la policía ha hecho que los agentes implicados en delitos —que podría ser actos de corrupción hasta violaciones graves a los derechos humanos— tienen pocos incentivos para cambiar sus acciones porque es poco probable que serán investigados y sancionados.

Posiblemente este informe pudiera poner en evidencia que las sanciones arriba señaladas son una mera pantalla en el combate a la indisciplina. En cualquier caso, es dable afirmar que cuando se carece de una base de datos oficiales de policías sancionados o cuando no hay suficiente transparencia en los procesos disciplinarios, se abre una puerta enorme a la especulación. Ello lleva a pensar, en detrimento de la imagen institucional, que la autoridad no desea exponer al escrutinio público a los elementos de sus corporaciones que han sido sancionados, ni las causas de ello, quizás protegiendo el derecho a la secrecía de sus elementos, pero soslayando el derecho de información de la sociedad.

Más allá de una ausencia de datos, el modelo del régimen disciplinario para los cuerpos de seguridad pública se encuentra, como las 32 policías estatales y 2,500 policías municipales, dispersa en un mar de criterios sujetos al arbitrio del mando. No sólo esto, sino que el policía raso o de calle, al pertenecer a uno de los niveles más bajos de confianza en las instituciones, con 5.3 puntos, según³³ la encuesta “México: confianza en instituciones 2015”, carece de una mínima confianza o credibilidad con sus mandos, cuya sensación permea a toda la corporación.

Criterios internacionales

En el ámbito internacional, el uso de la fuerza de los cuerpos de seguridad pública es sujeto de mención en instrumentos internacionales y regionales, que se asocia con los tratados sobre el respeto a los derechos humanos.

Naciones Unidas ha publicado orientaciones universales que describen los estándares mínimos para el ejercicio de la actividad policial, incluido el uso de la fuerza. Por ejemplo, en diciembre de 1979 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.³⁴ Estas normas carecen de valor normativo y práctico en tanto su contenido y significado, mediante la educación, la

³²WOLA, *La policía en México: muchas reformas, pocos avances*. Resumen Ejecutivo. Washington, D.C. 2014, mayo, disponible en <http://www.wola.org/sites/default/files/La%20Policia%20en%20Mexico%20Resumen%20Ejecutivo.pdf>.

³³Consulta Mitofsky, *México: confianza en instituciones 2015*, México, septiembre de 2015, disponible en http://consulta.mx/index.php/estudios-e-investigaciones/mexico-opina/item/download/415_74d911b5312eeb1e1b6766bfeb42997.

³⁴Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. s/f., disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/LawEnforcementOfficials.aspx>.

capacitación y la vigilancia, no pasen a ser parte del conocimiento de todo funcionario encargado de hacer cumplir la ley. El Código aplica en todos los casos en que se haya incorporado a la legislación o a la práctica nacional y, por supuesto, si en las legislaciones nacionales se contienen reglas más estrictas, se aplicarán estas últimas y está dirigido como normas mínimas para los policías. La consecuencia directa de este Código es la protección y respeto de los derechos humanos.

En su Octavo Congreso sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana en 1990, la ONU emitió los Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.³⁵ Estos principios son de suma importancia y obligatoriedad, pues exigen que todas las intervenciones policiales se basen en los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, mismos que deben ser puestos en práctica con un alto grado de racionalidad. Estos principios enseñan a los policías la forma para realizar alguna detención, así como a analizar la legalidad o la proporcionalidad en el uso de la fuerza. En otro rubro, en 1988, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó el *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, cuyo objetivo es proteger a todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

En cuanto al sistema interamericano, el caso conocido en Guatemala como “Finca La Exacta”³⁶ sentó un precedente, cuando la CIDH investigó la responsabilidad del Estado de Guatemala por hechos ocurridos en 1994, en los que la Policía Nacional disparó contra campesinos. En el informe derivado de esta investigación, la CIDH se pronunció en el sentido de que la policía había hecho uso excesivo de la fuerza. Adicionalmente, la CIDH determinó que, como requisito general, el Estado puede autorizar la utilización de la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la justa medida para el efectivo cumplimiento de deberes legítimos, lo que no había sucedido en este caso.

Por su parte, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha expresado³⁷ su preocupación por el uso extendido de armas letales en situaciones que no son requeridas, sobre todo en aquellas situaciones en las que debe de intervenir la policía.

El conjunto de criterios internacionales o regionales no se encuentran aún sistematizados en manuales para la formación, capacitación y actualización de los elementos de las corporaciones policíacas. Es una tarea necesaria que redundará en un mayor y mejor desempeño de las policías, tratándose del respeto y protección de los derechos humanos.

³⁵Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. s/f., disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/UseOfForceAndFirearms.aspx>.

³⁶Fernando Martínez Mercado, *Proyecto: Generación de Red de investigadores y profesionales vinculados con materias policiales y de derechos humanos en México*. Documento de trabajo no. 4. Notas y experiencias para la reforma policial en México, p. 15. Universidad de Chile. Instituto de Asuntos Públicos. Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana. Tomado de: http://www.cesc.uchile.cl/publicaciones/dt_04_usodelafuerza.pdf

³⁷Fernando Martínez Mercado, *op. cit.*

Algunas reflexiones finales

Sin duda alguna el evento más reciente del uso de la fuerza lo constituyó el intento de desalojo de maestros de la Coordinadora Nacional de Trabajadores de la Educación (CNTE), el pasado domingo 19 de junio de 2016 en Nochixtlán, Oaxaca, por elementos de la Policía Federal, en el que las redes sociales (Facebook y Twitter) dieron cuenta del uso desproporcionado de la fuerza, al utilizar armas de fuego sobre los manifestantes. El comunicado³⁸ de prensa que emitió la Policía Federal, señaló en su punto 2 que: “Los elementos de la Policía Federal que participan en el operativo no se encuentran armados ni portan tolete”. Y sobre las armas de fuego, el mismo Boletín señala que “[...] En este sentido, se tiene conocimiento que las agresiones por arma de fuego registradas provinieron de personas ajenas a los bloqueos, quienes realizaron disparos contra la población y los policías federales”. Dicha información contrastó con las imágenes que circularon en redes sociales, que dan cuenta de los disparos que realiza un elemento de la Policía Federal, con un rifle de alto poder, y que fueron publicadas por diversos medios de comunicación, nacionales e internacionales.³⁹

Otro caso es el abuso en el uso de la fuerza para retener a un grupo de estudiantes de la Escuela Normal Rural “Isidro Burgos” de Ayotzinapa, Guerrero, que luego devino en un tema de desaparición forzada, encubrimiento y colusión de servidores públicos, cuando entre otras pruebas, los videos del C4 daban cuenta que en camionetas de la policía municipal de Iguala, Guerrero, trasladaron a los estudiantes a un lugar desconocido en las afueras de la cabecera municipal. Las investigaciones arrojaron como resultado que la policía municipal había sido penetrada por la delincuencia organizada, lo cual vulneró el modelo de seguridad pública del municipio, alterando los métodos y procedimientos del modelo policial, así como la inteligencia táctica para prevenir los hechos conocidos.

En los disturbios y actos de carácter vandálico que tuvieron lugar en las protestas posteriores a la desaparición de los estudiantes normalistas, se hizo recurrente el protocolo por parte de las autoridades policiacas del estado de Guerrero el recurrir al uso de elementos desarmados, situación que se constataba mediante la práctica de una fe notarial, así como el acompañamiento de funcionarios de la Comisión Estatal de Defensa de los Derechos Humanos.

El dilema no es menor; existe una amplia gama de experiencias teóricas y prácticas que en este ámbito se confrontan a los hechos, al constatar su forma de uso, y a veces abuso, en medios generadores de opinión pública como la prensa y las redes sociales. Un ejemplo de estas experiencias lo constituye la labor de comandantes de la Policía Federal, quienes por su capacidad de diálogo, gestión y negociación han logrado que grupos de protesta que se han manifestado en diversos lugares del país, obsta-

³⁸Policía Federal, *Comunicado de Prensa No. 376*. México, a 19 de junio de 2016, disponible en http://www.cns.gob.mx/portalWebApp/appmanager/portal/desk?_nfpb=true&_windowLabel=portlet_1_1&portlet_1_1_actionOverride=%2Fboletines%2FDetalleBoletin&portlet_1_1_id=1410001.

³⁹*Revista Proceso*, “Niega la CNS uso de armas en Oaxaca; hay 21 policías federales heridos”, México, 19 de junio de 2016, disponible en <http://www.proceso.com.mx/444569/niega-cns-uso-armas-en-oaxaca-21-policias-federales-heridos>.

culizando principalmente vías de comunicación, abandonen tales acciones para encauzar su protesta por la vía política o administrativa. Éste es un ejemplo que cuando el diálogo o la persuasión son bien utilizados, es posible resolver crisis; sin diálogo difícilmente se obtendrá algún resultado.

A lo anterior debe sumarse que la experiencia nacional empieza a transitar por la exigencia de grupos afectados por dichas movilizaciones sociales, a efecto de que se “aplique el Estado de Derecho”. Las demandas ante la omisión de las autoridades gubernativas de garantizar el ejercicio de derechos, como el de la libertad de tránsito o la protección de la propiedad, empiezan a ser del conocimiento de los jueces de amparo.

Ejemplo de esta decisión sería la adoptada en agosto de 2016, por el juez Decimosexto de Distrito en Materia Administrativa del Primer Circuito, con sede en la Ciudad de México, quien ordenó a las autoridades locales, entre ellas a la Secretaría de Seguridad Pública, retirar los bloqueos existentes en las inmediaciones de las oficinas de la Secretaría de Gobernación, a efecto de asegurar el libre tránsito por dicha vialidad. Su fallo se basó en que “el deber de garantizar el derecho a manifestarse públicamente no tiene el alcance de proteger el bloqueo deliberado de las vías de circulación”. En la argumentación realizada por el juzgador federal destaca la afirmación de que “el conflicto de derechos obliga a las autoridades a realizar una armonización, a efecto de implementar medidas adecuadas para hacer compatibles los intereses en juego; sin embargo, habrá ocasiones en las que ello implique la limitación de alguno o de ambos derechos, caso en el cual, para que ésta resulte válida, debe ser admisible en el ámbito constitucional, necesaria para obtener los fines que fundamentan la restricción y guardar una relación de proporcionalidad entre el fin buscado y los efectos que produce en otros derechos e intereses constitucionales”.⁴⁰

El inicio de la emisión de normatividad jurídica en nuestro país respecto de los contenidos, formas y procedimientos para el uso de la fuerza pública por parte de los cuerpos de seguridad implica un avance significativo, hay que decir que existe coincidencia generalizada en que esta formalidad normativa no puede pensarse que sea eficaz por sí sola; tendrá siempre que ir acompañada de cambios en los manuales operativos, en los procesos y procedimientos, y sobre todo en la formación, capacitación y adiestramiento de los elementos de todas las corporaciones en los tres ámbitos de Gobierno para transformar no sólo de forma, sino de fondo la cultura institucional y de cuerpo, respecto de los distintos escenarios en los que resulte preciso el uso legítimo de la fuerza pública. Abandonar la visión represiva y enfocarse en una perspectiva de protección ciudadana y salvaguarda de los derechos humanos, tanto de los propios sujetos pasivos como de la población.

La actualización permanente del marco regulatorio resulta ser de vital importancia en el uso de equipos y tecnologías para la contención y rechazo de las amenazas al orden y seguridad públicos, pues siempre tendrán que adaptarse a su creciente variedad, avance y sofisticación tecnológica, no sólo en cuanto a su mera operación técnica,

⁴⁰Juan Pablo Reyes, “Juez ordena libre tránsito en CDMX; conceden amparo contra bloqueos”, *Excelsior*, México, 4 de agosto de 2016, disponible en <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2016/08/04/1108909>.

sino también a la adecuación de su empleo a las propias circunstancias de cada evento y en consideración a los principios básicos rectores del uso de la fuerza y, por supuesto, previendo las sanciones respectivas por su uso inadecuado.

Del análisis de los rubros de este ensayo es posible deducir que el estado de inseguridad que vivimos en México tiene, entre otros factores, a la vulnerabilidad que produce la corrupción en los cuerpos de seguridad pública. Por otra parte, todo intento de actualizar el marco jurídico que tenga por objeto regular el uso de la fuerza pública será inútil si no viene acompañado de la voluntad política para ejercerlo, de un fortalecimiento de la cultura de los derechos humanos y del establecimiento de una adecuada carrera policial. Sólo de esta manera cambiará el panorama de la inseguridad en el país.

Las obligaciones de México con la Corte Penal Internacional
de conformidad al Derecho de los Tratados

Las medidas que México adoptó en materia de control de convencionalidad desde la suscripción del Estatuto de Roma en el 2005 distan mucho del cumplimiento de nuestras obligaciones en derecho internacional y derecho de los tratados. El artículo 21 párrafo octavo Constitucional enmendado en 2005 así como la ley de cooperación internacional con la Corte Penal Internacional olvidada en la Cámara de Diputados desde el 2009 son contrarios a nuestros compromisos asumidos conforme a los principios de interpretación de los tratados internacionales en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. Se está utilizando la soberanía como excusa para incumplir un tratado que no admite reservas. El diagnóstico de la autora es enmendar la Constitución una vez más y eliminar los contenidos actuales del artículo 21 párrafo octavo; así como procesar en el Congreso una verdadera ley de cooperación internacional con la Corte sin reservas encubiertas y límites más allá de los establecidos en el propio Estatuto. Es necesario armonizar el derecho doméstico incorporando los crímenes *ratione materiae* competencia de la Corte Penal Internacional en el espíritu del Estatuto. La tipificación de crímenes de lesa humanidad en particular cobra relevancia. Es fundamental capacitar a nuestros legisladores a fin de que se entienda que violaciones flagrantes de derechos humanos no son crímenes internacionales, por lo que el artículo 1 Constitucional en derecho internacional de los derechos humanos no nos resuelve el problema. Estamos hablando de disciplinas con marcos normativos y conductas delictivas distintas. Al no contar con un aspecto normativo adecuado no podremos argumentar derecho de primacía conforme al principio de complementariedad en el Es-

Sumario

Introducción	812
La Corte Penal Internacional	813
México como suscriptor del Tratado de Roma, valoración de sus obligaciones conforme al derecho internacional	822
Conclusiones.....	828
Bibliografía	829

tatuto para hacer frente a una eventual apertura de investigación incluso preliminar. El derecho mexicano es definido como derecho civil lo que no permitirá, en caso de apertura de investigación por parte de la Corte Penal, de absorber el derecho en el Estatuto en materia de crímenes de lesa humanidad por vía de la costumbre, esta última en derecho doméstico mexicano considerada solo una fuente supletoria. El control de convencionalidad por lo tanto y como están las cosas México no lo ha iniciado.

Introducción

El objetivo de este artículo es el análisis jurídico de las medidas en derecho doméstico que el Estado Mexicano ha realizado en materia de control de convencionalidad desde la ratificación del Estatuto de Roma el 28 de octubre del 2005 entrando en vigor para nuestro país el 1 de enero del 2006 y la viabilidad de dichas medidas conforme al derecho internacional. El ensayo consta de dos partes. En la primera parte con número romano II analizamos desde los orígenes del proyecto de una corte permanente de justicia internacional hasta su concreción con la adopción del Estatuto de Roma o de la Corte Penal Internacional en 1998. Seguidamente entramos en materia analizando el derecho de los tratados y derecho aplicable en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, las fuentes primarias y subsidiarias en el descubrimiento de la norma. Se hace una referencia profunda en los principios de interpretación que gobiernan el Estatuto que no son otros que la preservación del objeto y espíritu de todo tratado conforme a lo establecido en la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados de 1969 y la jurisprudencia existente en derecho internacional que sustenta este principio. Paralelamente a ello se analiza los principios de derecho internacional de los derechos humanos en el Estatuto siendo esta una innovación respecto a los Estatutos de tribunales penales internacionales precedentes. Los derechos de los acusados y de las víctimas forman parte de la columna vertebral en la praxis de la Corte Penal Internacional. En clara conexión con lo anterior estudiamos los principios de legalidad *nullum crime sine lege* y *nulla poena sine lege* y *ratione temporis* de la Corte Penal Internacional. Finalmente en esta primera parte se explica el funcionamiento del principio de complementariedad o de primacía de acción del Estado suscriptor del Estatuto de Roma. Ello nos lleva a la segunda parte del ensayo en el número romano III. A un análisis en materia de derecho de los tratados y por tanto de examen de las responsabilidades de México en derecho internacional respecto de un tratado que no admite reservas. La conclusión de este artículo es que se debe enmendar la Constitución nuevamente a fin de eliminar por completo el artículo 21 párrafo octavo pues es nulo conforme a los principios de interpretación de los tratados en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de la que México es parte suscriptora. Por otro lado, carecemos de una tipificación en derecho positivo de crímenes de lesa humanidad en nuestra legislación doméstica. Este crimen es *ratione materiae* del Estatuto de Roma, por lo que ante una eventual apertura de investigación por parte de la Corte Penal Internacional para México por la presunta

comisión de estos crímenes, no podremos argumentar el derecho de primacía conforme al principio de complementariedad en el Estatuto. Habrá que armonizar los demás crímenes de la competencia de la Corte Penal en nuestro derecho doméstico pues no están completamente a la par. Finalmente, en materia de la ley de cooperación internacional, México no puede condicionar la relación que nuestro país ha asumido en el Estatuto más allá de lo establecido en materia de cooperación en el mismo. No es posible. Estamos adentro o no estamos. Conforme al derecho de los tratados no podemos argumentar soberanía nacional para incumplir; es derecho positivo, vigente y costumbre internacional, esta última fuente primaria de derecho internacional. Por último, estamos ante la urgente necesidad de hacer ver a nuestros legisladores, que nuestra reforma del 2011 que equipara los derechos humanos con la Constitución no nos sirve en materia de prohibición de crímenes internacionales. Violaciones flagrantes de derechos humanos y crímenes internacionales son cosas diferentes. Se concluye entonces que el estado Mexicano no ha iniciado en realidad el control de convencionalidad.

La Corte Penal Internacional

Origen

Ha sido un largo camino con el anhelo de crear una corte penal internacional permanente desde inicios del siglo XX,¹ pasando por los tribunales militares de Núremberg y del Lejano Oriente en 1946 y 1948 respectivamente,² y que en el ánimo de las mismas

¹Los primeros intentos de crear una jurisdicción internacional se remontan hacia la firma del Tratado de Versalles de 1919 después de la Primera Guerra Mundial cuando la *Entente Cordiale* hizo el intento de crear un tribunal especial de guerra que sentara en el banquillo de los acusados al Kaiser Guillermo II de la dinastía de los Hohenzollern y Emperador de Alemania. No fue posible. El Kaiser encontró resguardo en Holanda la cual no tenía la menor intención de extraditarlo, por los crímenes en contra de la moral internacional y santificación de los tratados internacionales. Sin embargo la idea de una corte internacional penal permanente seguía en el tintero hacia los años veintes del siglo XX entre los grupos de expertos que incluían el Comité de Juristas de la Liga de las Naciones, la Asociación Internacional de Derecho Penal y la Asociación de Derecho Internacional. El activismo de la época no rindió los frutos deseados pues se antepusieron argumentos en materia soberana de los Estados para juzgar a sus propios nacionales, o bien que los Jefes de Estado sólo podían rendir cuentas a los propios ciudadanos de ese Estado y no a la comunidad internacional. No menos importante era que no existía un código penal internacional conforme al cual los posibles acusados rindieran cuentas. No era el momento histórico, tal vez, pero sí hubo resultados inmediatos aunque llenos de imperfecciones como lo fue la creación de la Suprema Corte del Reich en Leipzig, instituida ante la negativa alemana del establecimiento de un tribunal internacional sugerido por la Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y Establecimiento de Penalidades reunido en Versalles durante la conferencia de paz. La lista incluía a altos oficiales de la jerarquía alemana como el hijo del mismo Kaiser también de nombre Guillermo, el Conde Bismarck, los mariscales Paul Von Hindenburg y Erich Ludendorff. Las potencias de la *Entente Cordiale* consintieron a los juicios de Leipzig en 1920 introduciendo una lista original de 45 nombres, la cual se redujo a 12 de los cuales 6 fueron absueltos. Solo uno de ellos, el mayor Bruno Crusius fue sentenciado bajo el principio de la responsabilidad del Superior Jerárquico. La Suprema Corte de Leipzig lo había encontrado culpable por haber ordenado la ejecución de prisioneros de guerra franceses. Michal Stryszak (2000) ‘Command Responsibility. How much should a commander be expected to know?’ *Journal of Legal Studies*, 35 p.

²Fue hasta después de la Segunda Guerra Mundial en 1945, cuando los Aliados victoriosos de la guerra decidieron llevar a cabo juicios militares internacionales penales en contra de los líderes y altos jerarcas del Eje. Entonces la idea de

Naciones Unidas desde su creación décadas después, se pusieron como tarea crear este tribunal. Una larga odisea transitando a través de los obstáculos que entrañó la Guerra Fría que paralizaron en mayor medida los trabajos para la misma, hasta el renacer de este anhelo en la creación de los tribunales Ad Hoc de la ONU para la ex Yugoslavia (TPIY) en 1993, y de Ruanda (TPIR) en 1994 en medio de crisis humanitarias que recordaron al holocausto. Ha sido un proceso larguísimo de más de cincuenta años cuando en el marco de las Naciones Unidas primero se le encomendó a la Comisión de Derecho Internacional la redacción de un borrador de Estatuto, pasando después por disposición de la Asamblea General a que un Comité sobre Jurisdicción Penal Internacional se encargara, para que finalmente en 1991 la Comisión de Derecho Internacional se ocupara otra vez y creara un Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. En 1992 un Grupo de Trabajo produjo un reporte favorable para la creación de esta corte penal internacional permanente. Por lo que en 1994 la Comisión de Derecho Internacional adoptó un texto o un borrador de Estatuto que fue la base para la conformación del presente Estatuto de la Corte Penal Internacional, conocido también como Estatuto de Roma que se adoptó en 1998.

Adopción del Estatuto y estructura

El 17 de julio de 1998 fue adoptado en la conferencia plenipotenciaria de la Ciudad de Roma el Estatuto para la creación de una Corte Penal Internacional permanente, en una emocional votación que arrojó 120 Estados a favor, 7 en contra y 21 abstenciones. El resultado fue para muchos inesperado, pues el camino del establecimiento de la Corte Penal a lo largo del siglo XX había sido difícil por decir lo menos. Por lo que cuando se abrió la votación en Roma no era claro si se llegaría a un resultado concreto (Sadat, 2014:1). Hoy dieciocho años después, la Corte Penal cuenta con 124 Estados Partes, 34 de ellos africanos, 19 de Asia y el Pacífico, 18 de Europa Oriental, 28 de

crear una jurisdicción penal internacional alcanzó un momento culminante aunque imperfecto en varios sentidos. La visión del Secretario de Estado norteamericano Stimson por hacer rendir cuentas a estos individuos en un juicio internacional prevaleció sobre la posición de Moscú y del mismo Primer Ministro británico Winston Churchill de ejecutarlos. Los cuatro aliados (Estados Unidos, la URSS, Inglaterra, y Francia) adoptaron el 8 de agosto del 1945, la Carta de Londres que crearía el Tribunal Militar Internacional de Núremberg. La Carta de Londres preveía *el juicio de los mayores criminales de las potencias del Eje*, e incluía tres crímenes en su artículo 6 estableciendo su jurisdicción: crímenes en contra de la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. En el juicio 23 individuos fueron acusados, 22 fueron juzgados, 19 fueron sentenciados y 3 fueron absueltos. De los sentenciados, 12 de ellos fueron condenados a la horca, los demás recibieron la pena corporal entre veinte y diez años respectivamente. *The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg Germany*, Part 22, Under the Authority of H.M. Attorney General by His Majesty's Stationery Office, London, 1950, p.413. En el Lejano Oriente, después de la Segunda Guerra Mundial, el General Douglas Mac Arthur emitió una proclamación (la Carta de Tokio) estableciendo el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente. La Carta de Tokio sirvió para los mismos propósitos que la Carta de Londres que creó el tribunal de Núremberg, llevar a juicio a los principales perpetradores de crímenes internacionales. A diferencia de su contraparte europea, el Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente no se basó en la adopción de un tratado internacional como lo fue la Carta de Londres lo cual le atrajo aún más críticas. Leila, Sadat (2014), *The International Criminal Court, Legal Studies Research Paper Series*, Paper No. 14, Washington University in St. Louis School of Law, p. 1.

Latino América y el Caribe, y 25 de Europa Occidental. La Corte Penal Internacional entró en funciones en julio del 2002³.

El Estatuto de Roma contiene 18 artículos y está dividido en 13 partes. El Estatuto es suplementado por dos documentos que funcionan como derecho aplicable y fuentes de derecho primarias de la Corte después del mismo Estatuto, adoptados después de la conferencia plenipotenciaria de Roma pero antes de la entrada en vigor del Estatuto. Conforme al artículo 21 del Estatuto ellos son los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba.⁴ El Estatuto reconoce demás fuentes de derecho aplicable para el esclarecimiento de la norma dando precedencia al mismo conjuntamente con los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba.

Derecho aplicable

La enunciación que se hace en el Estatuto de Roma en el artículo 21 si bien no es jerárquica en principio, en la práctica la aplicación del Estatuto de Roma es precedente respecto a las otras dos fuentes que funcionan como suplemento en la interpretación de la norma, a saber los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba. Como lo dijo la Corte Penal en la sentencia “El Fiscal *vs.* Bemba” [2016], el Estatuto siempre prevalecerá⁵. El artículo 21 reza así⁶:

1. La Corte aplicará:

- a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba;
- b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados;
- c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos.

2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.

³CPI, https://www.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx

⁴La Corte aplicará:

a) *En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba* [...] Estatuto de Roma 1998, consultado 19 abril 2016 [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

⁵CPI *Situation in the Centra African Republic In the Case of the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, sentencia del 21 de marzo del 2016, 43, consultado 19 de abril del 2016, https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200105/related%20cases/icc%200105%200108/Pages/case%20the%20prosecutor%20v%20jean-pierre%20bemba%20gombo.aspx

⁶Estatuto de Roma 1998, consultado 19 abril 2016, *ibid.*

3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición

El artículo 21 (1) (b) y 21 (1) (c) del Estatuto prevé que fuentes subsidiarias puedan ser utilizadas cuando existe una laguna en derecho positivo respecto de las fuentes primarias como lo es el Estatuto, los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba. Entonces es posible utilizar fuentes subsidiarias enunciadas en el artículo 21 arriba señalado si así lo decidiera la Corte Penal caso por caso, y no como comúnmente se ha referido que este tribunal no está habilitado para utilizar otras fuentes que no sean su Estatuto, los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba. Eso es falso.

En lo referente a la aplicación de tratados internacionales y principios de derecho internacional, como lo puede ser el derecho internacional de los conflictos armados o derecho internacional humanitario y el derecho de los tratados, la Corte Penal recurre a esta normativa de manera habitual aunque casuísticamente. En el caso del derecho de Ginebra cabe decir que el Estatuto de Roma hace referencia específica a los Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977 en los artículos 8 (2) (a) y 8 (2) (c) en materia de su jurisdicción sobre crímenes de guerra. Cuando el Estatuto hace referencia a los principios y normas de derecho internacional es ampliamente aceptado que se refiere a la fuente primaria de la costumbre internacional.⁷ Cuando lo considera necesario, la Corte Penal encuentra asistencia en la jurisprudencia de otros tribunales internacionales como lo es la Corte Internacional de Justicia de la ONU a fin de identificar dichos principios consuetudinarios. Sin embargo, hay que advertir que la Corte Penal ha querido enviar un mensaje de cautela al adoptar en ocasiones la jurisprudencia de otros tribunales, pues en principio y conforme al Estatuto dicha jurisprudencia no es obligatoria para la Corte Penal, sino es una fuente subsidiaria. Por ejemplo, en el caso *El Fiscal vs. Lubanga* [2012], la Corte Penal expresó en relación a la jurisprudencia resultado del hoy extinto Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) que la misma puede solo asistir a esta Corte en la interpretación del Estatuto, pero que la Sala en primer lugar debe aplicar el Estatuto, los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba como lo establece el artículo 21 (1) (a).⁸ La afluencia de jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* de la ONU

⁷La Corte [Internacional de Justicia], cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar [...]

b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho. Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 1945, consultado el 22 de abril del 2016 <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icj-statute.php>

⁸CPI Situation in the Centra African Republic In the Case of the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, sentencia del 21 de marzo del 2016, 45, *ibid.*

(TPIY y TPIR)⁹ ha sido sin embargo abundante en el trabajo de la Corte, pues aunque con características propias, la Corte no ha podido ignorar los precedentes dejados por estos dos tribunales también conocidos de guerra de la ONU cuya jurisprudencia en numerosas normas y principios se considera ya costumbre internacional.¹⁰

Continuando con las fuentes de derecho aplicable, en el artículo 21 (1) (c), como lo establece la misma narrativa del artículo, la Corte podrá aplicar *en su defecto*, los principios generales de derecho procedentes de las familias legales incluyendo, cuando sea apropiado y compatible con el Estatuto y el derecho internacional, la legislación nacional de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen en cuestión. Asimismo y cuando proceda y de conformidad con el artículo 21 (2), las Salas de la Corte podrán aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores. El uso de la palabra *podrá* indica que la Corte no está obligada a aplicar una interpretación de una decisión anterior, lo cual le da un nivel de discrecionalidad y de creatividad en la creación del derecho. Sin embargo, hay que decirlo, la citación y referencia a decisiones previas en la determinación de la norma es una actividad habitual no solo en la corta vida de la Corte sino en todos los demás tribunales internacionales. En la sentencia *El Fiscal vs. Katanga* (2014) se refirió así:¹¹

Enfin, ainsi que le prévoit l'article 21-2 du Statut, la Chambre pourra aussi faire application des principes et des règles de droit tels qu'ils ont été définis dans les décisions de la Chambre d'appel.

⁹El TPIR ya desapareció en diciembre del 2015 y el TPIY lo hará también en el 2017 al haber completado su mandato establecido por el Consejo de Seguridad de la ONU, de enjuiciar a los mayores perpetradores de los crímenes más graves del derecho internacional penal y derecho internacional humanitario. De 161 personas acusadas en la serie de conflictos armados de los Balcanes de los años noventas del siglo XX, 80 han sido sentenciados, en el TPIY habiendo a la fecha de redacción de este ensayo 12 acusados con procesos pendientes de concluirse. En el caso del TPIR que ya ha cerrado sus puertas en 2015, 93 individuos fueron acusados por genocidio y violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en los terribles eventos bien establecidos como genocidio en Ruanda de abril a junio de 1994. De los acusados 85 fueron procesados incluidos los 5 transferidos a otras jurisdicciones, quedando 8 fugitivos buscados por la justicia internacional de los cuales 5 de ellos ha sido sus casos transferidos a la justicia ruandesa. En el año del 2013 el Consejo de Seguridad de la ONU creó el Mecanismo de los Tribunales Penales Internacionales (MICT), como un mecanismo residual que se encargaría de la captura de los 3 fugitivos del TPIR y de finalizar los juicios de apelación de los últimos casos en desarrollo en el TPIY notablemente los casos de los líderes militares serbio bosnios como Ratko Mladic y del auto proclamado Presidente de la República de Sprska Radovan Karadzic. Mecanismo Internacional de la ONU de los Tribunales Penales Internacionales (MICT), disponible en <http://www.unmict.org>

¹⁰En relación a los casos del TPIY, “*El Fiscal vs. Kupreskic*” *et al.*, Case No. IT-95-16-T, Sentencia, del 14 de enero del 2000, para. 566. En el TPIY, en el caso “*El Fiscal vs. Static*”, No. IT-97-24-T, Sentencia del 31 de julio del 2003, la Sala en Katanga hace referencia al valor de la costumbre en este tribunal:

La Sala nota que de conformidad a la jurisprudencia del TPIY, en el Fiscal v. Blaskic, la conducta de causar intencionalmente daño mental y físico constituye una seria violación de la costumbre internacional y de los derechos humanos de manera similar al nivel de gravedad a los crímenes referidos en el artículo 7 (1) del Estatuto [traducción libre de la autora]. CPI, Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, No. ICC-01/04-01/07. Decision of Confirmation of Charges, 20 September 2008, p.150.

¹¹*De conformidad a lo previsto en el artículo 21 (2) del Estatuto, la Sala podrá hacer también la aplicación de los principios y de las reglas de derecho que fueron definidas como las que se establecieron en la Sala de Apelación [traducción libre de la autora] Situation en République Démocratique du Congo Affaire Le Procureur v. Germain Katanga ICC-01/04-01/07, sentencia del 7 de marzo del 2014, 30, consultado el 19 de abril 2016 <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1744366.pdf>*

Aplicación de Tratados Internacionales, Interpretación y Principios de Derecho Internacional

En el caso *El Fiscal vs. Bemba* [2016], la Corte clarificó que ya la Sala de Apelaciones de la Corte se había pronunciado en relación al valor que algunos tratados internacionales tenían para el trabajo de la Corte, y uno de ellos era la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. La Convención de Viena dijo la Corte gobierna la interpretación del Estatuto.¹²

La interpretación de los tratados, y el Estatuto de Roma no es excepción, está gobernada por la Convención, específicamente las provisiones del artículo 31 y 32. La principal norma de interpretación está establecida en el artículo 31 (1) que dice: *Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin* [Más aún] *La norma que gobierna la interpretación de una sección de derecho y su texto debe ser leída en el contexto y a la luz de su objeto y propósito*.¹³ La Corte Internacional de Justicia se ha manifestado sobre el carácter consuetudinario de este principio de interpretación como lo hizo en la sentencia del caso “Avena, México vs. Estados Unidos” [2004].¹⁴ El principio de interpretación *pacta sunt servanda*, así como el principio de que un tratado debe ser interpretado conforme al espíritu y objeto del mismo, emergió de la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 1951 sobre la cuestión de la posibilidad de hacer Reservas a la Convención que Previene y Sanciona el Crimen de Genocidio de 1948. A las preguntas de la Asamblea General de la ONU sobre el alcance de las reservas y la actitud que deben adoptar los Estados Partes del tratado en relación a la formulación de las reservas por parte de otros y de ellos mismos, la Corte Internacional de Justicia fue contundente al emitir el criterio de interpretación antes aludido. Por lo que hoy no es más posible decir que se puede ser Parte en un tratado internacional si ese Estado hace una reserva al mismo contraria al objeto y espíritu del tratado. Más aún si el tratado manifestamente lo prohíbe. La suscripción al mismo no podría ser de buena fe y se estaría incurriendo en responsabilidad internacional al violentar el *pacta sunt servanda*, pues también se estableció que en ausencia de una cláusula en el tratado estipulando la imposibilidad contractual de hacer reservas debía aplicarse la regla de interpretación de apego al objeto y espí-

¹²CPI *Situation in the Centra African Republic In the Case of the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, sentencia del 21 de marzo del 2016, 46, *ibid*.

¹³Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, consultada el 19 de abril 2016 http://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Convencion_Viena.pdf

¹⁴La Corte Internacional de Justicia en la sentencia del caso Avena [2004] se refirió a las reglas de interpretación de la Convención de Viena en los artículos 31 y 32 de esta como parte de la costumbre internacional:

La Sala comienza indicando que el significado preciso de ‘sin demora’, que debe ser entendido en el artículo 35, párrafo 1 (b), no está definido en esta convención [Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1961]. Esta frase por lo tanto requiere interpretación conforme a las reglas de la costumbre internacional reflejada en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. [traducción libre de la autora] CJI, *Case Concerning Avena and other Mexican Nationals, Mexico v. United States of America*, sentencia del 31 de marzo del 2004, p. 76.

ritu del tratado. En lo referente a la Convención que prohíbe el genocidio la Corte Internacional de Justicia se refirió así:¹⁵

El objeto y propósito de la Convención es limitar ambos, la libertad de hacer reservas y la de objetarlas. Por lo que es la compatibilidad de la reserva con el objeto y propósito de la Convención lo que establece el criterio del Estado en formular reservas al acceder al mismo así como en su decisión de objetarlas. Dicha es la regla de conducta que debe guiar a los Estados en su aproximación sobre la admisibilidad de las reservas.

Volviendo al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, éste establece claramente en su artículo 120 *que no se admitirán reservas*.¹⁶

Principios de Derecho Internacional reconocidos en el Estatuto y los Derechos Humanos

Los Derechos de los Acusados y de las Víctimas

Se considera un hito en derecho internacional penal, pues es la Corte Penal Internacional la que innova respecto a sus predecesoras la inclusión de los derechos humanos de las personas acusadas y de las víctimas. En este sentido, en el caso *El Fiscal vs. Bemba* [2016], la Corte recordó que la Sala de Apelaciones dejó bien claro que toda interpretación del Estatuto conforme al derecho aplicable en el artículo 21 y 22 debía estar sujeta a los principios y normas reconocidas en el derecho internacional de los derechos humanos¹⁷. Esta provisión es continuamente citada en la jurisprudencia de la Corte, y vale la pena ahondar un poco pues a diferencia de los tribunales Ad Hoc de la ONU TPIY y TPIR, predecesores del Estatuto de Roma, este último y las Reglas de Procedimiento y Prueba cuentan con un cuerpo jurídico muy elaborado y extenso en relación a los derechos de los acusados y los derechos de las víctimas. Tan es así, que en relación a estas últimas y/o sus representantes pueden ser partícipes en las audiencias en un claro balance y sin detrimento de los derechos de los acusados.

El artículo 22 alude claramente al respeto y apego irrestricto al principio de legalidad *nullum crimen, nulla poena sine lege*.¹⁸ Cabe decir que la Corte en las sentencias

¹⁵OC, Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, May 28TH, 1951, 13, consultada el 19 de abril <http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4283.pdf> 2016.

¹⁶Estatuto de Roma, *ibid*.

¹⁷CPI *Situation in the Central African Republic In the Case of the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, sentencia del 21 de marzo del 2016, 48, *ibid*.

¹⁸El artículo 22 del Estatuto incorpora *nullum crime sine lege*:

1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte.

2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía.

En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena.

3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto.

El artículo 23 incorpora el principio *nulla poena sine lege*:

Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.

de *Bemba* [2016] y *Katanga* [2014] respectivamente ha explicado que el recurso a otras fuentes de derecho más allá de las establecidas en el artículo 21 (1) (a), a fin de llenar lagunas que ha dejado la norma no debe excederse más allá de los parámetros establecidos en la definición de los elementos de los crímenes competencia de la Corte, a decir, genocidio (artículo 6), crímenes de lesa humanidad (artículo 7), crímenes de guerra (artículo 8), y agresión y acto de agresión (artículo 8 bis). Asimismo ha dejado bien definido que la interpretación del artículo 22 debe resolverse en todo momento conforme al principio que favorezca al sujeto investigado, acusado y convicto.¹⁹ Lo cual nos lleva a una posición pro persona de la mano de los derechos humanos de las personas acusadas y/o condenadas.²⁰

Los principios de legalidad

Los principios de legalidad son fundamentos del derecho de gentes y derecho interno de los Estados; son baluartes de los derechos humanos, porque representan la defensa y garantía individual mínima en un juicio penal, donde un crimen o castigo no pueden existir sin una legislación precedente que lo tipifique. Por lo que podemos decir sin temor a equivocarnos, que estos principios de legalidad son ya parte de la costumbre internacional como bien lo explicó la Corte Internacional de Justicia en la *Opinión Consultiva*²¹ sobre la Legalidad de la Amenaza o Uso de las Armas Nucleares [1996]:

La aplicación de los principios *nullum crime sine lege* requiere que el tribunal internacional aplique las normas de derecho internacional humanitario que son sin lugar a dudas parte de la costumbre internacional.

Nullum crime sine lege, nulla poena sine lege, el principio de irretroactividad de la ley enmarcado en la *ratione temporis* de la Corte Penal Internacional son testimonios de dar garantía del derecho humano a la libertad; protege a los individuos del abuso de autoridad y conlleva a la justicia y transparencia de la autoridad judicial. Estos principios incorporados en el Estatuto conforman el estándar internacional necesario como contrapeso a los actos de gobierno, y cuerpos legislativos y judiciales de los Estados a fin de evitar la adopción de legislación retroactiva o ambigua que lleve a actos *ex post facto* en los juicios, castigo y las penas.

De la mano de los principios de legalidad encontramos en el artículo 23 del Estatuto de la Corte el principio de irretroactividad *ratione personae*:

Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor.

¹⁹CPI *Situation in the Central African Republic In the Case of the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, sentencia del 21 de marzo del 2016, 48, *ibid*.

²⁰Tiene sentido que el Estatuto de Roma en su artículo 22 incorpore la noción de que en caso de ambigüedad en la interpretación de la norma, ésta se hará de la forma más favorable al acusado. En el derecho mexicano la norma se encuentra en el artículo 56 del Código Penal Federal:

Cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley, se estará a lo dispuesto en la más favorable al inculcado o sentenciado. La autoridad que esté conociendo del asunto o ejecutando la sanción aplicará de oficio la ley más favorable. Cuando el reo hubiese sido sentenciado al término mínimo o al término máximo de la pena prevista y la reforma disminuya dicho término, se estará a la ley más favorable.

²¹OC, CIJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, del 8 de julio de 1996, p. 68.

Acorde a los principios de legalidad, la Corte Penal tiene una *ratione temporis* a partir del 1 de julio del 2002 cuando se reunió las sesenta ratificaciones número necesario para que el tratado de Roma entrase en vigor.²² Debemos recordar que no basta que la Corte pueda ejercer su competencia a partir de esta fecha, sino que la misma se ejerce también a partir del momento de entrega del instrumento de ratificación por parte del Estado en cuestión. De esta manera se garantiza que la inviolabilidad de los principios de legalidad queda intacta.²³

El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma

El artículo 1 del Estatuto de Roma además de establecer la naturaleza de este tribunal y la competencia que ejerce sobre personas naturales, se resalta como principio fundamental la complementariedad de los trabajos de esta Corte Penal con la competencia natural que los Estados ejercen y están obligados a ejercer de conformidad al principio *erga omnes* para normas *jus cogens*, *aut dedere aut judicare*, este último juzgar o extraditar. Los Estados tienen la obligación y precedencia para juzgar a posibles perpetradores de los crímenes competencia de la Corte.²⁴

La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto.

Solo que no hubiera voluntad política o el sistema de justicia del Estado en cuestión estuviera colapsado entonces la Corte Penal podría retomar la situación pero solo para los crímenes más graves y los mayores responsables. De tal manera la Corte Penal debe complementar las jurisdicciones penales nacionales, reconociendo la preeminencia de estas sobre ella y buscando una justicia internacional respetada y puesta en práctica de forma duradera. Cuando la fiscal considere que los requisitos de la complementariedad no se cumplen, puede pedir el inicio de una investigación de oficio tras recibir información veraz que indique la comisión de actos enunciados en el artículo 5 del Estatuto de Roma.²⁵ De acuerdo a la decisión de la Corte Penal en lo referente a inicio de investiga-

²²Sitio de la Corte Penal Internacional, disponible en: www.icc-cpi.int/Menus/ICC/About+the+Court/

²³El artículo 11 del Estatuto habla de la competencia temporal *ratione temporis* de la Corte:

1. La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto.

2. Si un Estado se hace Parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado

²⁴Estatuto de la Corte Penal Internacional, *ibid.*

²⁵[...] La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes [*Ibid.*, p. 17]:

- a) El crimen de genocidio;
- b) Los crímenes de lesa humanidad;
- c) Los crímenes de guerra;
- d) El crimen de agresión.

ciones vía el artículo 13(c) y 15 (1), es decir por el Fiscal a *motu proprio*, para la apertura de una situación se analiza su viabilidad de acuerdo a los criterios de jurisdicción, admisibilidad (incluyendo la gravedad) y el interés de la justicia.²⁶

Mexico como suscriptor del Tratado de Roma, valoración de sus obligaciones conforme al derecho internacional

El presente artículo sobre la Corte Penal Internacional y México se enmarca en la conmemoración de los 100 años de vida de nuestra Carta Magna, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México suscribió el Estatuto de Roma el 7 de septiembre del año 2000 y lo ratificó el 28 de octubre del 2005. Conforme a lo estipulado por el Estatuto de Roma en su artículo 126 (2), el mismo entró en vigor para México el 1 de enero del 2006.²⁷ El Estatuto de Roma no es un tratado en materia de protección y escrutinio internacional de derechos humanos, sino un instrumento internacional de una disciplina novedosa, el derecho internacional penal, donde las personas físicas en su calidad individual pueden ser responsables de crímenes internacionales bajo la jurisdicción de la Corte, a decir genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y la añadidura más reciente después de la enmienda de Kampala del 2010, de agresión y acto de agresión. Todo ello conforme a su competencia *ratione materiae* en el artículo 5 del Estatuto,²⁸ y en los artículos 6 (genocidio), 7 (crímenes de lesa humanidad), 8 (crímenes de guerra) y 8 bis (crimen de agresión y acto de agresión) de mismo. En el derecho internacional penal son los individuos los que responden conforme al principio de responsabilidad individual y no el Estado necesariamente; al contrario de las violaciones de derechos humanos donde el perpetrador es el Estado a través de sus agentes.

Armonización del Derecho Mexicano al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

A continuación analizaremos el trabajo del Estado mexicano en materia de adecuación del derecho doméstico mexicano al del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional conforme a sus obligaciones en materia de derecho de los tratados y derecho internacional público.

²⁶El Fiscal podrá iniciar de oficio una investigación sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la Corte. *Ibid.* p. 25

²⁷El artículo 126 (2) del Estatuto de Roma dice a la letra:

Respecto de cada Estado que ratifique, acepte o apruebe el presente Estatuto o se adhiera a él después de que sea depositado el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, el Estatuto entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. *Ibid.*, p.78.

²⁸*Cfr.* Nota al pie de página del presente ensayo número 24.

Los alcances de la Enmienda del 2005 del artículo 21 párrafo 8 constitucional

A fin de armonizar el derecho doméstico con los compromisos asumidos en el Estatuto de Roma, el Estado Mexicano introdujo en el 2005 una enmienda en la Constitución en el artículo 21 párrafo octavo que a la letra dice:²⁹ El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

Esta cláusula que debería ir paralela a los dictados y el espíritu del tratado de Roma al constituirse este último en un instrumento indivisible y que no admite reservas, no está acorde a lo establecido en el Estatuto y por lo tanto para el derecho internacional es nulo. Consecuencia de la falta de voluntad política o de la ignorancia, el control de convencionalidad de aquéllos encargados de hacerlo en el poder legislativo nacional distó mucho de lo establecido en el derecho de los tratados, en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969³⁰ y de la que México es Parte, y por tanto de nuestras obligaciones internacionales de cooperación con la Corte conforme al Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba. Ya hemos señalado que la Convención de Viena de Derecho de los Tratados no permite hacer reservas cuando éstas van en contra del objeto y fin del tratado, y aún más claramente cuando están prohibidas en el tratado, que es el caso del Estatuto de Roma. Hemos visto también que dicho principio de interpretación es parte ya de la costumbre internacional y por tanto vinculante conforme al derecho internacional. Para los dualistas nacionalistas deberíamos advertirles que además existe una cláusula en el artículo 27 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados que prohíbe utilizar el derecho doméstico como excusa para incumplir un tratado internacional suscrito por el Estado.³¹

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Es irrefutable que el artículo 21 párrafo 8 constitucional es indefendible conforme al derecho internacional si hubiera necesidad de ello. Por eso se habla ya mucho de la necesidad de llevar a cabo una nueva enmienda a nuestra Constitución que por un lado, elimine los contenidos del artículo 21 párrafo octavo al constituirse dicho artículo en una reserva encubierta respecto al Estatuto de Roma. Por el otro, impulsar una verdadera ley de cooperación con la Corte Penal—hoy olvidada en la Cámara de Diputados—que incorpore en nuestra legislación doméstica la codificación de los crímenes internacionales competencia de la Corte, así como la implementación de las solicitudes de la Corte Penal en áreas previstas en el Estatuto y Reglas de Procedimiento y Prueba.³²

²⁹Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, México. Consultada el 22 abril del 2016 http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_29ene16.pdf.

³⁰México firma la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 el 23 de mayo de 1969, la ratifica el 25 de septiembre de 1974, entrando en vigor para México el 27 de enero de 1980. Tratados Internacionales celebrados por México, Secretaría de Relaciones Exteriores consultado el 22 de abril del 2016 http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/muestra-tratado_nva.sre?id_tratado=274&depositario=0.

³¹Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, 1969. Consultada el 22 de abril del 2016 http://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Convencion_Viena.pdf.

³²Entre ellos la implementación de los trabajos de la Corte Penal conforme al Estatuto en México en materia de investigación, la visita de expertos internacionales, la investigación en campo, pero también en otras áreas como la detención y

Esto último se hace más urgente ante una eventual apertura de investigación para México por lo que se requiera colaborar sobre diversos asuntos.³³

La Ley de Cooperación con la Corte Penal Internacional

Una vez que se enmendó la Constitución introduciendo el polémico artículo 21 párrafo octavo en 2005, los poderes Ejecutivo y Legislativo de la Unión se dieron a la tarea de tratar de implementar los mecanismos domésticos para cumplir con lo estipulado en la Parte IX De la Cooperación Internacional y Asistencia Judicial, del Estatuto de Roma que en su artículo 86 dice (ER, 1998):³⁴

Los Estados Partes, de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto, cooperarán plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia.

Para lo que los Estados Partes se dan a la tarea conforme al artículo 88 del Estatuto a (ER):³⁵

[De asegurarse] de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte.

Conforme a ello el Ejecutivo Federal elaboró una iniciativa de Decreto que expidió la Ley Reglamentaria del párrafo octavo del artículo 21 de la Constitución y adicionó la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, conocida como la Ley de Cooperación de la Corte. La iniciativa fue presentada por el Ejecutivo Federal ante la Cámara de Senadores el 29 de noviembre del 2006 fecha en que fue turnada a las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos Primera de dicha Cámara. El 10 de diciembre del 2009 tales comisiones sometieron a consideración del pleno de la Cámara de Senadores el dictamen de primera lectura en el cual propusieron algunas modificaciones a la iniciativa en lo referente a las solicitudes de inhibición a la Corte, así como a la divulgación de información que pudiera afectar intereses de seguridad nacional (Hernández, 2011:2) Lo anterior hace referencia a la cláusula de excepción de seguridad nacional que faculta al Estado Mexicano a eximirse de proporcionar información o documentos que pudiera eventualmente requerir la Corte, sin con ello pudiera afectarse su seguridad nacional. Tal disposición halla sustento en los artículos 72, 93 (4) y 99 (5) del Estatuto que contempla tal excepción. En específico el artículo 72 (6) esclarece que hay sustento para la restricción de proveer información que pueda afectar la seguridad nacional del Estado pero sólo después del proceso prescrito en materia de colaboración con la Corte (ER):³⁶

entrega de una persona acusada por la Corte; los requerimientos de inmunidad; la identificación y localización de personas u objetos; la obtención y desahogo de pruebas y testimonios; la notificación de documentos; la práctica de cateos y aseguramientos; la preservación de las pruebas; la protección de las víctimas y testigos; los derechos de los acusados; entre otros temas.

³³Cfr. En el Estatuto de Roma la Parte IX De la Cooperación Internacional y la Asistencia Judicial. De los artículos 86 al 102.

³⁴Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, p. 60, 1998.

³⁵*Ibid.*, p. 61.

³⁶*Ibid.*, pp. 53-54.

Una vez que se hayan adoptado todas las medidas razonables para resolver la cuestión por medio de la cooperación, el Estado, si considera que la información o los documentos no pueden proporcionarse ni divulgarse por medio alguno ni bajo ninguna condición sin perjuicio de sus intereses de seguridad nacional, notificará al Fiscal o a la Corte las razones concretas de su decisión, a menos que la indicación concreta de esas razones perjudique necesariamente los intereses de seguridad nacional del Estado.

No está en discusión la validez de esta restricción en materia de seguridad nacional, lo que sí es claro que dicha excepción es materia del Poder Judicial de la Federación y no del Ejecutivo Federal como lo sugiere Amnistía Internacional en su Reporte de marzo del 2011 en relación a los términos de la Iniciativa.³⁷

Otro punto insostenible conforme al objeto y espíritu del Estatuto de Roma fue que durante la consideración del dictamen por el pleno de la Cámara de Senadores se aprobó una medida adicional al artículo 8 de la iniciativa según fue presentado por las mismas comisiones relativo a las solicitudes de inhibición pero con el fin de evitar el establecimiento en una ley nacional de una obligación con la Corte. Sin duda esta medida adicional es un despropósito y una clara violación a nuestras obligaciones en materia de derecho de los tratados con el Estatuto de Roma, pues contradice el espíritu del Estatuto de Roma. Finalmente, el 15 de diciembre del 2009 el dictamen fue aprobado por el pleno de la Cámara de Senadores y turnado a la Cámara de Diputados para su examen. Desde entonces a la fecha, la minuta con proyecto de Decreto aprobada por el Senado se encuentra en consideración por la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados (Hernández, 2011: 4). Es decir en la congeladora y personalmente agregaría, con errores que hay que corregir como los referidos en este apartado.

Armonización de los crímenes ratione materiae en el Estatuto de Roma en la legislación mexicana

En lo referente a genocidio y crímenes de guerra el derecho mexicano los incorpora en derecho positivo, en el Código Penal Federal y el Código de Justicia Militar respectivamente. Crímenes de Lesa Humanidad y el crimen de agresión y acto de agresión ni siquiera existen en derecho mexicano. En relación a genocidio y crímenes de guerra debe hacerse una revisión a fin de armonizar los mismos en la legislación mexicana de manera fiel a lo estipulado en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y plasmado con este espíritu. Por ejemplo, en el caso de los crímenes de guerra debemos adecuarnos a los recientes desarrollos con la enmienda de Kampala del Estatuto de Roma del año 2010.³⁸

³⁷AI, México Recomendaciones sobre la Iniciativa de Ley que adopta parcialmente el Estatuto de Roma de la CPI, marzo 2011, p. 8, Londres.

³⁸Para revisar las enmiendas que se hicieron en la Conferencia de Kampala de 2010 en relación a crímenes de guerra y en la definición de crimen de agresión y agresión con el adicional artículo 8 bis para estos últimos, ver el Estatuto de Roma. Para conferencia de Kampala consultar https://www.icc-cpi.int/en_menus/asp/reviewconference/Pages/review%20conference.aspx

Crímenes de Lesa Humanidad y su tipificación en derecho doméstico mexicano, una urgente necesidad

Como mencionamos arriba, nuestra legislación doméstica ni siquiera ha incorporado dicha figura jurídica, lo cual hace más urgente su tránsito a derecho positivo y vigente mexicano.

Cuando hablamos de crímenes de lesa humanidad no estamos hablando de violaciones incluso flagrantes de derechos humanos por lo que la comisión de esta conducta no está cubierta por el artículo 1 constitucional que con la reforma del 2011 le da rango constitucional a los derechos humanos en México. Como dijimos antes, los crímenes internacionales competencia de la Corte Penal no son violaciones flagrantes de derechos humanos. Pertenecen al derecho internacional penal no al derecho internacional de los derechos humanos. A veces podemos estar frente a la misma conducta delictiva como puede ser tortura o desaparición forzada, y la misma entendida como crimen de lesa humanidad y/o violación de derechos humanos. Sin embargo, crímenes de lesa humanidad y violaciones de derechos humanos tienen diferentes elementos del crimen lo cual las hace totalmente diferentes. Como suscriptores del Estatuto de Roma debemos aspirar a acabar con esta ignorancia que permea a nuestros legisladores que por desconocimiento tratan de igual forma a los crímenes internacionales de las violaciones de derechos humanos aunque estas últimas sean flagrantes, lo que en inglés se llama *gross violations of human rights*.

En relación a los crímenes de lesa humanidad, esta categoría apareció por primera vez en los juicios de Núremberg y Tokio, formando parte conjuntamente con los crímenes en contra de la paz, el conjunto de delitos internacionales que no se encontraban codificados en el momento de los juicios y por lo tanto violentando los principios de legalidad *nullum crime sine lege y nulla poena sine lege*.³⁹ Sin embargo, esta categoría rápidamente cobró vigencia pues casi todo lo que no cabe en otras categorías de crímenes se trata de ubicar aquí. Los crímenes de lesa humanidad es una categoría más amplia que el genocidio,⁴⁰ sin embargo hay criterios que la rigen y que sin ellos no podemos hablar de crímenes de esta naturaleza. Una conducta criminal para que pueda ser considerada en esta categoría debe cumplir con los requisitos⁴¹ de ser un ataque a la población civil, con conocimiento de dicho ataque, sistemático y/o amplia-

³⁹Los juicios militares internacionales de Núremberg y Tokio han sido habitualmente referidos en la doctrina como la aplicación de *la justicia de los vencedores* sin duda alguna, debido a que con justa razón a los juicios solo fueron llevados acusados nacionales alemanes y japoneses y ningún nacional de las potencias aliadas. Por otro lado, subsiste el argumento también cierto que estos juicios internacionales trastocaron los principios de legalidad *nullum crime sine lege y nulla poena sine lege* al aplicar de manera retroactiva un código penal para crímenes no existentes durante la comisión de los actos perpetrados conforme a la responsabilidad individual de los acusados, nos referimos a los crímenes de lesa humanidad y crímenes en contra de la paz. Leila, Sadat (2014), *ibid.*, p. 1.

⁴⁰A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal [...] Estatuto de la Corte Penal Internacional, *ibid.*, p. 8.

⁴¹Artículos 7 (1) y 7 (2) Crímenes de Lesa Humanidad en los *Elementos de los Crímenes*. Corte Penal Internacional, consultado el 23 de abril del 2016 <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A851490E-6514-4E91-BD45-AD9A216CF47E/283786/ElementsOfCrimesSPAWeb.pdf>.

do. Puede darse en teatros bélicos o en situaciones de paz, y a diferencia de genocidio puede estar dirigido a grupos políticos y de género incluso.⁴²

Los crímenes de lesa humanidad son relevantes para México y no lo tenemos cubierto, pues ante una eventual apertura de investigación por parte de la Corte Penal para México, no podríamos argumentar inadmisibilidad a la acción de ésta última pues no contamos con una legislación en la materia por lo que solo con voluntad política no podríamos argumentar el derecho que tienen los Estados Miembros del Estatuto de ejercer la primacía judicial conforme al principio de complementariedad en el Estatuto de Roma en los artículos 1 y 15 del mismo antes referidos. Si a ello sumamos que nuestro sistema jurídico gobernado por el derecho civil no considera a la costumbre internacional fuente de derecho primaria como en derecho internacional conforme al Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en su artículo 38, sino una fuente de derecho supletoria,⁴³ no podríamos absorber el carácter consuetudinario que la prohibición de los crímenes de lesa humanidad tienen en derecho internacional penal. Para esto último necesitaríamos ser parte de la familia legal del *common law* o derecho anglosajón que considera a la costumbre en diversos Estados como el Reino Unido de la Gran Bretaña o los Estados Unidos como *laws of the land* incluso si esta se genera en la práctica internacional. Aquí llegamos a otro punto importante, pues dicha práctica puede derivar en jurisprudencia que aunque no obligatoria siendo una fuente secundaria conforme al Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en su artículo 38, al citarla en casos posteriores se lo hace como autoridad y sienta precedencia. En derecho mexicano la jurisprudencia tiene un lugar secundario, no teniendo el impacto que en derecho internacional presenta, y siendo solamente la Corte Suprema de la Nación *funcionando en Pleno siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario y que hayan sido aprobadas por al menos catorce ministros* (García Maynez, 2013: 69) podría generarse jurisprudencia obligatoria para tribunales inferiores.⁴⁴ La jurisprudencia internacional producto de tribunales internacionales no nos sirve a menos que el Estado Mexicano sea parte de la controversia y esté obligado por un tratado internacional en acatar el fallo de ese tribunal para ese caso específico. El derecho anglosajón permite absorber en derecho doméstico jurisprudencia internacional pero no el derecho civil mexicano heredero de la

⁴² Artículo 7 (1) y 7 (1) (h) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, *ibid.*, p. 8.

⁴³ El artículo 10 del Código Civil del Distrito Federal establece el principio general de que contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario. Dicho de otro modo: la costumbre no puede derogar la ley. Eduardo, García Maynez, Introducción al Estudio del Derecho, 65 a. ed., México, Porrúa, 2013, p. 67.

⁴⁴ Artículo 192 de la Ley de Amparo establece:

La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para estas en tratándose de la que decreta el pleno, y además para los tribunales unitarios y colegiados de circuito, los juzgados de distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales. las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por catorce ministros, si se trata de jurisprudencia del pleno, o por cuatro ministros en los casos de jurisprudencia de las salas también constituyen jurisprudencia las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis de salas y de tribunales colegiados. Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución, 2015, México. Consultado el 23 de abril del 2016 <http://info4.juridicas.unam.mx/juslab/leylab/20/200.htm>

Escuela Continental Napoleónica. No deseo aquí entrar en un debate en materia de sistemas jurídicos comparados, sino únicamente hacer ver que las características de nuestro sistema jurídico mexicano, con sus bondades y virtudes en este aspecto es menos versátil lo cual nos va impedir absorber de ser necesario el derecho del Estatuto de Roma al carecer de normas positivas y vigentes en nuestra legislación. En otras palabras, la Corte Penal conforme al artículo 15 del Estatuto va a tener precedencia sobre el Estado mexicano al no demostrar este último la capacidad legal y estructura judicial necesaria para ejercer el principio de complementariedad y primacía de ocuparnos domésticamente ante una eventual apertura de investigación y posibles órdenes de arresto.

Conclusiones

Cuando fui invitada a participar en esta magnífica obra colectiva, lo cual agradezco profundamente, además de sentirme honrada pensé en la gran oportunidad como académica de verter sugerencias para proponer ideas que se convirtieran en propuestas a fin de coadyuvar en los esfuerzos del país para el control de convencionalidad con el Estatuto de Roma. Después de escribir el presente ensayo me convencí de que no solo debe enmendarse el artículo 21 párrafo octavo de nuestra Carta Magna eliminando por completo los términos de esta cláusula por ser contraria al derecho de los tratados y nuestras obligaciones en derecho internacional, sino que me queda claro que desde que suscribimos el Estatuto de Roma en términos reales no hemos avanzado en nada en materia de control de convencionalidad. No hemos hecho más que condicionar nuestro compromiso y obligación contractual pues nuestros legisladores no han entendido en que consiste la preeminencia en derecho internacional del principio del objeto y espíritu de los tratados internacionales como costumbre internacional, como fuente primaria y vinculante para los Estados cuando ratifican un tratado internacional. No se puede usar el derecho doméstico y la soberanía nacional para incumplir. Creo que mi reflexión aquí como académica es tratar de hacer entender a nuestros legisladores que no se puede tomar ninguna decisión adicional domésticamente para filtrar u obstaculizar el reconocimiento del articulado del Estatuto de Roma. Hagámosles entender que las reservas en el Estatuto de Roma están prohibidas lo que hace inválido poner candados en derecho doméstico. Esta práctica no es más aceptable. En caso de enfrentar a la Corte Penal en una apertura de investigación no hay defensa posible en derecho domestico para sobreponerlo sobre el derecho internacional.

Por otro lado, y como lo he explicado ampliamente aquí, hay asuntos urgentes que atender en materia de la “ley de cooperación de la Corte Penal Internacional” que ha sido dejada al olvido, aunque propulsada por una iniciativa llena de errores y desconocimiento en derecho internacional. Hay que empezar todo otra vez. Es fundamental en primer lugar la tipificación de crímenes internacionales en el Estatuto que no existen en derecho mexicano como lo es crímenes de lesa humanidad. Para México es muy relevante este crimen y no se necesita elaborar mucho sobre ello. Si se llegara a abrir

una investigación incluso preliminar por parte de la fiscal de la Corte Penal no tendremos posibilidades de invocar el derecho de primacía conforme al principio de complementariedad. Debemos armonizar también la narrativa de los crímenes de genocidio y actualizarnos en materia de crímenes de guerra conforme a las últimas reformas como las de Kampala del 2010. Asimismo, en la ‘ley de cooperación de la Corte Penal Internacional’ que está arrumbada en la Cámara de Diputados, debemos influir asertivamente para que se entienda que la cooperación con la Corte significa en el artículo 86 del Estatuto justamente cooperar genuinamente en relación a la investigación y en su caso enjuiciamiento de las personas sobre las que hubiera eventualmente una orden de aprehensión ante una apertura de investigación. No más reservas encubiertas. Sin condiciones más allá de las establecidas en el propio capítulo del que estamos hablando. La cooperación también significa que debemos tener la estructura judicial como la voluntad política para llevar ante la justicia a los mayores perpetradores de los crímenes más graves. La Corte Penal es solo complementaria. Es el Estado con instituciones funcionales el que tiene la carga judicial más pesada. Debemos estar preparados y pronto. Todo ello me lleva a concluir que si somos suscriptores de buena fe del Estatuto de Roma no podemos poner límites, condiciones veladas en derecho doméstico, que por mala fe y/o ignorancia del derecho de la Corte, del derecho de los tratados y del derecho internacional lleven al país a incurrir en responsabilidad internacional. Como lo dije antes, y con este panorama, mi diagnóstico es que no hemos iniciado el trabajo de convencionalidad respecto al Estatuto de Roma. Si seguimos así, la decisión de haber suscrito el Estatuto de Roma habrá sido una decisión política y no un genuino compromiso de aunarnos al anhelo de la justicia internacional.

Bibliografía

Libros artículos en revistas especializadas

- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, 2013, *Introducción al Estudio del Derecho*, 65 a. ed., México, Porrúa.
- STRYSZAK, Michal, 2010, “Command Responsibility. How much should a commander be expected to know?,” *Journal of Legal Studies*, s.e.
- SADAT, Leila, 2014, The International Criminal Court, *Legal Studies Research Paper Series*, Paper No. 14, Washington University in St. Louis School of Law.

Documentos

- Amnistía Internacional, *México Recomendaciones sobre la Iniciativa de Ley que adopta parcialmente el Estatuto de Roma de la CPI*, Londres, marzo 2011.
- Código Civil del Distrito Federal, 2013, México.
- Código Penal Federal, 2016, México.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, México.

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, Washington.
 Estatuto de Roma 1998, NY.
 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, NY.
 Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional, 1998, NY.
 Ley de Amparo, 2016, México.

Jurisprudencia

CIJ, *Case Concerning Avena and other Mexican Nationals, Mexico vs. United States of America*, sentencia del 31 de marzo del 2004.
 CPI *Situation in the Central African Republic In the Case of the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, sentencia del 21 de marzo del 2016.
 CPI *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07. Decision of Confirmation of Charges, 20 September 2008.
 CPI *Situation en République Démocratique du Congo Affaire Le Procureur v. Germain Katanga* ICC-01/04-01/07, sentencia del 7 de marzo del 2014.
 OC, CIJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, del 8 de julio de 1996.
 OC, CIJ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, May 28, 1951.
 Under the Authority of H.M. Attorney General by His Majesty's Stationery Office *The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg Germany*, Part 22, London, 1950.

Sitios de internet

Corte Penal Internacional, CPI, https://www.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx.
 Mecanismo Internacional de la ONU de los Tribunales Penales Internacionales (MICT), disponible en <http://www.unmict.org>.

La libertad religiosa en los tratados de derechos humanos en vigor en México

Introducción

Por la reforma del artículo 1° constitucional del año 2011 quedaron incorporados a la Constitución mexicana todos los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales vigentes en México; entre otros, el de libertad religiosa. De acuerdo con el segundo párrafo del citado artículo las disposiciones sobre derechos humanos que tengan los tratados y la Constitución se interpretarán conjuntamente, pero “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.¹

La libertad religiosa está prevista en siete tratados que están en vigor en México y que, en orden cronológico, son los siguientes:

1. Convenio de Ginebra relativo al Trato de los Prisioneros de Guerra (Ginebra, 1949);²
2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966);³
3. Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (Nueva York, 1966);⁴
4. Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 1969);⁵

¹No obstante, el primer párrafo del artículo 1° dice en su frase final que los derechos humanos podrán suspenderse o restringirse sólo “en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”.

²Vigente en México y publicado en el *Diario oficial de la Federación* el 29-10-1953.

³Vigente en México y publicado en el *Diario oficial de la Federación* el 09-01-1981.

⁴Vigente en México y publicado en el *Diario oficial de la Federación* el 09-01-1981.

⁵Vigente en México y publicado en el *Diario oficial de la Federación* el 09-01-1981.

Sumario

Introducción	831
Delimitación de la materia: ¿comprende la libertad religiosa la libertad de pensamiento y la de conciencia, o se trata de tres libertades diferentes?	832
Libertad de religión y de creencias . .	837
El contenido de la libertad religiosa .	838
La libertad de tener una religión . . .	838
La libertad de manifestar la religión .	839
La libertad de expresión de ideas, opiniones e informaciones religiosas	842
Libertad de educación religiosa	844
Libertad de reunión con fines religiosos	845
Libertad de asociación con fines religiosos	845
Los límites a la libertad religiosa . . .	846
Los deberes del Estado respecto de la libertad religiosa	850
Conclusiones sobre el régimen de la libertad religiosa en los tratados de derechos humanos vigentes en México	851

5. Protocolo Adicional a la Convención Interamericana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (San Salvador, 1988);⁶
6. Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 1989),⁷ y
7. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (Nueva York, 1990).⁸

También conviene considerar, aunque no tienen vigor jurídico, otros documentos internacionales que servirían para mejor entender lo que los tratados prescriben en materia de libertad religiosa, que son: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Nueva York, 1948), que es el punto de partida para la formulación de los tratados en la materia; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948), y la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o en las Convicciones (proclamada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981).

Para facilitar este análisis trataré principalmente los dos tratados que tienen más importancia para México, que son: la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en lo sucesivo la Convención), que es la que aplica la Corte Interamericana de Derechos Humanos y cuya jurisdicción ha sido reconocida por México; y en segundo lugar: el régimen del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en lo sucesivo, el Pacto).

El régimen de ambos tratados es sustancialmente igual, aunque hay algunas diferencias de estilo y matiz que deberán tenerse en cuenta. La Convención se ocupa del tema principalmente en su artículo 12, y el Pacto en su artículo 18. Los otros tratados ratificados por México simplemente repiten o complementan en algún punto el régimen previsto en estos dos tratados, por lo que los citaré únicamente cuando sea oportuno.

Delimitación de la materia: ¿comprende la libertad religiosa la libertad de pensamiento y la de conciencia, o se trata de tres libertades diferentes?

La Convención, en su artículo 12, se refiere al derecho a la “libertad de conciencia y de religión”. Por su parte, el Pacto, en su artículo 18, se refiere al derecho a la “libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”. En ambos tratados se enuncian varias libertades, dos o tres respectivamente. Sin embargo, el régimen que se desarrolla en los respectivos artículos sobre este derecho se ocupa exclusivamente de la libertad religiosa, y nada dice acerca de lo que es la libertad de pensamiento, ni la libertad de conciencia.

⁶Vigente en México y publicado en el *Diario oficial de la Federación* el 09-09-1998.

⁷Vigente en México y publicado en el *Diario oficial de la Federación* el 31-07-1990.

⁸Vigente en México y publicado en el *Diario oficial de la Federación* el 13-08-1999.

Cabe entonces considerar si la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión es una sola libertad que tiene varios aspectos, y la protege un solo derecho, o si se trata de libertades diferentes correspondientes a derechos también diferentes.

Distinción entre libertad de pensamiento y libertad religiosa

Un dato importante para afrontar esta cuestión se encuentra tanto en la Convención como en el Pacto, ya que además de tener un respectivo artículo sobre la libertad religiosa, tienen otro sobre la libertad de pensamiento: la Convención tiene el artículo 13, que se refiere a la “libertad de pensamiento y de expresión”; y el Pacto, el artículo 19, aunque éste se refiere sólo a la libertad de expresión del pensamiento, y no a la libertad de pensar.

La libertad de pensamiento significa, en primer lugar, la libertad de pensar. Esto es una libertad interior que realiza cada persona en y por su propia inteligencia, que consiste en analizar, juzgar, comparar, distinguir y demás operaciones intelectuales que se hacen sin que tengan necesariamente una manifestación externa. Es evidente que toda persona tiene esta libertad, y que se violaría cuando se le coaccionara, por ejemplo, mediante tortura, para que pensara de una manera determinada. No obstante, ninguno de los dos tratados de referencia se ocupa expresamente de esta libertad interior del pensamiento, pero sí lo hacen implícitamente.

La Convención afirma en el primer párrafo de su artículo 13, que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión”. Por “libertad de pensamiento” puede entenderse aquella libertad interior de pensar, y por “expresión” la de manifestar el pensamiento. Continúa ese párrafo explicando que el derecho a la libertad de pensamiento y expresión comprende la “libertad de buscar, recibir informaciones e ideas de toda índole”, es decir, comprende lo que se conoce como el *derecho a la información*, pero también el de “difundir” ideas e informaciones de toda índole, lo que es propiamente el derecho de libre expresión de las ideas. Los párrafos 3, 4 y 5 del mismo artículo regulan el derecho de expresión señalando algunas garantías y limitaciones.

El Pacto, en su artículo 19, primer párrafo, se refiere a la libertad de expresar opiniones; es decir, a la manifestación verbal de su pensamiento. Y en el segundo a la libertad de información y expresión en términos muy semejantes a los de la Convención.

El hecho de que la libertad de pensamiento tenga una regulación propia en ambos tratados, indica que se concibe como una libertad diferente de la libertad religiosa. La diferencia entre una y otra libertad se manifiesta claramente en su materia. La libertad de pensar, informarse y expresar el pensamiento se refiere a todo tipo de ideas e informaciones, entre las que pueden caber las ideas religiosas. La libertad religiosa no es la libertad de pensar en Dios o difundir ideas o informaciones acerca de Él, sino la libertad de relacionarse personalmente con Él, pues en eso consiste la religión, en una relación del ser humano con Dios. El acto humano típico de la relación del hombre con Dios es el acto de culto, por el que la persona reconoce la supremacía de Dios, y por eso la libertad religiosa también se denomina libertad de culto. De manera simplifica-

da se puede decir que la libertad de pensamiento es la libertad de pensar y la libertad religiosa, la libertad de rezar.

El tratar conjuntamente la libertad de pensamiento con la libertad religiosa como si fuera una sola libertad, o una libertad subordinada a la otra, como si la de pensamiento estuviera supeditada a la de religión o viceversa, es un error que impide dar a cada libertad su propio espacio y un régimen específico; es decir, un error que tiene el efecto, no buscado pero real, de restringir derechos fundamentales.

Distinción entre libertad de conciencia y libertad religiosa

Ambos tratados hablan de la libertad de conciencia, pero en ninguna disposición indican de qué se trata ni cuál es su régimen. En la Convención (artículo 6:3-b), y en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 8:3-c)-ii), hay una referencia a la conciencia, donde dicen que no se considerará un trabajo forzoso ilícito el que tenga que realizar una persona que, en aquellos países donde se admite la objeción de conciencia, se niega a prestar el servicio militar “por razones de conciencia”. Estos dos tratados no declaran lo que es la libertad de conciencia, ni tampoco pretenden establecer un régimen de objeción de conciencia, simplemente reconocen que en algunos Estados puede existir tal régimen.

Dado que no hay ningún indicio en los tratados acerca de lo que se entiende por “libertad de conciencia”, me permito hacer algunas reflexiones para tratar de aclarar el sentido común que tiene la palabra conciencia, puesto que, de acuerdo con el derecho de los tratados, los términos de los tratados deben entenderse atendiendo a su significado común.⁹

La conciencia puede entenderse como conocimiento, principalmente conocimiento de uno mismo, o bien conocimiento de alguna otra cosa. Bajo este aspecto, la libertad de conciencia equivale a la libertad de conocimiento o de pensamiento, que implica que nadie puede ser forzado a tener como verdadero lo que juzga falso, o a tener por falso lo que juzga verdadero. Así vista, la libertad de conciencia coincide con la libertad de pensamiento, que implica no ser forzado a asentir o a pensar de determinada manera, y con la libertad religiosa, que implica no ser forzado a tener, conservar, cambiar o abandonar una religión.

La libertad de conciencia, en este sentido de libertad de pensamiento, está relacionada también con el derecho de no ser discriminado por razón de la religión, las opiniones o las convicciones, ya que la discriminación, cuando es consistente y niega verdaderamente un derecho fundamental a la persona, es una forma de coacción para que cambie de opinión o de convicción. Por tal motivo, el artículo 1:1 de la Convención y el artículo 2:1 del Pacto, prohíben que se discrimine a las personas por motivos de sus opiniones.

⁹Conforme al artículo 31-1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 1969), el tratado deberá interpretarse: “conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/I2.pdf>

Otra acepción de la palabra conciencia es la que se da en la expresión “juicio de conciencia”. En este sentido es la capacidad que tiene toda persona de juzgar acerca de la bondad o maldad, justicia o injusticia de los actos humanos.¹⁰ En este tenor, la conciencia es la propia inteligencia en cuanto juzga la conducta personal. Ciertamente, toda persona tiene esta conciencia y pronuncia los juicios sobre su conducta con entera libertad interior, sin que esa libertad tenga que ser regulada por el ordenamiento jurídico. En todo caso, también quedaría incluida en la libertad interior de pensamiento.

La palabra conciencia también se usa frecuentemente en la expresión “obrar de acuerdo con la propia conciencia” o “seguir la propia conciencia”. En este aspecto se subraya, no el juicio, sino la posibilidad de actuar de conformidad con el juicio de conciencia. Bajo esta lógica cabe entender la libertad de conciencia en sentido propio y específico (distinto de la libertad de pensamiento), en la libertad de actuar de acuerdo con el juicio de conciencia.

El juicio de conciencia lo hace un creyente tomando en cuenta los principios éticos y religiosos de la fe que profesa; el no creyente lo hace de acuerdo con sus principios y convicciones éticas; ambos juzgan y por eso la libertad de conciencia es común para creyentes y no creyentes.

En este orden del obrar práctico, la libertad de conciencia implica que no se puede forzar a la persona a hacer lo que juzga malo ni impedirle que haga lo que juzga bueno. Pero no se puede afirmar, de modo general, que en ningún caso se pueda forzar a la persona para que haga lo que le parece malo, o no haga lo que juzga bueno. El tema no es sencillo porque el juicio de conciencia, como todos los juicios humanos, puede ser verdadero o erróneo. Las reglas de juicio que informan las conciencias provienen de la educación moral o ética recibida, de las costumbres familiares y sociales, de la cultura del pueblo, del orden jurídico vigente y también de la fe religiosa. El creyente tiene una conciencia informada por sus principios religiosos, y también por las otras fuentes de moralidad. El no creyente tiene una conciencia informada principalmente por los principios éticos que aprueba, y que retiene como convicciones, y por las demás fuentes de moralidad.

Al juzgar su propia conducta, uno puede equivocarse por no tener una conciencia debidamente informada de las reglas y principios éticos, y pensar que tal juicio se reduce al cálculo de los intereses, o por estar sujeto a una pasión dominante que le impide ver con claridad, o por presiones externas del medio social o de personas determinadas. Por eso, puede suceder que alguien juzgue en conciencia que defraudar dinero público o dinero de una empresa, o dinero ajeno que tiene confiado por cualquier causa, para pagar las cuentas del hospital donde internó a uno de sus hijos enfermo, no es un acto injusto; o que difamar a un competidor comercial o competidor político no es una injusticia, sino legítima defensa de los propios intereses; o que dar muerte a seres humanos inocentes en un acto terrorista no es un acto injusto, sino un resultado inevitable de la lucha por la

¹⁰En el *Diccionario de la lengua española*, s.v. conciencia aparece, junto con otros, estos dos primeros significados: “1. Propiedad del espíritu humano de reconocerse en sus atributos esenciales y en todas las modificaciones que en sí mismo experimenta. 2. Conocimiento interior del bien y del mal.”

liberación, entre otros muchos ejemplos. Cabe entonces preguntar: ¿ha de proteger la libertad de conciencia cualquier acción realizada conforme a la propia conciencia, aun cuando vaya en contra del ordenamiento jurídico y político?

El respeto de la libertad de seguir el juicio personal de conciencia es una constante en el ordenamiento jurídico, pero tiene sus limitaciones. Todo el sistema de libertades o derechos humanos protegen la libertad de optar por acciones consideradas lícitas, como asociarse, publicar, educar, participar políticamente, etcétera. Constituyen una protección a la libertad de seguir el juicio de conciencia en opciones lícitas. Otra regla que se inspira en el principio de respeto a la libertad de conciencia es la que afirma que todo lo que no está prohibido por el ordenamiento jurídico se entiende permitido, la cual significa que la persona es libre de seguir su juicio de conciencia, siempre y cuando no contravenga el ordenamiento jurídico o derechos de terceros. Pero hay muchas disposiciones jurídicas que prohíben determinados actos, no obstante que el juicio personal de conciencia pudiera tenerlos como buenos, como son todas las disposiciones penales; así como otras de carácter prohibitorio, como no desperdiciar el agua, y otras de carácter restrictivo, como no usar la libertad de expresión para promover el odio o la violencia.

La protección de la libertad de conciencia como una libertad específica me parece que no puede hacerse más que encuadrándola en el ordenamiento jurídico. De no ser así, destruiría el orden jurídico, ya que el juicio de conciencia individual prevalecería sobre el orden jurídico y político. Sin embargo, como puede haber casos en que parece necesario respetar el juicio de conciencia individual cuando choca con el ordenamiento jurídico en materias graves, se ha ido desarrollando, todavía de modo incipiente, el recurso de “objeción de conciencia”. Éste permite que una persona se excuse del cumplimiento de una ley cuando le ordena practicar un acto que ella juzga en conciencia que no debe practicarlo, por ser gravemente malo. Se trata de un recurso que no pone el juicio de conciencia individual por encima del ordenamiento jurídico, sino que simplemente flexibiliza la exigencia del ordenamiento jurídico permitiendo que el objeto, en lugar de cumplir un acto prescrito por la ley que en conciencia considera indebido, cumpla otro acto sustitutivo.

Es conocido el amplio uso que ha tenido la objeción de conciencia respecto del deber de prestar el servicio militar o, más recientemente, de la exigencia legal de practicar abortos o de honrar los símbolos patrios. Pero, en mi opinión, hace falta diseñar, a nivel constitucional o de tratados internacionales, un adecuado sistema de objeción de conciencia, máxime en las actuales sociedades multiculturales, en las que hay decisiones políticas en forma de leyes, decretos o sentencias, que por no estar fundadas en una determinada ética común, chocan frontalmente y en asuntos graves (aborto, matrimonio, eutanasia, fecundación *in vitro*, maternidad subrogada o guerra) con las convicciones éticas o religiosas de amplios sectores de la población. Si el Estado de una sociedad multicultural quiere ser un Estado democrático, respetuoso de las convicciones éticas de sus ciudadanos, y no un Estado que impone a sus ciudadanos la ética implícita en sus decisiones políticas, requiere de un sistema de objeción de conciencia.

La protección jurídica de la libertad de conciencia como una libertad específica se refiere, por lo tanto, sólo a la posibilidad de objetar el cumplimiento de preceptos legislativos o gubernamentales cuando prescriben conductas contrarias a las convicciones éticas de las personas, es decir, al establecimiento de un sistema de objeción de conciencia.

Independientemente de que se desarrolle un sistema de objeción de conciencia, la diferencia entre la libertad de conciencia y la libertad religiosa es clara por razón de la materia a que se refieren: la libertad de conciencia es la de obrar conforme al juicio de conciencia, y es una libertad que protege a creyentes y no creyentes, mientras que la libertad religiosa es la libertad de relacionarse con Dios. La libertad de conciencia tiene un ámbito más amplio que la libertad religiosa, pues ésta sólo se refiere a una especie determinada de actos, los actos de culto o de relación del ser humano con Dios, mientras que la libertad de conciencia se refiere a todos los ámbitos del obrar humano.

No cabe, por lo tanto, confundir la libertad religiosa con la libertad de conciencia. Son dos libertades diferentes, que se refieren a conductas diferentes. Hay un punto donde coinciden, que es el juicio acerca de la conveniencia de adoptar una religión o no adoptarla, que es un juicio de conciencia. La libertad religiosa protege la opción por tener o no tener una religión y, en ese sentido, protege el juicio de conciencia.

Se puede finalmente concluir que la libertad de religión, la libertad de pensamiento y la libertad de conciencia son tres libertades diferentes, cada una con su respectivo campo de acción, de ahí que cada una deba tener su régimen jurídico propio.

Libertad de religión y de creencias

Después de haber precisado que la libertad religiosa es una libertad específica, distinta de la libertad de pensamiento y de la libertad de conciencia, procederé a explicar el contenido de la libertad religiosa. Pero todavía hay que hacer una aclaración previa, porque los dos tratados que analizamos preferentemente se refieren a la “libertad de religión” y a la “libertad de creencias”. La Convención dice que el derecho a la libertad religiosa implica el de conservar, cambiar y profesar la religión o “creencias”, sin más calificativo. Por su parte, el artículo 18 del Pacto dice igualmente que el derecho implica la libertad de tener o adoptar y de manifestar “la religión o sus creencias”. Cabe preguntarse si es una misma libertad con dos nombres diferentes o son dos libertades distintas.

Cabe hacer notar que en los dos tratados citados se habla de “creencias” sin ningún calificativo. En cambio, la Declaración Americana afirma en su artículo III el derecho de profesar y manifestar libremente “una creencia religiosa”. Dado que la palabra “creencias” aparece en dichos tratados, en el artículo que se refiere a la libertad religiosa parece conveniente precisar la palabra “creencias” agregando el calificativo “religiosas”, como lo hace la Declaración Americana de Derechos Humanos. Si quisiera interpretarse la palabra “creencias” para comprender las no religiosas, por ejemplo, las éticas o políticas, se entraría en el ámbito de la libertad de pensamiento.

De acuerdo con esa interpretación, la libertad de creencias de la que se ocupan la Convención y el Pacto sería la libertad de creencias religiosas. La distinción que hacen los tratados entre libertad de religión y libertad de creencias (religiosas) se entiende si la libertad de creencias se refiere a la libertad de seguir y practicar creencias religiosas que no están suficientemente articuladas para considerarlas en alguna de las tres grandes religiones: cristianismo, islamismo y judaísmo. La palabra creencias podría aplicarse para proteger la libertad religiosa de millones de personas que siguen el budismo, el confucionismo o taoísmo, el animismo y otras creencias que no son propiamente religiones, sino cuerpos doctrinales principalmente de carácter ético, pero con afirmaciones o alusiones religiosas, y también para proteger cualquier tipo de creencias religiosas individuales.

La palabra creencias (religiosas) sirve sólo para extender el ámbito de protección de esta libertad, pero no indica una libertad diferente. Por eso no hay ninguna distinción en el régimen de protección de la libertad de religión y la libertad de creencias; es el mismo y único régimen.

El contenido de la libertad religiosa

Me parece que es un acierto del régimen de estos tratados la distinción que ambos hacen de dos aspectos de la libertad religiosa: *a)* la libertad de tener, no tener, conservar o cambiar de religión (que en lo sucesivo la llamaré simplemente libertad de tener una religión), y *b)* la libertad de manifestarla, pues la religión, como no se puede reducir a un mero fenómeno íntimo que ocurre en la conciencia personal, se manifiesta en actos externos que tienen trascendencia social.

Esa distinción ya está en la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 18 dice que esta libertad “incluye” la de tener o cambiar de religión, “así como” la de manifestarla. La misma distinción aparece en el artículo 12 de la Convención y en el artículo 18 del Pacto; en el primer párrafo de ambos artículos menciona estos dos aspectos de la libertad religiosa, su segundo párrafo se refiere exclusivamente a la libertad interior y su tercero a la libertad de manifestarla. En la Convención sobre los Derechos del Niño se recoge la misma distinción en su artículo 30, donde dice que los niños tienen derecho a “profesar”, es decir tener, y “practicar” o manifestar su religión.

La libertad de tener una religión

Esta libertad se expresa con palabras ligeramente diferentes en la Convención y en el Pacto, en el primer párrafo de sus respectivos artículos sobre la libertad religiosa. En la primera, el párrafo inicial del artículo 12 habla de la libertad de “conservar” y de “cambiar”, y el Pacto, de “tener” o “adoptar” una religión. No hay contradicción entre estos términos, más bien son complementarios. No puede haber libertad de tener una religión, si no se tiene la libertad de conservarla; ni puede haber libertad de conservar

una religión si no se tuvo para tenerla o adoptarla. Si hay libertad para tener y conservar una religión, debe haber libertad también para cambiarla. Combinando los términos de ambos tratados, puede afirmarse que este aspecto de la libertad religiosa comprende la libertad de tener, adoptar, conservar o cambiar la religión, todo lo cual puede quedar sintéticamente expresado en la expresión “libertad de tener” una religión.

Aunque no está expresamente dicho en los textos, se entiende que la libertad de tener una religión implica el no ser forzado a tenerla. Por eso quien no quiere tener una religión, también queda amparado por ella. Es algo semejante a lo que sucede con otras libertades: la libertad de imprenta, no exige que todas las personas publiquen escritos, y si se niegan a publicar quedan igualmente amparados por esa libertad a que no se les fuerce a hacerlo; o la libertad de reunión que protege a la que persona que libremente se reúne, como la decisión de la que no quiere reunirse; o la libertad de asociación que protege a los que libremente quieren asociarse, pero no fuerza a los que no lo quieren hacer. La libertad religiosa protege a quienes no quieren tenerla, pero también porque les deja abierta la posibilidad de creer cuando quieran hacerlo.

En ambos tratados, la protección de la libertad de tener una religión se materializa en declarar que son ilícitas las “medidas restrictivas” (Convención, artículo 12:2) o “las medidas coercitivas” (Pacto, artículo 18:2) o que “puedan menoscabar” esa libertad interior.

La palabra “medidas” es de sentido amplio; comprende cualquier disposición gubernamental que tenga efecto jurídico vinculante, como un decreto o una ley de cualquier tipo, pero también decisiones que no sean jurídicamente vinculantes como programas, planes o políticas. Esto es lo que se puede concluir, se acuerdo con el artículo 2 de la propia Convención que se refiere a que los Estados, para defender y promover los derechos humanos, tienen obligación de adoptar “medidas legislativas o de otro carácter”; y lo mismo puede concluirse a partir del artículo 2:2 del Pacto, que se refiere a “medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter” necesarias para proteger o promover los derechos humanos.

La Convención se refiere a medidas “restrictivas”, esto es, medidas que restrinjan la libertad religiosa; mientras que el Pacto se refiere a medidas “coercitivas”, esto es, medidas que coaccionen la libertad religiosa, por lo que parecería que hay una diferencia en cuanto al tipo de medidas. Sin embargo, esta impresión se diluye, puesto que ambos tratados dicen que la finalidad de esas medidas prohibidas es “menoscabar” la libertad religiosa, es decir, disminuirla no necesariamente anularla.

De acuerdo con el análisis interior, ambos tratados prohíben cualquier tipo de medidas gubernamentales, administrativas, políticas o legislativas que puedan disminuir la libertad religiosa interior y, por supuesto, cualquier medida que pudiera anularla.

La libertad de manifestar la religión

La Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto hablan de la libertad de “manifestar” la religión, mientras que la Convención, en el primer párrafo del artículo

respectivo, habla de la libertad de “divulgar” la religión, pero en el párrafo tercero habla de la libertad de “manifestar”. No se puede, por lo tanto considerar, que son dos acciones diferentes, divulgar o manifestar, sino que se trata de una sola acción, manifestar, a la cual también se llama divulgar, por lo que en lo sucesivo me referiré sólo a la libertad de manifestar la religión.

Esos tres instrumentos internacionales afirman, con las mismas palabras, que la libertad de manifestar la religión comprende el hacerlo “individual o colectivamente, tanto en público como en privado”.

La manifestación individual de la religión es la que cada persona puede hacer por medio de palabras o actos, por ejemplo; al declarar voluntariamente que profesa una religión, por usar una ropa o hábito que lo declaren, portar algún distintivo, como una medalla, por comer o no comer determinados alimentos. Esta manifestación individual la puede hacer en lugares privados, como su propia casa, pero también en lugares públicos, como las calles, los edificios públicos, las plazas, parques o jardines, o en cualquier otro espacio público, como podría ser un medio de comunicación masiva (radio, televisión, Internet) o un lugar para colocar avisos al público (los llamados anuncios “espectaculares”), o en una escuela o en una universidad pública.

La manifestación colectiva puede ser la que hace un grupo de creyentes cuando está reunido en un espacio privado, por ejemplo; en un templo o en un auditorio cerrado, pero también cuando está reunido en un espacio público, como la calle, una plaza, un templo o cualquier otro espacio público. Esta libertad de manifestar la religión protege, entre otras manifestaciones, las procesiones, que son expresiones religiosas colectivas en espacios públicos.

Puede considerarse que es una manifestación religiosa colectiva la declaración que hace en medios de difusión pública un representante autorizado de una asociación religiosa. En tal caso, el representante manifiesta la opinión de la asociación religiosa que representa, y no una opinión personal, y lo hace en un espacio público. En tal caso, los creyentes se manifiestan colectivamente a través de su representante, aunque sea sólo una voz individual. Sería fuera de lugar en un sistema democrático representativo que la manifestación colectiva fuera únicamente la que se hace en forma multitudinaria y no la que hacen los grupos por medio de sus representantes jurídicamente reconocidos.

Los actos por los cuales se manifiesta la religión son de varias clases. La Declaración Universal, en su artículo 18, señala cuatro actos por los cuales se manifiesta la religión: “la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”; el Pacto menciona igualmente (artículo 18:1) la “enseñanza” y el “culto”, pero en lugar de la “práctica” dice las “prácticas”, y en lugar de “observancia”, “la celebración de los ritos”; en cambio, la Convención no menciona actos concretos, sino que se refiere en general a la libertad de “profesar y divulgar” la religión (primer párrafo) y a la libertad de “manifestar” la religión (párrafo tercero).

La primera cuestión en este punto es aclarar si la enumeración de los actos en que se puede manifestar la religión que hace el Pacto es de carácter limitativo, es decir, que no admite la manifestación por medio de otros actos, o es de carácter enunciativo o ejemplificativo, de modo que sólo menciona, a manera de ilustración, algunos actos

en que se puede manifestar la religión. Me parece que se trata de una enumeración meramente ilustrativa, porque el mismo Pacto reconoce otros derechos en que puede ejercerse la libertad de manifestar la religión, como el derecho de difundir opiniones “de toda índole” (artículo 19:2), lo que incluye opiniones religiosas; el derecho de reunirse pacíficamente (artículo 21), que también puede ejercerse con motivos o finalidades religiosas, o el de asociarse libremente con fines religiosos (artículo 22). Puede considerarse que la libertad de manifestar la religión comprende la de hacer cualquier acto lícito con motivos o fines religiosos.

Esa interpretación coincide con el hecho de que la Convención no menciona actos específicos por lo que se manifiesta la religión, por lo que se entiende que la libertad que protege es la de manifestar, profesar y divulgar la religión por medio de cualquier acto lícito.

De cualquier manera, conviene analizar el contenido de los actos a los que se refiere el Pacto, puesto que ilustran el contenido de la libertad religiosa. En éste se señala expresamente que la religión se manifiesta mediante “el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza”. No explica en qué consisten dichos actos, por lo que deben entenderse, según la regla de interpretación de los tratados arriba citada, de conformidad con el significado común de las palabras. Actos de culto son actos humanos que se dirigen a Dios como Ser Supremo; son los actos propios de la religión. Los “ritos” propios de una religión son la forma en la cual se practican los actos de culto, de modo que no hay propiamente dos libertades diferentes; una de practicar actos de culto y otra de practicar los ritos, es simplemente la libertad de practicar los actos de culto de acuerdo con los ritos propios de cada religión.

La expresión libertad de “prácticas” de una religión, como no puede referirse a los actos de culto ni a los ritos, ya considerados expresamente, debe referirse a otra materia; puede entenderse en el sentido de la práctica de la religión, esto es a la conformación de la conducta personal de acuerdo con los principios y reglas morales de la propia religión; es una expresión que equivale a lo que la Convención llama “profesar”¹¹ la religión. En este sentido también se manifiesta el artículo 27 del Pacto cuando dice que los integrantes de minorías tienen derecho a “profesar y practicar” su religión.

En la enumeración de actos en los que se puede manifestar públicamente la religión el Pacto, al igual que la Declaración Universal, menciona la “enseñanza”; la Convención no la menciona así, aunque tiene, al igual que el Pacto, un párrafo (artículo 12:4) dedicado a la enseñanza religiosa. El derecho de manifestar la religión por medio de la enseñanza equivale al derecho de recibir y de impartir educación religiosa, de lo cual me ocuparé más adelante y por separado, pues más que ser un derecho comprendido en la libertad religiosa, es un derecho contenido en la libertad educativa.

¹¹El artículo 12:1 de la Convención se refiere primero a la libertad de tener, conservar y cambiar la religión, y luego a la libertad de “profesar y divulgar”. Aquí la palabra “profesar” no puede entenderse en el sentido de tener y conservar una religión, pues a eso se refiere la frase anterior del mismo artículo, sino a un significado distinto, que me parece que es el de practicar o ejercer, pues la palabra “profesar”, según el *Diccionario de la lengua española*, tiene como primer significado el de “ejercer” una ciencia, arte, oficio, etcétera, por lo que puede ser el de ejercer una religión, y porque en el Pacto se habla de la “práctica” o “prácticas” de una religión, lo cual equivale a su ejercicio.

Respecto a la libertad de “divulgar” la religión, de la cual habla la Convención, me parece que se entiende, ya sea en el sentido de manifestar la religión, que tendría el significado concreto que ya se explicó; o bien en el sentido de comunicar la religión de manera masiva, por cualquier medio impreso o electrónico. Desde este punto de vista, sería más bien la libertad de manifestar y publicar ideas, o libertad de expresión, a la que se refiere el artículo 13 de la propia Convención y el artículo 19 del Pacto, tema que abordaré con mayor detenimiento.

Del análisis anterior puede concluirse que el acto propio o peculiar de manifestar la religión es el acto de culto, es decir el acto de reconocimiento de la supremacía de Dios, que debe celebrarse conforme a ciertos ritos, que da lugar a diferentes costumbres o prácticas, y que incluye la conformación de la vida del creyente de acuerdo con las prescripciones de su religión, que es la mejor manera de reconocer la supremacía de Dios.

Cabe concluir que la libertad de manifestar la religión consiste en la libertad de practicar actos de culto, incluido el culto consistente en la conformación de la vida personal de acuerdo con la religión asumida. Esta libertad de manifestar la religión puede denominarse propiamente “libertad de hacer actos de culto”. Los otros actos en los que puede manifestarse la religión: la enseñanza, la publicación de ideas, la reunión o asociación de personas y cualquier otro acto lícito, no son actos de naturaleza religiosa, como el acto de culto, y están contemplados y protegidos por otros derechos humanos, de modo que no caben propiamente en el derecho de libertad religiosa, sino en los derechos humanos correspondientes a la actividad de que se trate. Se trata de derechos que son comunes a todas las personas, creyentes o no creyentes, y que pueden ser ejercidos con diversos fines: civiles, mercantiles, culturales o religiosos.

La libertad de expresión de ideas, opiniones e informaciones religiosas

La Convención tiene un artículo, el 13, que se refiere a la libertad de pensamiento y a la libertad de expresión. El Pacto, como ya se anotó, no tiene ningún artículo expreso sobre la libertad de pensamiento (pues a ella se refiere junto a la libertad religiosa), pero sí se refiere, en su artículo 19, a la libertad de expresión.

En la Convención, este derecho comprende la “libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”. Se advierte inmediatamente que comprende básicamente dos aspectos: buscar y recibir información e ideas —que es lo que se ha llamado el “derecho a la información”— y difundirlas, que es propiamente la libertad de expresión. Se refiere a información e ideas “de toda índole”, por lo que claramente caben las de carácter religioso.

En cuanto a los medios de expresión de las informaciones e ideas, la disposición es totalmente abierta, ya que comprende la expresión oral, por escrito, en forma impresa o “por cualquier otro procedimiento”, de modo que caben las formas de expresión por medios electrónicos. Dispone que este derecho de recibir y difundir informaciones e ideas no reconoce límites por razón de fronteras.

El Pacto, en su artículo 19:2, tiene las mismas disposiciones. Una peculiaridad es el numeral 1 de ese artículo que dice que nadie “podrá ser molestado” a causa de sus opiniones. La manifestación de las opiniones me parece que puede quedar incluida en la libertad de expresión, la cual comprende la expresión oral, por lo que cabe concluir que el citado numeral del artículo 19 del Pacto no establece un derecho de opinión diferente del derecho de libertad de expresión. Puede precisarse diciendo que la libertad de expresión de las ideas es la más general, que comprende la libertad de manifestación oral de las propias ideas, así como la libertad de imprimirlas y divulgarlas de cualquier manera.

En cuanto a las restricciones a la libertad de expresión, hay una diferencia importante entre la Convención y el Pacto. La primera dice que este derecho de libre expresión “no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores” (artículo 13:2). El Pacto, por su parte, señala que el ejercicio de la libertad de expresión “entraña deberes y responsabilidades especiales”, y que por lo tanto puede estar sujeto a “ciertas restricciones” (19:3). La diferencia estriba en que el tratado americano prohíbe la censura previa, y el otro no, si bien el tratado americano admite que los espectáculos públicos sí pueden estar sujetos a censura previa para “la protección moral de la infancia y la adolescencia”.

El contenido de las restricciones permitidas es igual en ambos tratados: sólo se aceptan las restricciones “expresamente fijadas por la ley” y que sean “necesarias” para asegurar el respeto y la reputación de los demás, o para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas. Se advierte que son las mismas restricciones, también previstas en ambos tratados (12:3 y 18:3, respectivamente), que puede tener el derecho de manifestar la religión.

La Convención, en el numeral 3 del artículo sobre libertad de expresión (13), tiene algunas disposiciones peculiares que no existen en el Pacto. Ahí prohíbe que se restrinja la libertad de expresión “por vías o medios indirectos”, como el control del papel periódico, de las frecuencias radioeléctricas, de aparatos que se usan para la difusión, o “por cualesquiera otros medios” que impidan la comunicación y difusión de ideas; de modo que se trata de una prohibición de límites amplios, que no se restringe a los ejemplos enunciados, ya que alcanza a todo acto que impida indebidamente la libertad de expresión.

Los dos tratados contienen una prohibición que constituye un límite más a la libertad de expresión. Señalan (Convención, artículo 13:5; Pacto, artículo 19) que se prohíbe “toda propaganda a favor de la guerra” y “toda apología del odio nacional, racial o religioso” que incite a la violencia contra una persona o un grupo de personas.

La libertad de expresión contemplada en estos tratados es un derecho que tienen todas las personas, creyentes o no creyentes, y que se refiere a informaciones e ideas religiosas o no religiosas, filosóficas, políticas, económicas, científicas, artísticas o de cualquier naturaleza. Sería discriminatorio, y violatorio del derecho contemplado, el negar o restringir este derecho a los creyentes, afirmando que ellos no pueden opinar sobre ciertas cuestiones, por ejemplo; de cuestiones políticas, o afirmando que las informaciones o ideas religiosas no pueden circular libremente y que deben tratarse de modo diferente. Igualmente, el derecho a recibir información contemplado en esos artículos incluye el de recibir la de contenido religioso.

Libertad de educación religiosa

El derecho o libertad de educación comprende dos aspectos: el de recibir educación y el de impartirla. El derecho a recibir educación es un derecho universal. Lo declara así expresamente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 13:1) que afirma “el derecho de toda persona a la educación”, y con las mismas palabras lo establece el Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (también en su artículo 13:1).

Esos dos tratados señalan que el objetivo de la educación es “el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad”. Por lo tanto, el derecho a recibir educación comprende la que sea necesaria para desarrollar todas las capacidades de cada persona, por lo que no pueden excluirse tipos de educación, como la educación artística, la científica ni la religiosa. El derecho es de recibir todo tipo de educación.

Dada la importancia de recibir educación religiosa, los tratados se refieren especialmente a ella. El Pacto dice que los Estados “se comprometen a respetar la libertad de los padres o tutores a que sus hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”; la Convención señala que los padres o tutores “tienen derecho”¹² a que sus hijos reciban tal educación. Este derecho o libertad de los padres a que sus hijos reciban educación religiosa también se recoge en el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales (artículo 13:3).

Los citados artículos de esos tratados afirman implícitamente que los menores (hijos) tienen derecho a recibir educación religiosa, como tienen también derecho a recibir cualquier otro tipo de educación que contribuya a su desarrollo integral. Pero también afirman expresa y reiteradamente que les corresponde a los padres o tutores el derecho de elegir la educación religiosa y moral para sus hijos. Conjuntando ambos aspectos, se infiere que los menores tienen derecho a recibir la educación religiosa que sus padres elijan.

Respecto del derecho a impartir educación religiosa, no hay en los tratados una disposición que expresamente confiera ese derecho, pero se entiende que está implícito en el derecho a recibir educación religiosa, lo que exige necesariamente que alguien la imparta. Este derecho de impartir educación religiosa no es diferente del derecho que tiene toda persona a impartir educación en general.

En el Protocolo de San Salvador (artículo 13), lo mismo que en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (también artículo 13), la educación se contempla como una tarea o deber propio del Estado, con la cual satisface el derecho de toda persona a recibir educación. No obstante, ambos tratados reconocen que los padres tienen derecho de escoger el tipo de educación que quieren para sus hijos, lo cual implica que han de existir otras escuelas, además de las estatales, para

¹²Que se afirme que es una “libertad” o un “derecho” no tiene importancia, pues los tratados suelen usar indistintamente esos términos con el mismo significado, y a veces, como en los artículos citados sobre libertad religiosa, hablan de que la persona “tiene derecho a la libertad”.

que los padres puedan elegir la que quieran para sus hijos, y expresamente reconocen la libertad de los “particulares y entidades” para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, de acuerdo con la legislación del Estado.

De ambos tratados se puede concluir la existencia del derecho universal de toda persona (“particulares”) pero también de organizaciones (“entidades”, dicen ambos tratados) a establecer y dirigir escuelas, distintas de las estatales, siempre que cumplan con los requisitos mínimos establecidos. Éste es un derecho común para creyentes y no creyentes. Unos y otros tienen el derecho de establecer y dirigir escuelas que, si cumplen los requisitos mínimos establecidos, podrán expedir títulos con validez oficial. Los creyentes pueden establecer escuelas cuyos estudios cuenten con reconocimiento de validez oficial donde, además de las materias oficiales, se enseñe religión; y los no creyentes, pueden establecer escuelas, con reconocimiento oficial, donde además de las materias oficiales, impartan enseñanza sobre una cierta filosofía, ética o concepción del mundo.

Igualmente, los creyentes y no creyentes pueden establecer y dirigir escuelas que no pretendan reconocimiento oficial, y que impartan únicamente religión o alguna doctrina filosófica o ética. Esta actividad, como no significaría enseñanza oficial, puede entenderse también como un ejercicio de la libertad de educación.

Libertad de reunión con fines religiosos

Dice la Convención (artículo 15) que “se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas”, y que este derecho sólo puede restringirse por disposiciones previstas en alguna ley y que “sean necesarias en una sociedad democrática” por razones de seguridad, orden público, salud o la moral públicas, y los derechos y libertades de los demás. El Pacto tiene un artículo (21) casi idéntico. La única diferencia es que no exige que la reunión sea sin armas.

En ambos tratados, es un derecho que tienen todas las personas, creyentes o no creyentes, que se ejerce por razón de cualquier finalidad u objetivo, pues sólo se exige que sea una reunión pacífica y sin armas; pueden reunirse con finalidades políticas, por la celebración de algún acontecimiento feliz, por una competencia deportiva, o también por motivos o fines religiosos, como para una peregrinación o para un acto de oración en algún lugar público. Por lo tanto, el derecho a reunirse pacíficamente con fines religiosos, en lugares públicos o privados, es un derecho humano reconocido en los tratados.

Libertad de asociación con fines religiosos

Señala la Convención (artículo 16) que todas las personas “tienen derecho a asociarse libremente” para cualquier fin, y expresamente señala como posibles y lícitas, las asociaciones con fines “ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos”. Contempla, en el numeral 2, que el ejercicio de este derecho puede restringirse, de la misma manera, es decir, por disposiciones previs-

tas en la ley y conforme a los mismos criterios (necesidad para proteger bienes públicos o derechos de tercero) que para restringir la libertad de manifestar la religión. En el siguiente numeral (3) admite que se pueden imponer más restricciones a este derecho, e incluso la privación del mismo, a los miembros de las fuerzas armadas y la policía.

El Pacto, en su artículo 22, tiene una disposición semejante: señala que “toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras” sin señalar fines, por lo que cabe entender que sea por cualquier fin lícito. Tiene la misma disposición que la Convención respecto de las posibles restricciones a este derecho, y también señala que esas pueden ser mayores para los miembros de las fuerzas armadas o de la policía pero, a diferencia del tratado americano, no contempla la posibilidad de excluir este derecho a esas personas.

Es indudable que existe, contemplado en ambos tratados, el derecho de asociarse con fines religiosos. Pero los tratados nada dicen acerca del reconocimiento jurídico que puedan tener las asociaciones creadas por los ciudadanos, es decir, si se les reconoce o no una personalidad jurídica propia distinta de la de los asociados, por lo que parece que esto queda al arbitrio de la legislación interna. No obstante, es una experiencia universal que para que las asociaciones perduren requieren del reconocimiento de una personalidad jurídica (persona moral o persona corporativa). Puede entonces considerarse que para que el derecho de asociación sea ejercido plenamente, como es el objetivo de estos tratados, se requiere que el ordenamiento jurídico interno provea al reconocimiento de la personalidad jurídica de las asociaciones si cumplen determinados requisitos. Por lo tanto, cabe afirmar que ~~se~~ los tratados reconocen el derecho de toda persona a asociarse con fines religiosos y a que la asociación constituya una persona jurídica propia.

Los límites a la libertad religiosa

La libertad de tener religión no tiene limitación en ninguno de los dos tratados que se están analizando, lo cual se explica naturalmente porque se trata de una libertad interior. En cambio, ambos tratados señalan límites a la libertad de manifestar la religión. El numeral 3 del artículo sobre libertad religiosa de ambos tratados (artículo 12 de la Convención y 18 del Pacto) señala las limitaciones que puede tener; dicen que esta libertad puede estar sujeta “únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás”.¹³

Las limitaciones admitidas deben cumplir dos condiciones, según lo señalado en ese párrafo: la primera es que sean “prescritas por la ley”, de modo que no valen las establecidas en un reglamento ni las dictadas por cualquier instancia administrativa,

¹³El Pacto únicamente varía las palabras finales, y en vez de decir: “los derechos o libertades de los demás”, dice: “los derechos y libertades fundamentales de los demás”.

judicial o cuasi judicial,¹⁴ que no tengan fundamento en una ley. La otra condición es que tales limitaciones sean “necesarias para proteger” los bienes enumerados, de modo que no se pueden aplicar limitaciones para incrementar esos bienes, ni aquellas que, siendo convenientes, no son realmente necesarias.

Evidentemente, la aplicación de estas limitaciones deja un amplio margen de discrecionalidad al Estado, sobre todo porque no hay una delimitación clara de lo que son esos bienes como la “seguridad”, el “orden” y la “moral”.

Para tener más elementos de juicio sobre cómo podrían aplicarse correctamente estas limitaciones, conviene analizar las reglas que dan los tratados sobre las limitaciones que los Estados pueden establecer a los derechos humanos en general. Una primera disposición que debe tenerse en cuenta es que el derecho de libertad religiosa es uno de los derechos cuya vigencia los Estados no pueden suspender ni siquiera en “situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación” (artículos 4:1 y 2 del Pacto y 27:2 de la Convención). Si los tratados prescriben que el derecho de libertad religiosa no se puede suspender ni siquiera en situaciones excepcionales, para que un Estado pueda establecer alguna limitación al derecho de manifestar la religión es preciso que demuestre fehacientemente que tales limitaciones son “necesarias para proteger” alguno o varios de los bienes públicos previstos.

Los tratados también establecen algunas reglas de interpretación de sus disposiciones (artículos 29 y 30 de la Convención y 5 del Pacto) que tienden a evitar que los Estados, o cualquier grupo, pretendan imponer restricciones injustificadas a los derechos humanos. La Convención (29-a) y el Pacto (artículo 5:1) coinciden en esta regla: que ninguna disposición del tratado puede interpretarse en el sentido de permitir o dar a un Estado, grupo o individuo derecho para suspender los derechos humanos o para restringirlos “en mayor medida” que la prevista por los tratados. Aplicando esta regla interpretativa a las disposiciones que permiten restricciones al derecho de manifestar la religión, se concluye que tales disposiciones deben interpretarse de manera estricta, de modo que no se impongan limitaciones en “mayor medida” que la autorizada. Así, una limitación que no fuera necesaria, pero sí conveniente o muy conveniente para proteger el orden público, no puede ser una limitación válida de acuerdo con los tratados, porque no es necesaria.

La Convención da otras reglas para evitar la limitación indebida de derechos humanos, al señalar que el tratado no puede ser interpretado en el sentido de limitar algún derecho o libertad que pudiera estar reconocido por las leyes nacionales o por otros tratados (artículo 29-b), ni tampoco en el sentido de “excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza” (artículo 29-d).

Entre esos actos internacionales de la misma naturaleza cabe pensar en la Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de Intolerancia y Discriminación fun-

¹⁴Pienso que pueden llamarse cuasi judiciales las decisiones de organismos autónomos como el Instituto Nacional Electoral, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos o la Comisión Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

dadas en la religión o en las convicciones. Nótese que esta regla interpretativa de la Convención, no hace que tales declaraciones sean instrumentos jurídicamente vinculantes, simplemente protege que no se elimine el posible efecto que puedan surtir y que, en mi opinión, es el de servir como medios para interpretar válidamente el contenido de los derechos previstos en ella, especialmente del derecho de libertad religiosa.

El Pacto da otra regla interpretativa (artículo 5:2), según la cual no pueden admitirse restricciones a los derechos humanos previstos en los tratados, que pretendan establecerse por virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el tratado “no los reconoce o los reconoce en menor grado”. Esto significa que no se puede restringir un derecho con la mera afirmación —“so pretexto”— de que el tratado lo reconoce en menor grado. No se puede, por ejemplo, decir que como el Pacto o la Convención reconocen el derecho de manifestar la religión en forma limitada, entonces puede ser válida cualquier restricción que imponga el Estado.

El tema de las restricciones al derecho de libertad religiosa tiene especial relevancia en México porque el artículo 24 constitucional vigente (reformado en julio de 2013), en la frase final de su primer párrafo establece una restricción a la libertad religiosa, que dice: “Nadie podrá utilizar los actos públicos de expresión de esta libertad con fines políticos, de proselitismo o de propaganda política”. La restricción es imprecisa por varias razones¹⁵ y parece contraria a las reglas que determinan los tratados de derechos humanos acerca de las restricciones lícitas. Por eso conviene considerar si, de acuerdo con el orden internacional o de “convencionalidad”, tal restricción es válida.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha fijado una tesis jurisprudencial (tesis P/J.21/2014), según la cual las restricciones a los derechos humanos impuestas en la Constitución deben prevalecer sobre las disposiciones de los tratados. El punto de partida es el primer párrafo del artículo 1º de la Constitución mexicana que dice, en su frase final, que los derechos humanos podrán suspenderse o restringirse sólo “en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”. La tesis de jurisprudencia emitida por la Corte (P/J.20/2014) se enuncia con un rubro que dice: “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”.¹⁶

¹⁵La restricción se refiere a “esta libertad”, pero el artículo 24 habla de tres libertades: de conciencia, de religión y de convicciones éticas. Dice que no se podrán utilizar los actos públicos de expresión de la libertad, pero no precisa qué actos. ¿Serán los actos de culto, o también la expresión de ideas religiosas o éticas, la enseñanza de una religión o una posición ética, la reunión o asociación con fines religiosos o altruistas? Además, la utilización de esos actos con “fines políticos” parece indicar que se deben considerar, no los fines del acto mismo, sino la intención de quienes participan en el acto; por ejemplo, si se celebra una misa en memoria de los mártires cristeros, el acto tiene por sí mismo un fin de culto, pero podría sospecharse que el sacerdote que lo celebra o algunos de los asistentes lo utilizan para “fines políticos”.

¹⁶Cuando uno lee el contenido de la tesis se queda con la impresión de que la Corte duda, porque si bien reconoce que la Constitución es la norma suprema, también afirma que ahora (desde la reforma de 2011) los tratados de derechos humanos son norma suprema, por lo que cabría preguntarse qué ocurre cuando hay contradicciones entre dos “normas supremas”. El texto completo de la tesis es el siguiente: “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

El efecto de esta tesis es que todos los jueces mexicanos deben hacer prevalecer las restricciones constitucionales de los derechos humanos sin importar lo que digan los tratados de derechos humanos. Pero esta jurisprudencia mexicana no vincula a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que tiene su propia jurisprudencia, y que podría juzgar que la restricción constitucional a la libertad religiosa, o a cualquier otra libertad, no es válida de acuerdo con las reglas de los tratados de derechos humanos.

Además, la misma SCJN ha establecido como tesis de jurisprudencia (tesis P/J.21/2014) que todos los jueces mexicanos deben acatar los criterios de juicio o jurisprudencias emitidas por la Corte IDH, aun cuando el Estado mexicano no haya sido parte en el litigio del cual derivó la tesis de jurisprudencia, si contiene un criterio más favorable a la persona.¹⁷ En consecuencia, si la Corte IDH resolviera que la limitación constitucional a la libertad religiosa no es válida conforme a los tratados de derechos humanos, ese criterio debería ser respetado por todos los jueces mexicanos.

Como puede verse, hay una contradicción importante en este punto. Si se diera el caso de que la Corte Interamericana declarara que una restricción constitucional a los derechos humanos impuesta en la Constitución mexicana es inválida, ¿a quién obedecerían los jueces mexicanos? Es previsible que se plegarían a lo que afirmara la Su-

RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1º, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.”

¹⁷Dice textualmente dicha tesis: “JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo o constitucional, pues el principio pro persona obliga a los jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional, y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.”

prema Corte mexicana, pero el Estado mexicano podría recibir la presión diplomática internacional por no respetar las sentencias de la Corte Interamericana.

En mi opinión, no se puede dar una solución general, sino que habrá que analizar caso por caso si las restricciones impuestas en la Constitución mexicana deben prevalecer o no sobre los tratados. En el caso de la restricción a la libertad religiosa prevista en el artículo 24 constitucional, me parece que debe ser superada por ser imprecisa e innecesaria.

Los deberes del Estado respecto de la libertad religiosa

Al firmar y ratificar los tratados de derechos humanos, los Estados asumen, ante la comunidad internacional, algunas obligaciones respecto de esos derechos. La Convención, en su artículo 1, dice que los Estados se comprometen (se entiende que ante la comunidad internacional), a “respetar” los derechos y libertades, así como a “garantizar su libre y pleno ejercicio” a todas las personas (y aclara que “persona es todo ser humano”). Añade que los Estados se comprometen, si no estuviera ya garantizado el ejercicio de esos derechos, a tomar “las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Por su parte, el Pacto (artículo 2:1) dice más o menos lo mismo: que los Estados se comprometen “a respetar y garantizar a todos los individuos” los derechos en él reconocidos, y que en caso de no estar ya garantizados tales derechos, se comprometen a “dictar disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos” tales derechos (artículo 2:2). Añade un numeral donde explica, en parte, el contenido de la obligación de garantizar que exista un recurso efectivo contra la violación de los derechos, que tal recurso lo conozcan y resuelvan autoridades competentes, administrativas o judiciales, y que las autoridades que hayan hecho la violación tengan el deber de cumplir la resolución que sea dictada.

Conforme a estos dos tratados, los Estados asumen las obligaciones de “respetar” los derechos y “garantizar” su ejercicio. Respetarlos puede significar simplemente que estén reconocidos como vigentes por el ordenamiento jurídico. La obligación de “garantizar” su ejercicio o, como dice la Convención, su “pleno ejercicio”, tiene un contenido más amplio; evidentemente incluye la existencia de un mecanismo judicial o administrativo para denunciar, reparar y sancionar las violaciones. Pero eso no parece suficiente para garantizar su “pleno ejercicio”, pues puede ser que los derechos no se ejerciten, no porque alguien lo impida u obstaculice, sino porque no existen las condiciones necesarias para poder hacerlo, especialmente cuando se trata de derechos de contenido económico, social o cultural.

Por lo anterior, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que contempla el derecho de recibir e impartir educación religiosa, señala que el Estado parte del tratado se compromete a “adoptar medidas [...] especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo grado de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados [...] la plena efectividad de

los derechos aquí reconocidos” (artículo 2). Como se ve, en este tratado la obligación de garantizar comprende, ya no sólo la adopción de medidas jurídicas y judiciales, sino también de medidas económicas y técnicas. Por ejemplo: garantizar el derecho a la habitación, no consiste sólo en poner un artículo en la Constitución que diga que toda persona tiene derecho a tener una habitación en propiedad, sino en disponer de los adecuados programas financieros y de construcción de vivienda para que tal derecho pueda ser realmente efectivo. En consecuencia, el Estado mexicano, por las obligaciones asumidas en los tratados, tiene el deber de reconocer el derecho de libertad religioso, garantizar su ejercicio y tomar las medidas para lograr la plena efectividad del derecho de libertad religiosa, tal como está establecido en los tratados.

Conclusiones sobre el régimen de la libertad religiosa en los tratados de derechos humanos vigentes en México

Presento aquí, en forma abreviada, las conclusiones a las que llego a lo largo de este trabajo:

- Primera.* Libertad religiosa, libertad de pensamiento y libertad de conciencia son tres libertades diferentes que requieren sus propias reglas jurídicas.
- Segunda.* La libertad religiosa se refiere tanto a las grandes religiones como a las creencias religiosas.
- Tercera.* La libertad religiosa comprende la libertad de tener o no tener, conservar o cambiar una religión y la libertad de manifestarla.
- Cuarta.* La libertad de tener una religión o no tenerla no tiene ninguna limitación prevista en los tratados.
- Quinta.* La libertad de manifestar la religión comprende hacerlo en forma individual o colectiva, en lugares públicos o privados, y especialmente su manifestación por medio de los actos de culto y por la conformación de la propia vida del creyente de conformidad con sus convicciones éticas y religiosas.
- Sexta.* La expresión de ideas y contenidos religiosos, así como la recepción de esos contenidos, están comprendidas en el derecho general a la libre expresión e información de las ideas.
- Séptima.* El derecho a recibir e impartir educación religiosa está comprendido en el derecho general de educación, y corresponde a los padres o tutores determinar el tipo de educación religiosa que sus hijos reciban.
- Octava.* El derecho de reunión con fines religiosos está comprendido en el derecho general de libre reunión con fines lícitos.
- Novena.* El derecho de asociación con fines religiosos es un aspecto del derecho general de asociación con fines lícitos; implica el derecho de los ciudadanos creyentes de asociarse para constituir una persona jurídica moral.

Décima. Los límites válidos a la libertad religiosa son únicamente los establecidos por medio de leyes y que sean necesarios (no convenientes) para preservar la salud, la moral o el orden social.

Décima primera. El Estado, en todos sus órdenes, está obligado a reconocer, garantizar y promover el derecho de libertad religiosa, tomando las medidas judiciales, administrativas y económicas que sean necesarias o convenientes para alcanzar su pleno ejercicio.

Cien años de laicidad.
El Estado laico mexicano en la Constitución de 1917

El centenario de la Constitución mexicana constituye una excelente ocasión para reflexionar en torno a los principios que sustentan la identidad colectiva de los mexicanos, que son parte de su historia, tradiciones, cultura e idiosincrasia. El principio de laicidad es uno de ellos. A 158 años de su declaración por Benito Juárez, y cien años de vigencia en la Constitución revolucionaria de 1917, la separación entre el Estado y las iglesias —máxima expresión de la laicidad en la cultura jurídica mexicana— sigue siendo uno de los principios que más discusión genera en torno a su interpretación, alcance y consecuencias. Tal vez porque México se ostenta como Estado laico en un país religioso¹ o porque la fuerte pugna entre liberales y conservadores que caracterizó al país durante el siglo XIX tiene aún algunos remanentes en los debates actuales. Desde luego, el panorama político y jurídico ha sido modificado a profundidad, pues México ha entrado de forma decidida en el tiempo de los derechos,² mediante un proceso paulatino de reformas estructurales, cuyo auge radica en la reforma constitucional del 10 de junio de 2011.

Este giro hacia los derechos humanos impactó también en nuestra manera de pensar y vivir la laicidad. Asimismo, el objetivo de este trabajo es precisamente mostrar la evolución del Estado laico mexicano, el cual pasó de entenderse en términos de una relación institucional (accidentada) entre el Estado y la Iglesia, a una perspectiva (más sosegada) orientada a la protección de

Sumario

¹Retomando el título del libro Salazar Ugarte, Pedro *et al.*, *Estado laico en un país religioso. Encuesta nacional de religión, secularización y laicidad*, colección “Los mexicanos vistos por sí mismos. Los grandes temas nacionales”, México, UNAM, 2016.

²Desde luego, hacemos referencia a la obra de Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Editorial Sistema, 1991.

El cambio de paradigma	855
La laicidad en clave de los derechos.	858
Nuevos retos laicos	863
Conclusiones.	867
Bibliografía	868

los derechos y libertades fundamentales en contexto de pluralismo, aunque es cierto que existen aún varios focos de polarización vinculados con el tema. Estos desafíos serán analizados en la parte final del trabajo. Mientras tanto, buscaremos entender la laicidad mexicana en clave de derechos, especialmente a partir de los nuevos horizontes jurídicos abiertos por la constitucionalización de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales, los cuales refuerzan los lineamientos constitucionales en materia de garantía e interpretación.

Por otra parte, cabe mencionar, antes de examinar el modelo mexicano de laicidad, que dicho término no es un concepto unívoco, sino que existen al respecto una gran variedad de definiciones, en muchos casos relacionadas con las condiciones y experiencias nacionales que le dieron forma. Es decir, la laicidad difícilmente puede entenderse *in abstracto*, debe insertarse en un contexto político, religioso, social, cultural, etcétera, específico. A pesar de ello, existen indudablemente algunos elementos claves comunes a todas las laicidades: respeto de la libertad de conciencia y de religión, autonomía de las esferas políticas y religiosas, neutralidad del Estado, tolerancia, igualdad, pluralismo, democracia como fuente de poder autónomo,³ etcétera. En esta perspectiva, la definición que sin duda articula mejor estos elementos está contenida en la Declaración Universal de la Laicidad en el siglo XXI, en los términos siguientes:

Definimos la laicidad como la armonización, en diversas coyunturas socio-históricas y geopolíticas, de los tres principios [...]: respeto a la libertad de conciencia y a su práctica individual y colectiva; autonomía de lo político y de la sociedad civil frente a las normas religiosas y filosóficas particulares; no discriminación directa o indirecta hacia seres humanos.⁴

Esta definición constituye un excelente punto de partida para la reflexión. Nos recuerda que al contrario de una idea bastante difundida, el Estado laico no es ni intolerante ni antirreligioso, sino que organiza una recíproca autonomía entre las esferas políticas y espirituales en beneficio de las libertades individuales.⁵ La laicidad, por lo mismo, debe entenderse como un dispositivo jurídico-político orientado a la garantía y protección de los derechos humanos, en un contexto de reconocimiento y respeto al pluralismo.

³Sobre la idea de laicidad como régimen social de convivencia basado sobre la soberanía nacional y (ya) no sobre elementos religiosos, véase Blancarte, Roberto, “Retos y perspectivas de la laicidad” en Blancarte, Roberto (coord.), *Laicidad y valores en un Estado democrático*, México, El Colegio de México, Segob, 2000, pp. 130-152.

⁴La Declaración es un documento elaborado por diferentes especialistas internacionales en materia de laicidad, en particular Jean Baubérot (Francia), Roberto Blancarte (México), Micheline Milot (Canadá), firmado por 120 académicos de diferentes países. Fue presentado ante el Senado de la República francesa el 9 de diciembre de 2005, con ocasión del centenario de la Ley de Separación del Estado y las Iglesias de 1905, disponible en <http://catedra-laicidad.unam.mx/wp-content/uploads/2015/06/Declaración-Laicidad.pdf>.

⁵Zanone, Valerio, “Laicismo”, en Norberto Bobbio y Nicola Matteucci, *Diccionario de política*, 13a. ed., México, Siglo XXI, 2002, p. 857.

El cambio de paradigma

Al reunirse el Congreso Constituyente el 1 de diciembre de 1916, la separación del Estado y de las iglesias era ya un principio consolidado del orden jurídico mexicano. Proclamados en el contexto secularizador de las leyes de Reforma, la separación y la libertad de culto habían logrado mantenerse a pesar de las convulsiones de la vida nacional, la intervención francesa, la experiencia imperial, el porfiriato y la Revolución. Sin embargo, si bien los liberales liderados por Benito Juárez habían puesto las bases para un régimen estricto de separación, los vencedores de la revolución fueron más allá, al adoptar un régimen laico con fuertes tintes anticlericales. Lo cierto es que además de ser profundamente convencidos de la necesidad de secularizar a la sociedad mexicana, los revolucionarios castigaban a la Iglesia católica, acusada de connivencia con la dictadura del general Huerta entre 1913 y 1914.⁶

En este contexto, los constituyentes adoptaron una serie de disposiciones radicales orientadas a debilitar la institución religiosa, la cual había recobrado aliento durante el porfiriato, a pesar de la permanencia de la legislación juarista. Los artículos 3º, 5º, 24, 27 y 130, en particular, van a establecer lo siguiente: *i*) educación laica en las escuelas públicas y particulares; *ii*) prohibición para las Iglesias y ministros del culto de participar en actividades educativas; *iii*) nacionalización de los bienes del clero; *iv*) prohibición de los votos religiosos, considerados contrarios a la libertad individual; *v*) cierre de todas las congregaciones religiosas; *vi*) prohibición de los actos del culto fuera de los templos y domicilios particulares; *vii*) negación de la personalidad jurídica de las iglesias; *viii*) prohibición para las Iglesias de poseer inmuebles; *ix*) prohibición para los ministros del culto de votar y ser votados; *x*) facultad de las legislaturas locales para determinar el número de sacerdotes en su territorio.

Ciertamente, la libertad de creencias era reconocida como garantía individual por el artículo 24 de la Constitución. Sin embargo, consagraba una visión reductora de la religión, desvinculada de cualquier referencia a su dimensión social y comunitaria. En la práctica, las (pocas) decisiones judiciales ratificaban esta concepción de la laicidad. Respecto del cierre discrecional de templos por parte de las autoridades públicas, un juez había considerado que el cambio de afectación de los lugares de culto no vulneraba la libertad religiosa de los fieles ya que la libertad de culto imponía al Estado obligaciones incompatibles con la ideología de la Constitución, y que su misión se limitaba a permitir un culto pero no a promocionarlo.⁷ Esta decisión había sido confirmada en segunda instancia, bajo el argumento que los ciudadanos no eran lesionados en sus intereses jurídicos cuando los templos cambiaban de destinación, ya que dicha situación no afectaba su libertad de conciencia y que seguían libres de practicar las devociones relacionadas con el culto en sus domicilios particulares.

⁶Véase Mac-Gregor Gárate, Josefina, “Anticlericalismo constitucionalista”, en Galeana, Patricia (coord.), *Relaciones Estado-Iglesia: encuentros y desencuentros*, México, Segob, Archivo General de la Nación, 2001, pp. 163-182.

⁷SCJN, 2a. Sala, TA, 5a. época, libertad religiosa, Amparo administrativo en revisión, 445/33, *Peredo José y coagraviados*, 21 de agosto de 1933, SJF, XXXVIII, p. 2747.

Entre 1917 y 1992, la problemática laica en México se articula como una relación conflictiva, con encuentros y desencuentros, entre el Estado y la Iglesia católica. En pocas palabras, se trataba de una pugna entre ambas instituciones para su posicionamiento en los espacios políticos, sociales y simbólicos. Si bien la Constitución de 1917 parecía haber desalojado a la Iglesia católica del escenario político nacional, la Guerra Cristera (1926-1929) hizo patente que el factor religioso era un elemento imprescindible para la gobernanza en el país; y que la Iglesia católica era un actor fundamental del sistema, la cual si bien se encontraba fuertemente debilitada, seguía con un importante poder de movilización y capacidad de negociación.⁸ Así las cosas, a partir de 1936, la política gubernamental cambió de rumbo en el sentido de una aplicación más flexible de las disposiciones constitucionales.

En esta nueva era, conocida como *modus vivendi*, el Estado dejaba campo libre a la Iglesia en materia educativa y de culto, a cambio de su apoyo para la transformación social y económica de la sociedad mexicana.⁹ Sin embargo, a partir de finales de 1960, la Iglesia pasó de una actitud conciliadora a un posicionamiento mucho más crítico respecto de la política gubernamental. En el contexto de crisis que sacudió la sociedad mexicana entre 1968 y 1973, la Iglesia se definió a favor de la democratización y del respeto de los derechos fundamentales y volvió a posicionarse paulatinamente como una institución legítima en el juego democrático, fuente de críticas y propuestas. A partir de 1980, y más significativamente en la década de los noventa, la progresiva erosión de la legitimidad del Gobierno, agravada por su incapacidad en generar consensos, obligó al Estado a abrir nuevos espacios a los partidos políticos de oposición y a nuevos actores sociales, entre ellos, la Iglesia católica.¹⁰

En este contexto, el marco laico del Estado mexicano fue objeto de importantes cambios en 1992, mediante una reforma constitucional de gran envergadura, la adopción de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público del 15 de julio de 1992 y el restablecimiento de las relaciones diplomáticas entre México y la Santa Sede. A nivel constitucional, la revisión constitucional introdujo cambios sustanciales en la materia, entre los cuales destacan: *i*) constitucionalización del principio “histórico” de separación entre el Estado y las Iglesias; *ii*) reconocimiento de la personalidad jurídica de las iglesias como “asociaciones religiosas”; *iii*) reconocimiento del derecho de voto a los ministros del culto (se mantiene la prohibición de ser votado); *iv*) prohibición para el Estado de inmiscuirse en la vida interna de las asociaciones religiosas; *v*) libertad de educación en las instituciones privadas (enseñanza confesional); *vi*) supresión de la prohibición de votos monásticos; *vii*) posibilidad de actos de culto fuera de los tem-

⁸Sin embargo, cabe mencionar que la Iglesia católica nunca apoyó de manera oficial el movimiento cristero. La mayoría de los obispos se pronunciaron en contra del uso de la violencia, además que tuvieron que reconocer su incapacidad de controlar el movimiento. Sobre la relación entre el Estado y la Iglesia católica entre 1917 y 1992, véase Blancarte, Roberto, *Historia de la Iglesia católica en México (1929-1982)*, México, FCE, 1992. Sobre la guerra cristera, véase Meyer, Jean, *La Cristiada*, 8a. ed., México, Siglo XXI, 1983.

⁹Sobre el *modus vivendi*, véase Blancarte, Roberto, *Historia de la Iglesia católica en México (1929-1982)*, op. cit., p. 29 et ss.

¹⁰Pérez Rayón, Nora, “Relaciones Iglesia-Estado (1988-1994): una cara de la modernización”, *Política y cultura*, México, otoño, núm. 5, p. 119.

plos y domicilios particulares de manera excepcional; *viii*) posibilidad para las asociaciones religiosas de adquirir, poseer y administrar bienes indispensables a su objeto, y *ix*) proclamación del carácter laico del Estado mexicano en la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público.

La reforma de 1992 introducía un nuevo dispositivo político-jurídico mucho más plausible en términos de una laicidad entendida como régimen orientado hacia la protección de las libertades. Si bien los constituyentes de 1917 habían justificado las medidas anticlericales como mecanismos para la protección de la libertad de conciencia de los mexicanos,¹¹ traducían una visión jacobina de las libertades, que se volvía cada vez más problemática ante la adopción por parte del Estado mexicano de diferentes instrumentos regionales e internacionales en materia de derechos humanos. En efecto, si bien el cambio de paradigma en materia religiosa obedecía a la conjugación de varios factores que dificultaba cada vez la permanencia de un modelo autoritario a nivel interno,¹² la coyuntura internacional fue también determinante en el proceso. Es innegable que las transformaciones vividas por el sistema internacional desde el fin de la guerra fría tuvieron un impacto sobre la reestructuración del Estado mexicano, en el sentido de una mayor democratización y reconocimiento de las libertades fundamentales, al volverse los derechos y la democracia condiciones esenciales de legitimidad política en el escenario mundial. Poco a poco, se volvió cada vez más claro que los derechos humanos habían dejado de ser un asunto estrictamente doméstico, ante la existencia de una multilateralidad de fuentes y de mecanismos de garantías, los cuales presionaban en el sentido de una incorporación de los derechos reconocidos a nivel internacional en los sistemas internos, y sobre el reconocimiento de la superioridad de dichas normas en las normativas nacionales.¹³

En la misma época, varias reformas estructurales en México parecen ir en el sentido de consolidación de la temática de los derechos humanos.¹⁴ Destaca, en particular, la creación en 1990 de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y de las comisiones estatales, organismos para-jurisdiccionales encargados de promover y vigilar la ejecución de la política nacional en materia de derechos humanos, y especialmente, mediante la elaboración de recomendaciones públicas dirigidas a las autoridades in-

¹¹Véase Palavicini, Félix E., *Historia de la Constitución de 1917*, México, SEP, IJ-UNAM, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2014, en particular, “La libertad de conciencia — Intervención de los poderes federales en materia de culto religioso”, pp. 565 y ss.

¹²Entre estos factores destacan el declive del PRI a partir de 1980, la crisis financiera de 1988 que exige un ajuste neoliberal y una apertura comercial del país, y sobre todo, las sospechas de fraude de la elección al cargo de presidente de la República de Carlos Salinas de Gortari. Lo anterior pudo haber justificado la búsqueda de nuevas alianzas legitimadoras, entre ellas, con el catolicismo, el cual constituía en aquel momento la religión de casi 90 por ciento de la población. Sobre este tema, véase Nora Pérez Rayón, “Relaciones Iglesia-Estado (1988-1994): una cara de la modernización”, *op. cit.*

¹³Héctor Fix-Zamudio, “La evolución del derecho internacional en las constituciones internacionales”, en Antonio Cançado Trindade y Lorena González Volio (comp.), *Estudios básicos de derechos humanos II*, San José Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1995, p. 124.

¹⁴Por ejemplo, la Ley Federal para Prevenir y sancionar la Tortura de 1991, las reformas electorales de 1994 y 1996, la reforma constitucional de los artículos 4º y 25 a favor del reconocimiento a un medio ambiente de 1999, la plasmación en la Constitución del principio de pluriculturalismo en 1992 y en 1998, el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

fractoras en materia de derechos fundamentales. Desde su creación, el Ombudsman ha mostrado interés en la problemática de la laicidad, siendo muy activo, por ejemplo, en la resolución del caso de las objeciones de conciencia de los alumnos pertenecientes a la confesión testigos de Jehová en el sentido de una mayor consideración de sus libertades fundamentales, en particular, de su derecho a la educación, a la conciencia y a la no discriminación.¹⁵

Finalmente, el cambio de paradigma a favor de los derechos humanos culminó con la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, la cual modificó once artículos de la norma fundamental. En primer lugar, cambió la nomenclatura constitucional, sustituyendo el término de “garantías individuales” por el de “derechos humanos”, lo que se debe entender como el pleno reconocimiento de la denominación universal de los derechos básicos de las personas.¹⁶ En segundo lugar —más importante aún— eleva a rango constitucional los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales, e incorpora un control de constitucionalidad, el cual permite a los operadores judiciales expulsar del ordenamiento nacional las normas generales contrarias a los derechos humanos de fuente internacional.¹⁷ Por otro lado, de acuerdo con el artículo 1º, abre obligaciones para el Estado mexicano a todos los niveles de Gobierno, en particular, promover, respetar y garantizar los derechos conforme con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, así como prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.

Desde luego, la incorporación de los derechos provenientes de fuentes internacionales al bloque de constitucionalidad tiene un impacto importante respecto de nuestra comprensión de la laicidad y de los derechos que le son asociados. De ahora en adelante, la laicidad deja de entenderse como la relación entre el Estado y las Iglesias a partir de su experiencia histórica nacional, para articularse en términos de derechos¹⁸. Importa por lo tanto analizarla no solamente desde el marco constitucional y legal nacional, sino también desde los derechos humanos contenidos por los tratados firmados por México.

La laicidad en clave de los derechos

La reforma constitucional del artículo 40 de la Carta Magna del 30 de noviembre de 2012 volvió a posicionar a la laicidad como un tema de transcendencia nacional, al erigir el principio como un rasgo esencial de la República mexicana la cual se ostenta

¹⁵Sobre esta tema, véase Bárcena Zubieta, Arturo, “La objeción de los testigos de Jehová en relación con los símbolos patrios en México: un caso de colisión de principios constitucionales”, *Isonomía*, México, núm. 26, abril de 2007. Este caso es interesante porque ilustra el cambio de paradigma en materia religiosa y el giro en la materia tras la reforma de 1992.

¹⁶Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”, en Pedro Salazar y Miguel Carbonell, *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Porrúa-UNAM, 2013, p. 43.

¹⁷*Ibidem*, p. 55.

¹⁸Blancarte, Roberto, “Estudio introductorio. Los debates por venir: definiciones actuales y discusiones futuras sobre las libertades en México”, en Salazar Ugarte, Pedro *et al.*, *La República laica y sus libertades. Las reformas a los artículos 24 y 40 constitucionales*, México, IJ-UNAM, 2015, p. XXXI.

ahora como “democrática, *laica*, federal, compuesta de Estados libres y soberanos [...]”.¹⁹ El sentido de esta reforma, que contó con un enorme respaldo por parte de los representantes populares,²⁰ es bastante claro: reafirma el compromiso de los mexicanos de vivir en un sistema de convivencia basada en la autonomía recíproca entre la esfera política y religiosa, donde todos gozan de sus libertades fundamentales, en condiciones de igualdad. Asimismo, el artículo 24 la Constitución establece lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión, y a tener o adoptar en su caso, la de su agrado. Esta libertad incluye el derecho de participar, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, en las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley [...].

Esta redacción es el fruto de la reforma constitucional del 19 de julio de 2013, ya que anteriormente el artículo 24 mencionaba simplemente la libertad del individuo para profesar “la creencia que más le agrada y para practicar las ceremonias, devociones o acto del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penado por la ley [...]”. Al contrario de la reforma al artículo 40, la modificación del artículo 24 fue un proceso complicado, con posiciones encontradas y recelos por parte de los diferentes protagonistas. En particular, grupos de defensa del Estado laico, así como algunas Iglesias minoritarias, hacían valer que la nueva redacción, al mencionar la libertad de convicciones éticas y de conciencia, facultaba al Estado para determinar el carácter o no ético de las convicciones y abría la puerta a las objeciones de conciencia —especialmente problemáticas, las de los servidores públicos—. Finalmente, se temía que el concepto de “libertad de religión” fuera un caballo de Troya de la religión mayoritaria para dismantelar el Estado laico, cancelar la educación pública, e introducir privilegios clericales.²¹

Desde luego, estas inquietudes en torno al debilitamiento del Estado laico están compartidos por todas las personas que se posicionan a favor de una laicidad robusta en el país. Sin embargo, no todos estuvieron de acuerdo con la interpretación del contenido y alcance del artículo 24. Asimismo, varias voces destacadas —entre ellas, las de Diego Valadés,²² Roberto Blancarte²³ o Pedro Salazar—²⁴ hicieron valer que la re-

¹⁹Cursivas nuestras. Cabe mencionar que en febrero de 2014 se publicó también una reforma al artículo 115 constitucional, que establece que “Los Estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, laico y popular [...]”.

²⁰98 por ciento de los legisladores presentes en la Cámara de Diputados y el 96 por ciento de los senadores. Pedro Salazar Ugarte *et al.*, *La República laica y sus libertades*, *op. cit.*, p. 11.

²¹Esta interpretación, en particular, fue promovida por la Iglesia de la Luz del Mundo —grupo minoritario pero muy activo que cuenta aproximadamente un millón y medio de fieles en México—, en un desplegado emitido el 21 de diciembre de 2011, disponible en <http://lldm.org/2013/?p=461>.

²²Valadés, Diego, *Laicidad y cultura*, México, IJ-UNAM, 2013, p. 22.

²³Roberto Blancarte, “Estudio introductorio. Los debates por venir; definiciones actuales y discusiones futuras sobre las libertades en México”, en Pedro Salazar *et al.*, *La República laica y sus libertades...*, *op. cit.*, p. XXVIII.

²⁴Pedro Salazar *et al.*, *La República laica y sus libertades...*, *op. cit.*, p. 85.

forma debía entenderse como una mayor protección de las libertades del fuero interno de las personas, especialmente, las de los ateos y agnósticos. En este sentido, constituye un paso hacia adelante para la laicidad, al reconocer plenamente el Estado que las convicciones religiosas no son las únicas que merecen una protección especial, sino que existen también convicciones fundamentales filosóficas o seculares que son determinantes para los planes de vida de los individuos y sus relaciones con los demás. La versión estenográfica de los debates en la Cámara de Diputados parece, de hecho, confirmar esta última interpretación.²⁵

A nivel internacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 ratifica, en su artículo 18, “la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, la cual incluye “la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”. Por su lado, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 precisa que la libertad de manifestar su religión o convicción estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

De gran interés también es la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones, adoptada en 1981, la cual establece, en su artículo 6º, un catálogo detallado de las diferentes manifestaciones que implica el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, especialmente, desde una perspectiva institucional. Destacan, en particular, la libertad de practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y de fundar y mantener lugares para esos fines; de fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas; de escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas; de enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para esos fines; de solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones; de capacitar, nombrar, elegir y designar los ministros del culto y dirigentes; de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción y de establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional e internacional.

Finalmente, cabe mencionar la adopción en 1995 de la Declaración de Principios sobre la Tolerancia de la UNESCO, texto poco conocido pero importante en la materia, ya que vincula el libre ejercicio de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión con el conocimiento, la actitud de apertura y la comunicación, y define la tolerancia no sólo como un deber moral sino como una exigencia política y jurídica, orientada por el reconocimiento de los derechos universales de las personas.

Uno de los temas más delicados respecto del alcance de la libertad de conciencia y de religión es sin duda la cuestión de la educación religiosa y las obligaciones del Estado en la materia. Al respecto, el artículo 18.4 del Pacto Internacional de los Dere-

²⁵*Ibidem*, p. 87.

chos Políticos y Civiles establece que “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. Esta última disposición aparece también en el artículo 12.4 de la Convención Americana, así como en el artículo 13.3 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en los términos siguientes:

Los Estados Parte, en el presente acto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

En México, la cuestión de la educación religiosa y el derecho de los padres a que los hijos reciban una educación conforme con sus convicciones está en el centro de las disputas sobre el significado de la libertad religiosa, y constituye un tema fundamental de la agenda de la Iglesia católica y de algunas Iglesias evangélicas.²⁶ De hecho, parece que este punto fue la manzana de la discordia respecto a la reforma del artículo 24, ya que la disposición aparecía en una primera versión que fue objeto de un tajante rechazo por parte de las organizaciones de la sociedad civil,²⁷ las cuales temían que sirviera de puerta de entrada para la educación religiosa en la escuela pública y rescinda, de esta manera, el carácter laico de la educación pública.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado sobre el tema, al considerar, en un criterio de 2007, que “la dimensión o proyección externa de la libertad religiosa [...] se entrelaza de modo estrecho, en muchas ocasiones, con el ejercicio de otros derechos individuales, como [...] la libertad de enseñanza”.²⁸ Desde esta perspectiva, la garantía de la libertad de conciencia y de religión de los alumnos y sus familias no pasaría por la intrusión de la religión en la escuela pública, sino por la garantía del pluralismo educativo. Esta interpretación parece estar respaldada por la observación general núm. 13 del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que consideró que la enseñanza de la religión en una institución educativa pública es incompatible con el artículo 13.3 del Pacto, a menos que sean previstas

²⁶La última propuesta relacionada con el tema es fechada del 10 de marzo de 2016 y fue presentada por el Partido Encuentro Social. Propone reformar el artículo 2 de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, al agregar la libertad para los individuos de “impartir y elegir para sí, o para los menores o incapaces cuya representación legal ejerzan, la educación, moral, religiosa y ética conforme a sus propias convicciones”. Véase: “Propuestas que reforma y adiciona diversas disposiciones del Código Penal Federal y de la Ley de Asociaciones religiosas y Culto Público”, expuesta por Higo Éric Flores, Cervantes, PES (8 de marzo de 2016).

²⁷Iniciativa del 10 de marzo de 2010 presentada por el diputado José Ricardo López Pescador del PRI. Véase: Pedro Salazar et al., *La República laica y sus libertades. Las reformas a los artículos 24 y 40 constitucionales*, México, IJ-UNAM, 2015, p. 50.

²⁸SCJN, 1a. sala, TA, 9a. época, tesis LX/2007, *Libertad religiosa. Sus diferentes facetas. Amparo en revisión*, 1595/2006, Stephen Orla Searfoss, 29 de noviembre de 2006, *SJF y su Gaceta*, tomo XXV, febrero de 2009, p. 654.

exenciones o posibilidades de elección no discriminatorias que corresponden a los deseos o padres de los tutores.²⁹ Por su lado, el Comité de Derechos Civiles y Políticos ha considerado que el artículo 18 permite la enseñanza en la escuela pública de materias como la historia general de las religiones y la ética, siempre que sea realizado de manera neutra y objetiva.³⁰ En este contexto, parece posible afirmar que la laicidad educativa postulada por el artículo 3º de la Constitución es perfectamente compatible con los estándares internacionales en materia, y constituye un mecanismo de defensa de la libertad de conciencia de todos los alumnos, los cuales son libres de recibir una educación religiosa en el marco familiar o de acudir a escuelas particulares, de conformidad con el deseo de sus familias.

Ahora bien, existen, a nivel interamericano, pocos pronunciamientos sobre el tema de la laicidad y de la libertad de conciencia y de religión, especialmente, si se compara con la abundante actividad del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en la materia. Sin embargo, la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos ha podido expresarse en varias ocasiones sobre la interpretación y alcance del artículo 12 de la Convención, especialmente, en sus informes sobre la situación de los derechos humanos en los países de la región entre 1960 y 1983, en contextos nacionales conflictivos. Asimismo, había considerado que constituían graves violaciones a la libertad de conciencia y de religión la privación de libertad de los ministros de cultos y de los fieles, la destrucción de bienes religiosos, la expulsión de ministros de culto extranjeros, la irrupción de autoridades públicas durante el culto (Cuba, 1962), el cierre arbitrario de templos (Nicaragua, 1978), la utilización de la religión como elemento de confrontación política (Guatemala, 1983 y Cuba, 1983) y la suspensión de la libertad de culto en “situaciones de guerra” (Chile, 1974 y Nicaragua, 1978). También había considerado que era parte de la libertad religiosa de las instituciones religiosas expresarse sobre la situación política del país a partir de sus propios postulados éticos, especialmente en materia de defensa de los derechos humanos (El Salvador, 1978; Bolivia, 1981; Cuba, 1983). Respecto de la prohibición de las actividades de los testigos de Jehová en Argentina en 1976, la Comisión exhortaba al gobierno militar a cesar las hostilidades en contra del grupo y a suspender la legislación discriminatoria. En 1978, ante la existencia de una situación similar en otros países del continente, la OEA hacía un llamado a los Estados partes a no impedir la “libertad de credo y de culto”, especialmente, tratándose de los testigos de Jehová y de sus filiales.³¹

A nivel contencioso, destaca el caso *Olmedo Busto et al. vs. Chile*, examinado por la Corte Interamericana en 2001. El hecho impugnado era la prohibición, por parte del Estado chileno, de la película de Martin Scorsese, *La última tentación de Cristo*. En un primer tiempo, la Comisión interamericana había hecho valer que el sistema de

²⁹Observación núm. 13 del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, “El derecho a la educación” (artículo 13), 1999.

³⁰Observación general núm. 22 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión” (artículo 18), 1993.

³¹Asamblea General de la OEA, Resolución núm. 444 (IX-0/79), aprobada en la duodécima sesión plenaria del 31 de octubre de 1979.

censura previa en vigor en Chile era contrario al artículo 13 de la Convención relativo a la libertad de expresión, y que la prohibición de exhibición de la obra con contenido religioso se basaba en una serie de consideraciones que interferían con la libertad de conciencia y de religión prevista en el artículo 12 de dicho Convenio.³² Sin embargo, esta interpretación no fue ratificada por el juez, el cual consideró que si bien la prohibición de exhibir una película con contenido religioso vulneraba la libertad de expresión contenido en el artículo 13, no afectaba el derecho de las personas a conservar, cambiar, profesar o divulgar su religión o sus creencias.

Finalmente, cabe mencionar que a partir del 2000, la Comisión Interamericana ha hecho cada vez más énfasis en la relación espiritual de los pueblos indígenas y tribales con sus territorios,³³ los cuales, al tener un carácter sagrado, requieren de especial protección. De igual manera, la Comisión considera que los recursos naturales de los pueblos indígenas son un elemento constitutivo de su cosmovisión y religiosidad, y por lo tanto, que las limitaciones al derecho de propiedad indígena puede afectar el derecho al ejercicio de la propia religión, espiritualidad o creencias que se reconoce en el artículo 12 de la Convención Americana.³⁴ Asimismo, los Estados tienen la obligación de garantizar a los pueblos indígenas la libertad de conservar sus formas propias de religiosidad o espiritualidad, incluyendo la expresión pública de este derecho y el acceso a los sitios sagrados, sea que se encuentren en propiedad privada o no.

Nuevos retos laicos

Al contrario de una idea común —inclusive en los círculos académicos— el Estado laico mexicano no es una temática decimonónica, que hubiera dejado de tener vigencia tras las reformas modernizadoras de Carlos Salinas de Gortari en 1992. Al contrario, en estos inicios del siglo XXI, la tensión entre lo religioso y lo político se ha incrementando de tal manera que se ha vuelto uno de los desafíos políticos mayores en algunos países, inclusive, a nivel internacional. La tesis de la secularización, que en sus versiones más simplificadoras preveían la privatización de las creencias o incluso su desaparición a semejanza de los Estados de Europa occidental en la década de 1960, tuvo que ser abandonada, o por lo menos, severamente matizada ante los grandes cambios ocurridos tras el fin de la Guerra Fría. Además del surgimiento de nuevos movimientos religiosos, —y por supuesto, la permanencia y en algunos casos, avance, de las reli-

³²Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros vs. Chile)”, 5 de febrero de 2001, párr. 74.

³³Sobre el tema, véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, OEA/Ser.L/V/II, doc. 56/69, 30 de diciembre de 2009, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>

³⁴Véase, por ejemplo, Corte IDH, caso “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 17 de junio de 2005.

giones tradicionales—, llama la atención la mayor visibilidad y expresión de los grupos religiosos, especialmente, respecto de un mayor reconocimiento de sus identidades.

México no es una excepción, pues a pesar de seguir siendo un país con fuerte mayoría católica, está viviendo un importante proceso de transición religiosa desde los años 1980, común a toda la región latinoamericana.³⁵ De acuerdo con cifras del INEGI, al principio del siglo XX, 99.5 por ciento de la población se consideraba católica. En 2010, la cifra había bajado a 83.9 por ciento.³⁶ Basándonos en los resultados de la Encuesta Nacional de Religión, Secularización y Laicidad,³⁷ en 2016 sólo 65.2 por ciento de los mexicanos se definen como católicos (practicantes y no practicantes), 10.3 por ciento como cristianos y 3.7 por ciento como testigos de Jehová. Impactante también es el crecimiento de la categoría de personas que dicen no vincularse con religión alguna: 3.7 por ciento de los encuestados declararon ser ateos, 6.7 por ciento no tener ninguna religión o creencia, 1.2 por ciento ser indiferentes a cualquier religión o creencia, y 3.2 por ciento ser no creyente.

En este contexto de pluralización religiosa, se entiende rápidamente que la laicidad se enfrenta a nuevos desafíos, relacionados con la igualdad, la no discriminación y la gestión pacífica de una sociedad cada vez diversa. Asimismo, hacemos nuestra la afirmación según la cual “la reivindicación de la laicidad del Estado no corresponde únicamente a las corrientes laicistas sino también a las confesiones religiosas minoritarias, que encuentran en el Estado laico la garantía para el ejercicio de la libertad religiosa”.³⁸ Para estos grupos, la laicidad constituye un “antídoto contra la discriminación”,³⁹ y sirve de baluarte a la tentación de otorgar privilegios a la(s) religión(es) dominante(s) en cambio de respaldo electoral. La cuestión de la imparcialidad y no discriminación desde el mirador de la laicidad no es una cuestión trivial, de hecho, se presenta como un elemento central en las discusiones contemporáneas en torno a qué modelo de laicidad es deseable en nuestras sociedades. Por ejemplo, si un modelo republicano de laicidad tendería hacia una igualdad de las confesiones en condiciones mínimas de representación, una laicidad de tipo multicultural, como la quebequense, estaría más dispuesta a buscar una nivelación hacia arriba respecto del reconocimiento de las diferentes identidades religiosas, en particular, mediante la técnica de los “acomodos razonables”.⁴⁰ Es indudable que México, al encontrarse en un importante proceso de diversificación religiosa y ética, sea confrontado en el futuro a interrogantes que replantea el alcance de la libertad de religión desde el enfoque del derecho a la igualdad y a la no discriminación.

³⁵Sobre el tema de la transición religiosa en América Latina, véase Bastián, Jean-Pierre, *La mutación religiosa de América Latina. Para una sociología del cambio social en la modernidad periférica*, México, FCE, 1997.

³⁶INEGI, cifra actualizada tras el Censo de población y vivienda del 31 de marzo al 25 de junio de 2010.

³⁷Salazar Ugarte, Pedro *et al.*, *Estado laico en un país religioso*, *op. cit.*, p. 135.

³⁸Zanone, Valerio, “Laicidad”, *op. cit.*, p. 857.

³⁹Retomando el título de la monografía de Salazar Ugarte, Pedro, *La laicidad: Antídoto contra la discriminación*, México, Conapred, 2007.

⁴⁰Sobre la laicidad en Quebec y los acomodos razonables, véase Bouchard, Gérard y Taylor, Charles, *Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation (Rapport)*, Gouvernement du Québec, 2008, disponible en <https://www.mce.gouv.qc.ca/publications/CCPARDC/rapport-final-integral-fr.pdf>.

Otra temática de gran trascendencia en el país es sin duda el lugar de las religiones en el debate público. Si bien el marco laico del Estado mexicano es orientado hacia la exclusión de las iglesias de la esfera política,⁴¹ lo cierto es que algunos grupos religiosos, empezando por la iglesia mayoritaria, muestran una fuerte injerencia en los asuntos públicos.⁴² Como resultado del proceso de diferenciación funcional de las esferas política y religiosa que surge en la modernidad,⁴³ la laicidad, desde su vertiente político-jurídica, postula una autonomía efectiva de lo político y lo religioso que se traduce, a nivel jurídico, por una separación nítida entre la norma civil y la norma religiosa, la primera imponiéndose a todos los individuos más allá de sus particularismos, y la segunda solamente a los fieles con base en una adhesión voluntaria. En este sentido, la laicidad busca precisamente impedir que los valores y prescripciones de algunos —aunque sean mayoría— se impongan a toda la sociedad. Sin embargo, esta concepción de la laicidad puede entrar en conflicto con los derechos de los creyentes y de las instituciones religiosas, especialmente, respecto de su derecho a la libertad de expresión, el cual es objeto de un reconocimiento robusto tanto a nivel nacional como regional e internacional. Desde esta perspectiva, las restricciones previstas en el artículo 130 de la Constitución pueden aparecer problemáticas, en particular, la disposición que establece que:

Los ministros del culto no podrán asociarse con fines políticos ni realizar proselitismo a favor o en contra de candidato, partido o asociación política alguna. Tampoco podrán en reunión pública, en actos de culto o de propaganda religiosa, ni en publicaciones de carácter religioso, oponerse a las leyes del país o a sus instituciones, ni agraviar, de cualquier manera que sea, los símbolos patrios.

Ante este panorama, dos actitudes son posibles: la primera es considerar que dicha disposición constituye una vulneración a la libertad religiosa y de expresión de los grupos religiosos, además de una muestra de paternalismo estatal incompatible con la autonomía moral de los mexicanos; la segunda, en cambio, consiste en alegar que esta restricción se justifica por las condiciones sociales e históricas del país, y que el actuar de las instituciones religiosas, en muchas ocasiones abusivo, coarta, en los hechos, las condiciones de una deliberación pública libre y el empoderamiento de los ciudadanos. El debate, por lo mismo, sigue abierto.

La cuestión de la limitación de la libertad de expresión de las confesiones religiosas en el debate público tiene en la práctica repercusiones importantes. Buen ejemplo de ello es la cuestión de los derechos sexuales y reproductivos, la cual constituye uno de los temas más polémico de la agenda laica, tanto en México como en el resto de Amé-

⁴¹Salazar, Pedro, *et al.*, *La república laica y sus libertades*, op. cit., p. 11.

⁴²En el momento en el que se escriben estas páginas, el mejor ejemplo es la movilización de la jerarquía católica en contra de la iniciativa del presidente Peña Nieto de reformar la Constitución en el sentido de reconocer el derecho de todos los mexicanos a contraer matrimonio sin discriminación, especialmente de género y orientación sexual.

⁴³Arlettaz, Fernando, *Secularización y pluralismo religioso: estudio comparativo y especial referencia a los ámbitos educativos y familiar*, Tesis de la Universidad de Zaragoza, Prensa de la Universidad de Zaragoza, 2012, p. 75.

rica Latina. La relación entre la laicidad y dichos derechos es sencilla: solamente en un Estado laico, que no hace suyo ningún dogma o convicción particular, pueden existir los espacios para la autonomía y autodeterminación de las personas. Lo anterior es especialmente cierto en materia sexual y reproductiva, ya que en la región, el principal obstáculo al avance de los derechos es la postura conservadora y militante de las iglesias mayoritarias y de sus grupos organizados de la sociedad civil.⁴⁴

El concepto de los derechos sexuales y reproductivos, en contraste con otros derechos “clásicos” plasmados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, es de surgimiento reciente, y se encuentra todavía en proceso de consolidación tanto en los ordenamientos domésticos como a nivel internacional. Si bien en los años 1990 estos derechos lograron cierto reconocimiento a nivel internacional,⁴⁵ en la actualidad, dicho avance se encuentra estancado, en particular debido a la acción concertada de las principales fuerzas religiosas y de algunos países conservadores.⁴⁶ Lo cierto es que si bien se lograron ciertos acuerdos en materia de salud sexual y reproductiva, el reconocimiento de la mujer como sujeto pleno de derecho y como titular del derecho a decidir sobre su propio cuerpo está lejos aún de generar un consenso que se pueda traducir en una normatividad garantista a nivel internacional.

A nivel nacional, la temática de los derechos sexuales y reproductivos muestra un panorama ambiguo, especialmente debido a la existencia de ordenamientos jurídicos fragmentados a nivel estatal. En materia de interrupción de embarazo, en particular, existen grandes disparidades en las entidades federativas, aunque todas las normatividades prevén causas de excepción a la penalización del aborto.⁴⁷ Lo relevante, desde el mirador de la laicidad, es la existencia de fuertes presiones religiosas sobre el tema, que se hicieron patentes con ocasión del proceso de despenalización del aborto en las doce primeras semanas de gestación en la Ciudad de México, y que se tradujo en más de la mitad de las entidades federativas en reformas a las constituciones en sentido de una protección de la vida desde el momento de la concepción. Cabe mencionar que al examinar los casos de Baja California y San Luis Potosí,⁴⁸ la SCJN no ha llegado a una conclusión definitiva sobre la (in)constitucionalidad de estas reformas, ya que no se alcanzó la mayoría calificada de ocho ministros (de once) para declarar la invalidez de la norma.

Relacionado con lo anterior, también es significativa la cuestión de las objeciones de conciencia, especialmente, la de los servidores públicos. Si bien el artículo 1º de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público establece en su segundo párrafo que “Las convicciones religiosas no eximen en ningún caso del cumplimiento de las leyes

⁴⁴Sobre este tema, véase Lemaitre, Julieta, *Laicidad y resistencia*, México, IJ-UNAM, 2013.

⁴⁵En particular, en el Programa de Acción Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo (1994) y en la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (1995).

⁴⁶Véase Kissling, Frances, “Género, sexualidad y Estado laico”, en *Cuatro visiones sobre laicidad*, México, IJ-UNAM, 2015.

⁴⁷Véase Cossío Díaz, José Ramón *et al.*, “Estudio introductorio”, en H. Tribe, Laurence, *El aborto: guerra de absolutos*, México, FCE, ed. en español, 2012.

⁴⁸Impugnaciones 11/2009 y 61/2009.

del país. Nadie podrá alegar motivos religiosos para evadir las responsabilidades y obligaciones prescritas en las leyes”, lo cierto es que una sociedad democrática no puede descartar sin más los escrúpulos de conciencia serios y argumentados. En este sentido, la cuestión de las objeciones ha de examinarse también desde el derecho constitucional a la libertad de conciencia y de convicciones éticas. Tratándose de los servidores públicos, la cuestión se torna aun más compleja, ya que si bien son titulares como cualquier otro ciudadano del derecho a la libertad de conciencia y de religión, es innegable que tienen importantes responsabilidades que derivan de sus funciones públicas, en primer lugar, la de garantizar y proteger los derechos de los administrados.⁴⁹ En este sentido, la laicidad ha de entenderse como una ética pública,⁵⁰ que impone a los servidores públicos una separación nítida entre sus convicciones fundamentales y la aplicación estricta de las disposiciones normativas.

Lo anterior es muy importante para la protección y garantía de los derechos sexuales y reproductivos, ante la negativa de médicos —e incluso, otros miembros del personal sanitario— de llevar a cabo procedimientos abortivos, con base en sus convicciones religiosas. Es evidente que estas objeciones, al tornarse mayoritarias, se vuelven problemáticas para garantizar a las mujeres su acceso al aborto en las condiciones previstas por la ley. La respuesta a esta situación pasa por una mayor regulación en la materia, a ejemplo de la legislación vigente en la Ciudad de México, que reconoce la objeción de conciencia de los médicos pero que la encuadra de manera estricta: *i)* la negativa de un médico a practicar un aborto cede ante una situación de emergencia para la vida o salud de la mujer; *ii)* el médico objetor debe referirla a la mujer a un profesional no objetor, y *iii)* las instituciones públicas de salud tienen la obligación de garantizar la disponibilidad de médicos no objetores,⁵¹ lo que implica determinadas políticas de contratación y la obligación, para los médicos, de notificar a su jerarquía sus reservas morales. Cabe mencionar que el Comité CEDAW se ha pronunciado en varias ocasiones en este sentido, al considerar que sólo una regulación de la objeción de conciencia de los profesionales de la salud puede armonizar el derecho a la libertad de conciencia, y el acceso de las mujeres a los servicios de salud sexual reproductiva.⁵²

Conclusiones

En México, a pesar de un marco jurídico consolidado y del consenso alcanzado en la reforma al artículo 40 de la Constitución, la laicidad sufre en su cotidianidad de múltiples violaciones que provienen tanto de las autoridades públicas como de las institu-

⁴⁹Sobre este tema, véase Capdevielle, Pauline, *Laicidad y libertad de conciencia*, México, IJ-UNAM, 2013.

⁵⁰Véase Ortiz Millán, Gustavo, “La laicidad como valor moral”, *Este país*, México, enero de 2014, disponible en <http://archivo.estepais.com/site/2014/la-laicidad-como-valor-moral/>.

⁵¹El artículo 59 de la Ley de Salud para el Distrito Federal.

⁵²Comité CEDAW, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Polonia, 37o. período de sesiones (2007), párrafo 25 [CEDAW/C/POL/CO/6], disponible en http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw25years/content/spanish/CONCLUDING_COMMENTS/Poland/Poland-CO-6.pdf.

ciones religiosas. Por ejemplo, se han multiplicado en los últimos años la práctica, por parte de mandatarios públicos, de entregar o encomendar ciudades o estados a algunas divinidades.⁵³ De la misma manera, la visita del Sumo Pontífice Francisco al país en febrero de 2016 fue motivo de comportamientos difícilmente compatibles con el marco constitucional y legal en materia de laicidad, que ilustraron la siempre patente tendencia de nuestras autoridades en suplir su déficit de legitimidad política a partir de elementos religiosos. Los ejemplos en la materia podrían multiplicarse.

Lo cierto es que existe en el país una brecha profunda entre el marco jurídico y la práctica cotidiana, cuya problemática, en realidad, rebasa por mucho el tema de la laicidad. Así las cosas, la consolidación del Estado laico pasa menos por nuevos procesos de reforma constitucional y legal, sino en cambio por un mayor compromiso de todos los actores en beneficio de una verdadera cultura laica. Debe existir, por parte de nuestros representantes, un entendimiento cabal de la laicidad como ética pública, la cual implica una distinción nítida entre la esfera personal y privada y las responsabilidades asociados con los cargos públicos.

Lo anterior es indispensable para garantizar las libertades en condiciones igualitarias de todos los mexicanos y no incurrir en comportamientos discriminatorios. La ejemplaridad, sin duda, debe venir de nuestros gobernantes. Por otro lado, es fundamental que las diferentes Iglesias que conviven en el país acepten el juego de la laicidad y de la democracia y renuncien a buscar imponer su agenda moral y religiosa en la deliberación pública. Ello es la condición de protección de los derechos humanos, los cuales —es necesario subrayarlo— se presentan como garantías contra-mayoritarias. Finalmente, la consolidación de la laicidad pasa también por un firme compromiso de la sociedad civil hacia una mayor vigilancia de los principios constitucionales y por una cultura de la tolerancia. Lo anterior es indispensable para consolidar una laicidad en clave de derechos, y en particular, luchar contra todas las discriminaciones y asegurar a todas las personas su plena autonomía en cuanto a la definición de sus valores y estilo de vida.

Bibliografía

- ARLETTAZ, Fernando, *Secularización y pluralismo religioso: estudio comparativo y especial referencia a los ámbitos educativos y familiar*, tesis de la Universidad de Zaragoza, Prensa de la Universidad de Zaragoza, 2012.
- BÁRCENA ZUBIETA, Arturo, “La objeción de los testigos de Jehová en relación con los símbolos patrios en México: un caso de colisión de principios constitucionales”, *Isonomía*, México, núm. 26, abril de 2007, pp. 167-217.
- BASTIÁN, Jean-Pierre, *La mutación religiosa de América Latina. Para una sociología del cambio social en la modernidad periférica*, México, FCE, 1997.
- BLANCARTE, Roberto, *Historia de la Iglesia católica en México (1929-1982)*, México, FCE, 1992.

⁵³Véase Salazar Ugarte, Pedro, *Los dilemas de la laicidad*, colección de Cuadernos Jorge Carpizo, México, IJ-UNAM, 2013, pp. 9 y ss.

- , “Retos y perspectivas de la laicidad” en Blancarte, Roberto (coord.), *Laicidad y valores en un Estado democrático*, México, El Colegio de México, Segob, 2000, pp. 130-152.
- , “Estudio introductorio. Los debates por venir: definiciones actuales y discusiones futuras sobre las libertades en México”, en Pedro Salazar Ugarte *et al.*, *La República laica y sus libertades. Las reformas a los artículos 24 y 40 constitucionales*, México, IJ-UNAM, 2015, pp. XIII-XL.
- BOUCHARD, Gérard y Taylor, Charles, *Fonder l’avenir. Le temps de la conciliation (Rapport)*, Gouvernement du Québec, 2008.
- CAPDEVIELLE, Pauline, *Laicidad y libertad de conciencia*, México, IJ-UNAM, 2013.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”, en Pedro Salazar y Miguel Carbonell, *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Porrúa-UNAM, 2013.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón *et al.*, “Estudio introductorio”. en H. Tribe, Laurence, *El aborto: guerra de absolutos*, México, FCE, edición en español, 2012.
- Declaración universal sobre la laicidad en el siglo XXI, disponible en <http://catedra-laicidad.unam.mx/wp-content/uploads/2015/06/Declaración-Laicidad.pdf>
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La evolución del derecho internacional en las constituciones internacionales”, en Antonio Cançado Trindade y Lorena González Volio (comps.), *Estudios básicos de derechos humanos II*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1995.
- KISSLING, Frances, “Género, sexualidad y Estado laico”, en *Cuatro visiones sobre laicidad*, México, IJ-UNAM, 2015.
- LEMAITRE, Julieta, *Laicidad y resistencia*, México, IJ-UNAM, 2013.
- MAC-GREGOR GÁRATE, Josefina, “Anticlericalismo constitucionalista”, en Galeana, Patricia (coord.), *Relaciones Estado-Iglesia: encuentros y desencuentros*, México, Segob, Archivo General de la Nación, 2001, pp. 163-182.
- MEYER, Jean, *La Cristiada*, 8a. ed., México, Siglo XXI, 1983.
- ORTIZ MILLÁN, Gustavo, “La laicidad como valor moral”, *Este país*, México, enero de 2014, disponible en <http://archivo.estepais.com/site/2014/la-laicidad-como-valor-moral/>
- PALAVICINI, Félix F., *Historia de la Constitución de 1917*, México, SEP, IJ-UNAM, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2014.
- PÉREZ RAYÓN, Nora, “Relaciones Iglesia-Estado (1988-1994): una cara de la modernización”, *Política y cultura*, México, otoño, núm. 5, pp. 117-138.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *La laicidad: Antídoto contra la discriminación*, México, Conapred, 2007.
- , *Los dilemas de la laicidad*, colección de Cuadernos Jorge Carpizo, México, IJ-UNAM, 2013.
- *et al.*, *Estado laico en un país religioso. Encuesta Nacional de Religión, Secularización y Laicidad*, colección Los mexicanos vistos por sí mismos. Los grandes temas nacionales, México, UNAM, 2016.
- VALADÉS, Diego, *Laicidad y cultura*, México, IJ-UNAM, 2013.
- ZANONE, Valerio, “Laicismo”, en Norberto Bobbio y Nicola Matteucci. *Diccionario de política*, 13a. ed., México, Siglo XXI, 2002, pp. 856-860.

Constitucionalismo económico, políticas públicas y derechos humanos

Un buen gobierno implica dos cosas: primero, fidelidad a su objeto, que es la felicidad del pueblo; segundo, un conocimiento de los medios que permitan mejor alcanzar ese objeto. Algunos gobiernos carecen de ambas cualidades, y casi todos de la primera. No siento escrúpulos en afirmar que en los gobiernos americanos se ha prestado muy poca atención a la segunda.

JAMES MADISON, *El Federalista*, LXII

Introducción

América Latina es la región con mayor desigualdad del mundo, aunque no la más pobre en términos absolutos. México, en particular, ha tenido un crecimiento, en el primer trimestre de 2016, de 0.8 por ciento en el PIB,¹ en 2015, el PIB mundial aumentó 2.5 y el PIB de México 2.4. Sin embargo, ante los índices de calidad de vida (estudio elaborado por la OCDE), México tiene una calificación mucho más baja que la del promedio de los países que pertenecen a esa organización.²

América Latina es la región en vías de desarrollado con mayor número de gobiernos “democráticos”, pero donde existen importantes riesgos de involución política. Tiene una extensión territorial de 22 222 000 km, con una población de 641’029, 000 de personas,³ pero su aportación al PIB mundial es de \$4 845 billones.⁴

*IIJ-UNAM.

¹Cifras del INEGI a mayo del 2016.

²OCDE, Better Life index, a 2015, consultado el 16 de junio de 2016, de <http://www.oecdbetterlifeindex.org/es/countries/mexico-es/>.

³Perfil nacional económico de México, en http://estadisticas.cepal.org/cepalstat/Perfil_Nacional_Economico.html?pais=MEX&idioma=spanish.

⁴A 2016, de acuerdo con cifras de CEPAL: http://estadisticas.cepal.org/cepalstat/Perfil_Regional_Social.html?idioma=spanish.

⁵A 2014, cifras del Banco Mundial: <http://datos.bancomundial.org/region/LAC>.

Sumario

Introducción	871
La importancia de la infraestructura jurídica para el desarrollo económico	874
Dos concepciones del derecho y del constitucionalismo	878
Dos problemas teóricos para un constitucionalismo económico	879
Políticas públicas y estándares de conducta	882
Políticas públicas, razonamiento jurídico y Constitución	884
Las políticas públicas en las economías de mercado y el desarrollo	886
Bibliografía	892

Creo que es posible acordar de inicio que en nuestra región hay muchas cosas que mejorar en términos de lo que puede denominarse “justicia económica” (MacPherson, 1985): en América Latina producimos poco y distribuimos mal; y México no es una excepción en este escenario. También parece razonable pensar que un mejor desempeño de los operadores del sistema jurídico ha de tener una importancia central en mejorar estos indicadores, y en que su mejoría tendría un impacto en el bienestar de sus habitantes; o dicho en otros términos, en la satisfacción de sus derechos fundamentales o humanos.

Así pues, parece indiscutible que uno de los aspectos prioritarios en la evaluación de las instituciones jurídicas consiste en establecer sus efectos en el crecimiento de la economía y en los impactos distributivos del éste —o, lamentablemente en algunos casos, de la ausencia de tal crecimiento, o de lo que los economistas suelen llamar crecimiento “negativo”—. Ahora bien, sin duda un análisis ponderado de esta problemática tendría que distinguir, entre otras, cuestiones las relativas a las distintas concepciones del desarrollo humano que, como es sabido, no limitan esta cuestión al desarrollo estrictamente económico —aumento del ingreso en las economías familiares—, sino que incluyen dentro de la noción de “desarrollo” distintos factores que reflejan el grado goce de derechos y libertades fundamentales (Sen, 1999); cuestiones relativas a los diferenciales entre los índices de crecimiento económico (PIB) y los índices de desigualdad en la distribución de los beneficios generados en una economía —índices Gini y curvas de Lorenz— en los que se reflejan los efectos de la disparidad en la implementación de los principios del constitucionalismo democrático en distribución del bienestar social; cuestiones correspondientes a los efectos diferenciadores, estigmatizadores y marginalizadores del género, la clase social, el grupo étnico, etc; cuestiones relacionadas todas con la conformación de las políticas económicas y, particularmente, con las funciones de las constituciones en la regulación de la relación entre los estados y las economías a la luz del interés general o público.

No obstante, en este trabajo mi objetivo es mucho más restringido. Creo que en sociedades tan radicalmente injustas como las nuestras, éstas y otras muchas cuestiones constitucionales vinculadas con la compleja relación entre el derecho y la economía deberían ocupar un lugar más importante del que ahora tienen en la agenda del constitucionalismo democrático, pues, sin duda, se trata de temas situados en la primera línea de las demandas de justicia en nuestros países, que requieren reflexiones serenas y profundas a propósito de la configuración de los órdenes constitucionales latinoamericanos y de las causas del reiterado incumplimiento de sus promesas de justicia. Sin embargo, dado el contexto de este trabajo dirigido a integrarse en una obra colectiva que, en términos generales, se refiere al papel de los derechos en la sociedad mexicana en un sentido amplio, voy a reducir drásticamente la complejidad teórica, histórica, política, social, etcétera, del tema planteado, para centrarme en el núcleo de las razones “jurídicas” por las cuales, a la luz de las exigencias de un crecimiento más vigoroso de la economía, de una distribución más igualitaria de la riqueza y, en última instancia, de la realización de la justicia económica como valor constitucional, considero que la pertinencia y la calidad de la argumentación constitucional es una pieza particular-

mente relevante para potenciar los efectos positivos de un sistema jurídico en el crecimiento económico.

Así pues, atendiendo al contexto, en esta ocasión me voy a ocupar sólo de una cuestión específica pero, en mi opinión, en absoluto tangencial: los efectos de la calidad de las consideraciones de constitucionalidad como factor entre las condiciones del crecimiento económico. Por supuesto, éste es un tema demasiado amplio y difuso como para ser objeto de un único trabajo y, con más razón, para un capítulo en un libro. Por ello, lo que voy a intentar hacer en esta ocasión es trazar sólo el esquema general del argumento, con el propósito de someter a su consideración la relevancia del proyecto y, en todo caso, alentar su interés en el constitucionalismo económico.

Ahora bien, antes de empezar, parece necesaria la explicitación de un presupuesto o punto de partida respecto de los sistemas económicos en el que, por razones de espacio, no puedo extenderme: la necesidad de reconocer que, salvo casos excepcionales, las economías contemporáneas están configuradas fundamentalmente como economías capitalistas de mercado.⁵ Lo anterior supone, por un lado, que la propiedad de los medios de producción y, por tanto, las decisiones de producción —es decir: qué bienes y cuánta cantidad de éstos se produce—, se encuentran, en la mayoría de los

⁵Como un producto de su tiempo, el constitucionalismo mexicano de principios del siglo XIX, siguió la doctrina clásica del constitucionalismo democrático en el cual se garantizaban expresa o implícitamente los derechos del hombre. Como es sabido, dentro de este paradigma, el Estado y la sociedad civil eran dos esferas separadas; la última tenía su propia dinámica y sólo requería del Estado para garantizar la libertad individual, la convivencia pacífica, la propiedad, la seguridad y los servicios públicos. La Constitución de 1857 se limitó a proteger el derecho de propiedad, a proclamar la libertad de industria y trabajo y a establecer como norma suprema del orden económico a la libre competencia. Por otra parte, el poder constituyente de 1917 se encargó de recoger los principios básicos sociales de la Revolución Mexicana, principalmente en sus artículos 27 y 123, se incorporaron los llamados “derechos sociales”, referidos especialmente a los campesinos y los obreros. En una dirección estatal, durante la vigencia de nuestra Constitución se han hecho modificaciones y adiciones al texto de importancia vital para la transformación del sistema económico; podemos destacar la nacionalización del petróleo en 1940, la nacionalización de las energías eléctrica y nuclear en 1960 y 1975 respectivamente. Sin embargo, no puede pasarse de alto el fenómeno pendular mediante el cual la reforma constitucional de 1982 que nacionalizó la banca y fue derogada por la reforma del año 1990, siguiendo la tendencia de la globalización económica neoliberal, como fenómeno que México no podía ignorar. En esta dirección, se generaron tratados, organizaciones y normas internacionales como el GATT, el Fondo Monetario Internacional. De esta manera se vuelve a concebir como un simple garante de la libertad y la seguridad y de poca intervención en las relaciones comerciales.

Así pues, aunque la constitución mexicana no hace referencia expresa a ningún modelo económico, pero a partir de una interpretación sistemática del denominado “capítulo económico”, se puede inferir que se ha adoptado parcialmente el modelo neoliberal que, como es sabido, promueve la iniciativa privada como motor de producción. Así pues, aunque en el “modelo” mexicano el Estado interviene como rector de la economía nacional mediante la planeación y el control de actividades estratégicas, mediante el reconocimiento del patrón de desarrollo del siglo XXI y de la constante evolución de las relaciones internacionales, no es difícil concluir que México sigue las tendencias globales hacia un modelo de capitalismo regulado. En este orden de ideas, no sólo se ha dado, por ejemplo, la “constitucionalización” del estado regulador a través de la creación de órganos constitucionales autónomos para las materias de competencia y telecomunicaciones, sino que la Suprema Corte de Justicia de la Nación recientemente emitió una jurisprudencia acerca del papel del Estado como regulador del desarrollo económico, estableciendo que en el artículo 28 se da un diseño estatal para atender las necesidades de la sociedad, el cual descansa en la premisa de que esos órganos, por su autonomía y aptitud técnica, son aptos para producir normas en contextos de diálogos técnicos, de difícil acceso para el proceso legislativo, a las que puede dar seguimiento a corto plazo para adaptarlas cuando así se requiera, las cuales constituyen reglas indispensables para lograr que ciertos mercados y sectores alcancen resultados óptimos irrealizables bajo la ley de la oferta y la demanda. Tesis: P/J. 46/2015 (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima época, libro 26, enero de 2016, tomo I, p. 339.

casos, bajo el control de agentes privados y, por otro, que la asignación o distribución de los bienes económicos se lleva a cabo, en principio, mediante la operación del mecanismo mercado —es decir: sujeto a las condiciones de intercambio—. ⁶ Este punto de partida tiene dos consecuencias importantes para perfilar la cuestión del papel de la justicia constitucional en el desempeño económico. En primer lugar, desde una concepción genéricamente liberal del orden social, se conceptualiza al Estado (la autoridad) y a la economía (el mercado) como “entidades” relativamente separadas, autónomas, que despliegan “lógicas” o “principios” parcialmente independientes. Esto permite establecer formas y grados de “interferencia” del poder político en la economía y viceversa. En segundo lugar, cuando, como en el caso que nos ocupa, lo que interesa destacar es la “interferencia” del poder político en la economía, esta relación puede describirse apropiadamente como una “relación regulativa” en la que la Constitución expresa, organiza y limita la relaciones entre el poder público y la economía, mediante la posibilitación, la ordenación y la limitación de relaciones económicas de mercado (Daintith, 1997) y (Weber, 1984: 63 y ss.). Teniendo en cuenta este “sistema económico de referencia” hablaremos, pues, de “constitución económica” para referirnos al “marco jurídico fundamental para la estructura y el funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden del proceso económico en sus fundamentos esenciales y se establecen normas que sirven de parámetros para la acción de los agentes económicos” ⁷ y, consecuentemente, hablaremos de “constitucionalismo económico” para referirnos al conjunto de estudios teóricos, históricos, doctrinales, etcétera, descriptivos y valorativos, en torno a las distintas constituciones económicas (Larrañaga, 2012).

La importancia de la infraestructura jurídica para el desarrollo económico

Dentro del constitucionalismo económico existen, desde luego, distintas aproximaciones a la relación entre las propiedades del sistema jurídico-político, la constitución económica y el desempeño de las economías. En la literatura especializada pueden sintetizarse, *grosso modo*, tres grandes formas de aproximarse a la cuestión. ⁸

⁶La idea de mercado depende de la noción de “mercancía” y ésta, a su vez, de que la asignación del bien en cuestión esté sujeta a la aplicación del principio *quid pro quo* (Lindblom, 2002). Esto es, un bien es una mercancía cuando existe una norma social que establece la asignación o *quid* (propiedad, acceso, dominio, disfrute, consumo, etc.), como consecuencia de un *quo* (traspaso, precio monetario, trabajo, etc.). En ese sentido, la susceptibilidad de ser mercancía no radica ni en las percepciones de los sujetos ni en las propiedades del bien en cuestión (servicios sexuales, órganos humanos, educación, alimentos, etc.) sino de la *elección social de la regla de asignación aplicable*. Si se decide aplicar el principio *quid pro quo* quiere decir que se desea convertir el bien en mercancía y, por tanto, que se pretende *constituir* un mercado para tal bien. En este sentido puede decirse, en términos de Weber, que un mercado es competitivo cuando existen dos tipos de “competencia” entre dos o más agentes económicos: la competencia por el intercambio y la competencia por el precio (Weber, 1984: 493 y ss.).

⁷Tribunal Constitucional Español, 16-XI-1981. Voto particular. Al respecto, *vid.*, por ejemplo (Bassols, 1985).

⁸En esta descripción sigo fundamentalmente a Ogus, 2004. La literatura especializada en este tema es extensísima, pero a un lector interesado en una primera aproximación puede sugerirse (Hirschman, 1994).

La primera aproximación puede denominarse “liberal” por su raíz ideológica —la cual, por otro lado, como es bien sabido, coincide con las raíces históricas e intelectuales del constitucionalismo moderno—,⁹ aunque por aplicación del modelo neoclásico y, fundamentalmente, por su insistencia en la evaluación microeconómica de los efectos de las normas e instituciones jurídicas en el desarrollo económico, en las últimas décadas ha venido a reconocerse como “movimiento” del derecho y economía.

En este orden de ideas, el origen de esta perspectiva puede reconocerse en algunos de los autores clásicos del pensamiento social como Hobbes, Locke, Smith y Weber.¹⁰ Así, por ejemplo, Hobbes consideraba que los sujetos no entrarían en relaciones estables de intercambio sin la confianza en el poder coercitivo del Estado para hacer eficaces los contratos (Hobbes [1651] 1996, cap. XIV)¹¹ y, en esta misma línea de ideas, Locke sostenía que una función primordial de la comunidad política es la conservación de la propiedad de sus miembros, dentro de la cual, como es bien sabido, recogía el derecho a la vida, a la seguridad y a los bienes materiales (Locke [1690] 1988, cap. IX).¹² Asimismo, Smith recalcaba la importancia de “una tolerable administración de justicia” como condición para llevar al Estado “al mayor nivel de opulencia” de la sociedad (Smith [1776] 1979, libro IV, 697 s.). Por su parte, desde una perspectiva socio-histórica, Weber consideraba el ascenso del capitalismo estaba íntimamente relacionado con la consolidación de las modernas formas “racionales” de ejercicio del poder político.¹³

Posteriormente, dentro de los estudios de derecho y economía y, en particular, dentro del área del neoinstitucionalismo económico, se han desarrollado distintos programas de investigación especializados en el tema, entre los que cabe destacar los dirigidos a mostrar cómo los costes de transacción contenidos en la negociación y la ejecución de los acuerdos constituyen importantes barreras al crecimiento económico (Williamson, 1985) y aquellos que sobre la base de la constatación de una progresiva reducción de la incertidumbre en los intercambios, desde una perspectiva histórica intentan encontrar correlaciones entre el desarrollo económico y la evolución de instituciones jurídicas (North, 1990 y 1981).

En una segunda vertiente, los estudios que se agrupan en el rótulo “derecho y desarrollo” se han centrado fundamentalmente en explicar las distintas “disfunciones” del aparato jurídico en las economías no desarrolladas o en vías de desarrollo. Una primera generación de estudios trató de explicar la deficiente aportación de los sistemas jurídicos al desarrollo económico como una deficiencia en la adopción de los modelos institucionales de las democracias constitucionales occidentales: división de poderes,

⁹*Vid.*, por ejemplo Salazar, 2006 y Bobbio, 1989.

¹⁰Quizá no esté de más recordar que nos es hasta la segunda mitad del siglo XIX que puede hablarse de una separación teórico-doctrinal entre el constitucionalismo, la filosofía política y la economía política. *Vid.*, por ejemplo, Larrañaga (2009), cap. V.

¹¹“If a Covenant be made, wherein neither of the parties performe presently, but trust one another; in the condition of meer Nature (which is a condition of Warre of every man against every man...): 96.

¹²“The great and *chief end* therefore, of Mens uniting into Commonwealths, and putting themselves under Government, is *he Preservation of their Property*. To which in the state of Nature there are many things wanting”, pp. 350 y ss.

¹³*Vid.*, Weber [1925] 1984: 63.

control de constitucionalidad, regímenes de propiedad, sistemas contractuales, etc. Sin embargo, este tipo de estudios mostró, en su conjunto, una escasa capacidad heurística, cuyas limitaciones pudieron constatarse a la luz de un estudio más detallado de las catastróficas consecuencias de los “transplantes” jurídicos animosamente impulsados tras los procesos de descolonización de las décadas de los cincuenta y sesenta del siglo XX.

En un efecto pendular respecto de las posiciones anteriores, en las décadas siguientes se desarrolló una segunda agenda de investigación alternativa dentro de este género de estudios, centrada en la consideración de las condiciones “ambientales”—culturales, políticas, históricas, etcétera— que hace viable la propuesta de reformas “estructurales” en la organización económica de los países en desarrollo (Trubek y Galanter, 1974). Sin embargo, aunque algunos de estos trabajos arrojan resultados útiles para la conformación de las políticas económicas puntuales, por lo general carecen de un enfoque integral que permita conformar propuestas sistémicas que vayan más allá de las recomendaciones genéricas que, por lo demás, coinciden de manera sustantiva con las ideas centrales de la concepción liberal a la que me acabo de referir.

Una “tercera ola” de estudios sobre derecho y desarrollo ha venido desenvolviéndose en los últimos años como consecuencia de las políticas generalizadas de privatización y desregulación de corte neoliberal que han recorrido el planeta y que en la década de los noventa del siglo pasado se condensaron en el Consenso de Washington. En este orden de cosas, como ha señalado Ogus:

[...] Las reformas jurídicas han ocupado un lugar prominente en la agenda política por dos razones. Primero, porque de manera consistente con el análisis de las políticas públicas en las economías desarrolladas, la falta de crecimiento se ha identificado con la idea de “fallo del Estado”, por lo que se consideraba que la regeneración del sector privado requería nuevas definiciones jurídicas y procesos de delimitación de papel del Estado en la economía. Segundo, porque las voces más influyentes cada vez estaban más convencidas de que una “buena gobernanza” era una variable crucial para explicar las diferencias en los índices de crecimiento económico (Ogus, 2004, 5).

Sería apresurado hacer un balance de esta tercera generación estudios sobre derecho y desarrollo económico, sobre todo en lo relativo a los efectos de sus recomendaciones de política pública (Minogue, 2002). Sin embargo, pese a que, en principio, quepa reconocerle los méritos, por un lado, de un mayor pluralismo y flexibilidad que las recomendaciones provenientes de las perspectivas de derecho y economía y, por otro, de un mayor esfuerzo de sistematicidad que los estudios provenientes de la corriente de derecho y desarrollo, dado el carácter transversal y gerencial de este tipo de análisis, en mi opinión, es posible adelantar ya la percepción de una relativa superficialidad en lo referente a la importancia de las instituciones jurídicas para un gobierno democrático y eficaz.

Una tercera aproximación es la de los estudios empírico y comparados. En una primera época estos estudios se centraron en la comparación entre los sistemas económicos capitalistas y socialistas (Beliner, 1999), pero más adelante, tras el proceso de

homogenización de la última década del siglo pasado, este tipo de análisis se han concentrado en los efectos de las transiciones políticas en el desempeño de la economía. Aunque los resultados de este tipo de estudios dista de ser homogéneo (Davis y Trebilcock, 2001), se pueden constatar ciertas tendencias en la relación entre la adopción de cierto tipo de estructuras jurídicas y el crecimiento económico. En este sentido, algunos análisis constatan, por ejemplo, que una mayor protección de los derechos de propiedad y un mayor control de la discrecionalidad de los poderes públicos conduce a un mejor desempeño de la economía (Banco Mundial, 1997) y, en este mismo orden de ideas, a través de sus efectos en la reducción de costos, algunos estudios han cotejado la relevancia de la calidad de los procesos judiciales en el crecimiento de la economía (Banco Mundial, 2002) y (Sheerwood *et al.*, 1994).

En todo caso, con independencia de la aproximación a la idea de “constitución económica” que se adopte, de esta esquemática presentación puede desprenderse que la doctrina dominante existe un acuerdo básico en que la existencia de cierta infraestructura jurídica generalmente conceptualizada como “Estado de derecho” es un factor relevante para desempeño de las economías. En este orden de ideas, en la literatura especializada las funciones del orden constitucional respecto de un adecuado desempeño de la economía converge sustancialmente en considerar que las condiciones normativo-institucionales para un gobierno sujeto al derecho operan como variables significativas del crecimiento económico (Banco Mundial, 1992 y 1997). Es decir, existe una convergencia sustancial en la idea de “imperio de la ley” como factor de crecimiento de la economía consistente, fundamentalmente, en la realización de las siguientes “buenas prácticas” constitucionales que pueden resumirse en los siguientes puntos: *a)* la existencia de reglas públicas y fácilmente accesibles; *b)* que tales reglas sean razonablemente ciertas, claras y estables —*i.e.*, que excluyan decisiones irrestrictamente discrecionales—; *c)* la presencia de mecanismos que aseguren la aplicación de tales reglas sin discriminación entre los sujetos; *d)* la existencia de decisiones vinculantes provenientes una judicatura independiente y mediante procesos judiciales expeditos; *e)* la previsibilidad de sanciones judiciales efectivas; *f)* el cumplimiento y la responsabilidad de los poderes públicos frente a las normas relevantes, etcétera (Ogus, 2004).¹⁴

En este orden de ideas, sobre la base de los presupuestos funcionales de las economías de mercado, los anteriores elementos normativo-institucionales son transcritos en nociones o principios con significación “económica”, es decir, en condiciones “ambientales” del comportamiento de los individuos en contextos de mercado, susceptibles de ser interpretadas como condiciones de una conducta “económicamente racional”: *a)* previsibilidad; *b)* seguridad; *c)* competencia; *d)* bajos costos de transacción, etcétera.¹⁵ De este modo, la exigencia y la práctica del Estado de derecho o,

¹⁴Desde luego, esta es sólo una descripción muy somera. Se requiere no sólo la presencia de ciertos rasgos institucionales, sino también una determinada forma de “organización” gubernamental que genere coordinación entre los agentes sociales, y particularmente entre las ramas del Gobierno. Se trata, por decirlo en términos de Russell Hardin, de una constitución operativa en la esfera económica. Al respecto, *vid.*, por ejemplo, Hardin (1999).

¹⁵Naturalmente, dejo aquí implícito el proceso de “transformación” de la conducta individual racional (maxizadora de la utilidad individual) en una conducta socialmente valiosa (generadora de bienestar social) que, por lo general, suele adop-

si se prefiere, de la Constitución económica es considerada, en términos instrumentales, como un medio para un fin: el desarrollo económico (Tamanaha, 2006). Dicho en otros términos, desde esta perspectiva “las instituciones [la Constitución económica] son las reglas de juego en una sociedad o, dicho con mayor formalidad, son *limitaciones diseñadas* por los seres humanos para moldear las interacciones. Consecuentemente, éstas estructuran los incentivos en los intercambios humanos, ya sean políticos, sociales o económicos” (North, 1990: 3. Cursivas mías).

Dos concepciones del derecho y del constitucionalismo

Ahora bien, la concepción instrumentalista del derecho implícita en los estudios a los que me acabo de referir, afín a la visión de los economistas y de los especialistas en políticas públicas, suele dejar insatisfechos y, en ocasiones, francamente incómodos a buena parte los juristas contemporáneos. Esto es particularmente cierto respecto de aquellos comprometidos con una idea fuerte de constitucionalismo que solemos identificar bajo el rótulo genérico de neo-constitucionalistas (Carbonell, 2003). Así, pese a converger enfáticamente en la valoración positiva de las prácticas constitucionales del Estado de derecho, las razones para tal insatisfacción son principalmente tres y, como es de esperar, se fincan en una teoría, una ideología y una metodología del constitucionalismo incompatible con el instrumentalismo como aproximación al Derecho, en general, y a la Constitución y el constitucionalismo, en particular (Atienza, 2007) y (Comanducci, 2003).¹⁶

El primero y más evidente motivo de insatisfacción tiene que ver con que la teoría del derecho implícita en el instrumentalismo niega un concepto sustantivo o valorativo de la constitución. En este sentido, para autores contemporáneos como Ferrajoli o Zagrebelsky, la dogmática y la teoría constitucional y, por tanto, la doctrina sobre las funciones del orden constitucional, incluidas desde luego aquéllas relacionadas con el orden económico, tiene que elaborarse necesariamente desde un punto de vista interno producto de una adhesión a los valores constitucionales. Es decir, la Constitución debe interpretarse en virtud de su propio carácter normativo y sobre la base de los valores que esta contiene y no como un instrumento para la realización de objetivos ulteriores como pueden ser, por supuesto, los vinculados con el desempeño de la economía.

La segunda fuente de insatisfacción, más difícil reconocer que la anterior, pero también relativamente fácil de especificar, tiene que ver con que el hecho de que la ideología del constitucionalismo tiene como objetivo primario la garantía de los derechos fundamentales y no, como el instrumentalismo implícito en los estudios que he reseñado antes, la conformación de estados de cosas que tienen una relación causal y, en todo caso, contingente respecto de la satisfacción de distintos intereses individuales y

tar la forma de alguna variante más o menos desarrollada de mecanismo de “mano invisible”. En este orden de ideas, *vid.*, por ejemplo, Buchanan (1991); Vanberg (2001 y 1994) y Persson y Tabellini (2005).

¹⁶Aquí el término “ideología” se utiliza en el sentido de concepción o sistema de ideas.

sociales. Dicho en otros términos, las condiciones para el desarrollo económico de las que se ocupan las perspectivas anteriores pueden coincidir contingentemente, pero no necesariamente, con la satisfacción de derechos fundamentales.

La tercera causa de insatisfacción, de índole metodológica, es tal vez más difícil de definir que las anteriores, pero quizá también más fértil en términos de las consideraciones en torno a la importancia de la argumentación para la justicia constitucional que pretendo presentar en esta ocasión. La objeción puede sintetizarse de la siguiente manera. Al adherirse a la tesis de la conexión conceptual entre el derecho y la moral —cuya negación permite a los positivistas metodológicos distinguir entre el derecho como es y el derecho como debería ser—, el neoconstitucionalismo sostiene que los principios constitucionales pueden verse como un nexo entre “el” derecho y “la” moral —dicho en otros términos, “la moral positivizada” mediante los derechos humanos— y, consecuentemente, que cualquier decisión jurídica —y, de manera enfática, aquéllas de carácter judicial— estará justificada si deriva, en última instancia, de una norma o valor moral.¹⁷

Ahora bien, como es sabido, mientras que las decisiones en torno al contenido y el alcance de los derechos fundamentales se conforman mediante principios —*i.e.*, estándares de conducta “que deben ser obedecidos por ser una exigencia de justicia o equidad o de cualquier otra dimensión moral” (*principales*) (Dworkin, 1977: 22)—, gran parte de las decisiones que configuran las constituciones económicas y que, consecuentemente, guían el buena parte del diseño de las políticas públicas, suelen consistir en la aplicación de directrices —*i.e.*, “estándares que establecen un objetivo que debe ser alcanzado, generalmente el mejoramiento de alguna condición económica, política o social de la comunidad” (*policies*)— (*ibid.*).

A partir de aquí, el neoconstitucionalismo enfrenta fundamentalmente dos tipos de dificultades respecto de la justificación de las decisiones relacionadas con el constitucionalismo económico y, en particular, con la formulación de la política económica en el marco del orden constitucional: problemas de calificación y problemas de concreción. No puedo explorar con detenimiento ahora las consecuencias de cada uno de estos problemas, pero es preciso enunciarlos esquemáticamente para entrar en las consideraciones en torno a la importancia de la dimensión constitucional de las políticas públicas, para enfocarnos en el tema de desarrollo económico en la última parte del trabajo.

Dos problemas teóricos para un constitucionalismo económico

La primera dificultad tiene que ver con la concepción de orden normativo del neoconstitucionalismo. Al anclar, como he señalado, el orden constitucional en una relación conceptual entre el derecho y la moral y, consecuentemente, establecer las razones de corrección moral como razón última de la decisión jurídica —en particular, como veríamos, aquéllas de carácter jurisdiccional—, privilegiando el método de ponderación

¹⁷*Vid.*, por ejemplo, Atienza (2007: 119).

como fórmula de resolución de los conflictos entre derechos, el neoconstitucionalismo enfrenta problemas respecto de la “calificación” de la constitución económica. Y ello es así por tres razones. Primero, porque, como he señalado, la base normativa de este sector del ordenamiento constitucional no la conforman derechos fundamentales —*i.e.*, sustentados en reglas o principios—, sino objetivos valiosos para la comunidad, por lo general, expresados o sustentados normativamente en directrices. Segundo, porque, como consecuencia de lo anterior, el razonamiento de aplicación del mandato no pertenece al género de las razones morales, sino políticas y/o administrativas; de modo que la forma de razonamiento típico se orienta por criterios de corrección técnica, no de corrección moral. Y, tercero, porque, como consecuencia de los puntos anteriores, la resolución de los conflictos entre valores, derechos o intereses no se circunscribe a la ponderación del peso relativo de estos dentro de un sistema axiomático de principios delimitado constitucionalmente sino que, como veremos con más detalle enseguida, al depender la concreción de la conducta prescrita tanto a las condiciones normativas como a las condiciones fácticas incluye, necesariamente, criterios de oportunidad y de eficiencia. En síntesis, tal y como lo he perfilado aquí, para el neoconstitucionalismo las decisiones de política pública se encuentran fuera de la esfera del constitucionalismo, en el dominio de la discrecionalidad política y/o administrativa.

La segunda dificultad, derivada de la anterior, tiene que ver, como apuntaba, con el problema de establecer las condiciones para el cumplimiento de los mandatos cuando estos no se refieren a una conducta determinada (reglas) o determinable mediante ponderación (principios), sino que establecen un mandato de optimización de un resultado (directrices). En este sentido, la concreción de los estándares de conducta es una condición necesaria para determinar si una decisión concreta de implementación de política económica es “correcta”, “aceptable” o “válida” dentro del orden constitucional. Hay que advertir que no se trata, como en el problema anterior, de calificar como “constitucionalmente determinado” el contenido de las políticas económicas —lo cual, como he señalado, suele ubicarse, en mi opinión correctamente, dentro del dominio de la discrecionalidad política—, sino de establecer si, una vez establecida una determinada orientación de las políticas públicas —incluida, desde luego, la política económica— sobre la base del mandato del conjunto de la constitución económica, la actuación de los poderes públicos, la acción pública, es o no “correcta”, “aceptable” o “adecuada” por razones de la propia “constitucionalidad” del mandato o de los mandatos en cuestión. Se trata pues, de establecer si es posible definir criterios de corrección constitucional de las decisiones y acciones de los poderes públicos dentro de la esfera de discrecionalidad política y/o administrativa.

Solventar este segundo problema me parece particularmente importante a propósito de la posibilidad de un constitucionalismo económico que, pese a sus características “técnico-instrumentales”, alcance un estatus normativo (constitucional) robusto en cuanto a sus criterios de validez y sus posibilidades de implementación mediante la orientación de políticas públicas. Por ello, en lo que sigue me propongo presentar algunos elementos teóricos, sobra decir, parciales e inacabados, para su solución.

Como seguramente puede barruntarse, creo que las prácticas institucionales de los agentes jurídicos tienen un papel fundamental en la articulación de las dos piezas de la respuesta que intentaré presentar en las páginas siguientes. En este sentido, por una parte, considero que la única vía para configurar estándares razonables para la actuación de los poderes públicos, públicamente escrutables y, por lo tanto, democráticamente defendibles, es mediante la explicitación de las motivaciones y del contexto de actuación en el marco de las competencias constitucionales. Por otra parte, considero que cuando este tipo de estándares son considerados como criterios institucionales, organizacionales y procedimentales de los poderes públicos, tales criterios tienen un valor sustantivo que no tiene necesariamente un carácter moral; pero sí, desde luego, un importante valor social que responde a un sentido relevante de “constitución” u “orden constitucional” como organización racional de los medios sociales para alcanzar fines valiosos de la comunidad (Dahl y Lindblom, 2000).¹⁸

Dicho en otros términos, en las páginas que siguen pretendo sostener que aunque los sujetos normativos de las directrices son, en la mayoría de los casos, poderes públicos que despliegan sus poderes normativos para la definición de políticas públicas dentro del dominio de la discrecionalidad política y/o administrativa —en particular, aquélla relacionada con el diseño y la implementación de políticas públicas—, las condiciones del cumplimiento de los deberes establecidos por las directrices constituyen criterios normativos con un valor constitucional autónomo respecto de su estatus moral.

En este sentido, dado que, como veremos con más detalle enseguida, este tipo de condiciones coincide sustancialmente con las recomendaciones de buenas prácticas constitucionales, concluiré que el conjunto de razones que podrían aducirse desde el neoconstitucionalismo para excluirlas de un eventual juicio de constitucionalidad tienen sólo un carácter ideológico pero, desde luego, no de carácter teórico.¹⁹

¹⁸En este sentido, asumo que la racionalidad es un valor social. Ahora bien, aunque en los términos que señalaba antes, la Constitución económica refleja sólo parcialmente los términos de un equilibrio “correcto”, “adecuado” o “racional” entre los modelos de coordinación socioeconómica que, para simplificar, llamamos “autoridad” y “mercado” y, por tanto, incluye sólo parcialmente las técnicas para la racionalización y control de la relación entre medios y fines sociales: las normas e instituciones jurídicas. Dahl y Lindblom señalan con claridad incomparable la naturaleza técnica de la actividad regulativa, enfatizando la panoplia de decisiones instrumentales envueltas en un concepto general de regulación: “¿Qué debe hacer una nación para alcanzar una organización política racional? Esta pregunta parece menos interesante que: ¿puede una nación alcanzar una organización político-económica racional? Pero, dependiendo de cómo se miren estas cuestiones, o bien la segunda no tiene respuesta o bien las dos preguntas son la misma. Que una nación pueda alcanzar una organización político-económica racional depende no sólo de las técnicas político-económicas que emplee, sino de la competencia económica y política de sus ciudadanos, de sus creencias y actitudes —de hecho, de su cultura en su conjunto—, así como de circunstancias fortuitas. “La cuestión de si una nación puede alcanzar una acción social racional está, por tanto, más allá del conocimiento de alguien, excepto cuando los procesos sociales y las técnicas pueden medirse sobre la base de los prerrequisitos de la acción social racional [...]. Dado que una acción es racional o irracional dependiendo de si logra o no los fines últimos hacia los que se dirige, debemos postular ciertos fines sociales. A partir de aquí, el análisis de los prerrequisitos es un estudio científico, no moral. Procede mediante el establecimiento de relaciones funcionales o condicionales, no mediante prescripciones” (Dahl y Lindblom, 2000: 18 ss. *Cursivas mías.*) He tratado este tema de manera específica respecto del diseño constitucional en Larrañaga (2011).

¹⁹Aquí el término “ideología” se utiliza en el sentido de ocultamiento o enmascaramiento de la realidad.

Políticas públicas y estándares de conducta

¿Cómo podemos decir que un poder público es responsable de la eficacia de las políticas públicas, ambientales, educativas o de salud? Esto es, cómo podemos afirmar que tiene una “obligación jurídica” de mantener el equilibrio ecológico, de que los niños que forman parte del sistema de educación pública sean competentes en el manejo de la lengua o en la realización de ciertos cálculos elementales, o de que no proliferen padecimientos crónicos prevenibles entre la población.

Creo que para que tales enunciados tengan algún mérito resulta inescapable establecer con cierto grado de precisión condiciones concretas a partir de las cuales consideramos que ha cumplido con la responsabilidad asignada a la autoridad en cuestión por el orden normativo, es decir, tenemos que establecer algún estándar de conducta. Dicho en los términos expuestos en el inciso anterior: ¿supone la característica sensibilidad de las directrices a las circunstancias que las obligaciones por ellas prescritas no tiene medida de cumplimiento y que, por tanto, no podemos saber en qué casos se ha satisfecho el deber en cuestión? (Atienza y Ruiz Manero, 1996).²⁰ O, en términos de los ejemplos anteriores, ¿el hecho de que los responsables de la protección del medio ambiente, de la educación pública y de la salud pública tengan distintos objetivos parcialmente incompatibles y medios limitados para alcanzarlos, es un impedimento para que puedan exigírsele responsabilidad “jurídica” por ello? Y, en ciertos casos de una gestión pública catastrófica —lamentablemente demasiado frecuentes en nuestras latitudes—, cuando los medios establecidos en las políticas públicas concretas son manifiestamente inadecuados para alcanzar los fines prescritos ¿sería posible calificar la actuación de los poderes públicos como contraria al orden constitucional? Responder a las preguntas anteriores requiere desentrañar en el sentido de la fórmula “en la mayor medida de lo posible” que cualifica a las directrices como mandatos de optimización (Alexy, 1993) y (Atienza y Ruiz Manero, 1996).²¹ Es decir, para avanzar en esta línea es preciso detenerse en la forma en que este tipo de normas de mandato constituye una guía de conducta.

Como es sabido, la configuración de cualquier estándar de conducta aplicable está construida sobre dos pilares que constituyen, a su vez, las principales condiciones de la justificación de los juicios normativos o valorativo formulados sobre la base de un estándar de conducta (Larrañaga, 1999). En primer lugar, se debe satisfacer la exigencia básica de que el sujeto normativo —esto es, a quien se le adjudica una obligación o carga— pueda *cumplir* con sus deberes o responsabilidades, pues, como no cuesta trabajo advertir, esta es una concreción del principio de que nadie puede estar sujeto a una obligación de imposible cumplimiento. En segundo lugar, el estándar debe tener en cuenta las *circunstancias particulares* del sujeto pues, de lo contrario, configuraría

²⁰He analizado y criticado la idea de Atienza y Ruiz Manero de que las directrices tienen distintas medidas de cumplimiento en Larrañaga (2001). Reproduzco el argumento general de esta crítica en las páginas siguientes.

²¹Como es sabido, en la distinción que realizan Atienza y Ruiz Manero en principios y directrices, sólo estas últimas, pero no las primeras, son mandatos de optimización, mientras que para Alexy ambos tipos de normas constituyen mandatos de optimización.

una obligación categórica incompatible con los principios básicos de la configuración de los sistemas jurídicos modernos (Hart, 1997).

En este orden de ideas, el *carácter concreto* y la *dimensión circunstancial* de la aplicación de los estándares de conducta resulta iluminadora para esclarecer la virtualidad normativa-directiva de las directrices. Así pues, para mostrar esta capacidad directiva de este tipo de normas de conducta, conviene recordar que aunque las directrices sean normas que prescriben la obtención de un objetivo o resultado, su contenido son conductas y no, naturalmente, estados de cosas. No es posible ordenar que tengan lugar estados de cosas sino, en todo caso, se pueden prescribir las conductas causalmente vinculadas con ellos. En este sentido, hay que tener en mente que aunque la técnica normativa de la formulación de las directrices ordene alcanzar un objetivo en la mayor medida de lo posible, se trata de formulación sintética —o, si se prefiere, elíptica— de un mandato que ordena *realizar ciertas conductas* que se caracterizan por tener una relación medio-fin (causal) con el objetivo especificado en la norma.

Siguiendo el argumento, podemos calificar las conductas causalmente adecuadas a un efecto, resultado u objetivo como conductas *oportunas* respecto para tal efecto, resultado u objetivo. De modo que diremos que *las directrices ordenan realizar las conductas oportunas para alcanzar un objetivo socialmente valioso*. Así pues, un primer paso para determinar la manera en la que las directrices guían la conducta individual y concreta de los poderes públicos consiste en tener en cuenta que, mientras que la configuración de las condiciones de aplicación de los principios sólo es sensible a una única dimensión de peso, que se balancea un principio respecto de la misma dimensión de peso de otro(s) principio(s) mediante una relación que podemos llamar de jerarquía o prioridad, las directrices, además esa dimensión de peso, jerarquía o prioridad, tienen una *dimensión de oportunidad* relativa las posibilidades fácticas, causales o técnicas para alcanzar el fin social en cuestión. De este modo, para determinar la(s) conducta(s) exigida(s) por una directriz constitucional, además de tener en cuenta su relativa prevalencia normativa respecto de otros principios y otras directrices constitucionales, el sujeto debe tener en cuenta las condiciones fácticas en las que tiene lugar la relación medio-fin en cuestión.²² Resumiendo, una primera condición para satisfacer los estándares de conducta configurados por las directrices consiste en realizar la(s) conducta(s) oportuna(s) para alcanzar el objetivo social definido por la directriz.

Ahora bien, este primer paso tiene que completarse con un segundo, consistente en tener en cuenta una circunstancia universal que juega un papel preeminente entre las condiciones fácticas de la relación medio-fin: la escasez de recursos (medios).

²²Desde luego, para dar una imagen completa de la cuestión que estoy tratando aquí tendría que especificar la forma en la que opera el “balance” de las directrices dentro del sistema de principios y directrices. Como cabe esperar, la cuestión es complicada y depende, en buena medida, de si se considera, por un lado, que dado su contenido moral los principios tienen una prioridad absoluta respecto de las directrices y, por otro, que la decisión respecto de la relativa prioridad de las directrices depende legítimamente de la discrecionalidad política o administrativa. Naturalmente, el perfil de la respuesta que se dé a las cuestiones anteriores, y a un amplio conjunto de problemas de teoría constitucional que se vinculan con estas, depende en buena medida de la actitud que se tenga respecto del carácter “invasor” de la Constitución (Guastini, 2003), que la hace capaz de “condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia, la acción de los actores políticos y las relaciones sociales” (Atienza, 2007: 114 s.). Al respecto, *vid.*, por ejemplo Mathieu y Verpeaux, eds., 1998.

En este sentido, el sujeto normativo de una directriz no sólo tiene que tener en cuenta el conjunto de acciones oportunas para dar lugar al objetivo, sino que, además, entre los distintos cursos de acción disponibles tiene que elegir aquél, o aquellos, que configuren una relación *óptima* entre los medios y los fines. Así pues, con independencia del criterio de optimizaciones que se utilice, en principio, en cada momento y dado un determinado conjunto de medios disponibles, el sujeto normativo de una directriz podrá configurar un conjunto determinado de acciones oportunas de modo que dé lugar al objetivo prescrito *en la mayor medida de lo posible*. A esta dimensión de las directrices le podemos llamar *dimensión de eficiencia*. Así pues, el segundo criterio para el cumplimiento de los estándares de conducta configurados por directrices consiste en realizar la(s) conducta(s) eficiente(s).

Políticas públicas, razonamiento jurídico y Constitución

Así pues, a partir de las consideraciones anteriores puede afirmarse que, mientras que las condiciones de aplicación de los principios se componen sólo de *razones de corrección* —i.e., de su encaje respecto del sistema de valores de referencia—, la aplicación de directrices, además de responder a las razones de corrección, depende, por un lado, de razones estratégicas —o, si se prefiere, de razones de corrección en sentido técnico y no sólo axiológico— a las que podemos llamar *razones de oportunidad* y, por otro, de razones económicas referidas a la optimización de los recursos disponibles, a las que podemos llamar *razones de eficiencia*. En este sentido, a diferencia de los principios, en los que la ponderación sólo cumple la función de determinar las condiciones de aplicación —i.e. el peso o prevalencia del principio frente a otro(s) principio(s)—, sin afectar a la guía de conducta determinada de antemano por las consecuencias normativas contenidas en el propio principio —i.e., la conducta prescrita—, en el caso de las directrices la ponderación de las razones de oportunidad y eficiencia cumple una función adicional: establecer los criterios concreción de la guía de conducta. Así, para saber qué conducta(s) debe realizar, el sujeto a quien se le asigna un deber mediante una directriz, es necesario establecer cuál(es), entre las conductas oportunas, resulta(n) eficiente(s). De este modo, aunque las directrices no establecen *a priori* una medida de cumplimiento, sí establecen implícitamente estándares de conducta respecto de los cuales es posible determinar una medida de cumplimiento específica: la realización de la(s) conducta(s) oportunas y eficientes para alcanzar el fin prescrito. Por ello, resumiendo, cuando el sujeto normativo de una directriz no realiza las acciones oportunas y eficientes para alcanzar el objetivo prescrito incumple el mandato contenido la norma, por lo que, naturalmente, si ésta tiene un rango constitucional incumple, entonces, un mandato constitucional.

La articulación de las razones de oportunidad y de eficiencia, y los juicios de prudencia que éstas implican, constituyen el problema central del diseño de la integración de la esfera de la discrecionalidad política y administrativa dentro del orden constitucional. Por ello, la especificación de los criterios mediante los cuales imputamos las

consecuencias del cumplimiento o incumplimiento de los deberes dentro de tal esfera debe estar en el eje de una teoría completa y bien estructurada del constitucionalismo que, desde luego, no es posible siquiera esbozar en este contexto. Sin embargo, creo que se puede concluir provisionalmente que no sólo la especificación de los estándares de conducta provenientes de las directrices ayuda a esclarecer el significado de la constitucionalización plena del orden jurídico, sino que constituye un buen punto de partida para entender mejor cómo puede llegar a operar el control constitucional del ejercicio de la discrecionalidad política y administrativa en un constitucionalismo robusto que, como he apuntado, no tiene por qué hacer propios los presupuestos teóricos, ideológicos y metodológicos del neoconstitucionalismo, sino que se justifica sobre la base de la propias condiciones de posibilidad del contenido de la constitución.

Esto es así porque, a diferencia de las distintas perspectivas de la relación entre el derecho y el desarrollo económico en términos instrumentales y de las objeciones del instrumentalismo provenientes del neoconstitucionalismo, que coinciden en describir las funciones de la constitución en relación con sus efectos en otros sistemas sociales, bien sea moral o económico, la idea de orden constitucional que estoy tratando de formular penetra en el diseño institucional (organizacional y procedimental) de los sujetos normativos de las directrices (poderes públicos), exigiendo la justificación de cada decisión discrecional a la luz de las propias condiciones de posibilidad del cumplimiento de las obligaciones prescritas por la constitución.

Dicho en otros términos, la exigencia de que los poderes públicos tengan una organización y establezcan procedimientos tales que en el ejercicio de sus facultades discrecionales tomen decisiones oportunas y eficientes para el cumplimiento de sus responsabilidades —*i.e.*, deberes prescritos por directrices— no tiene su fundamento, ni en razones dependientes de su relación contingente con el crecimiento económico, ni razones sustantivas dependientes, en última instancia, de un valor moral, sino en razones “pragmáticas” (Lindblom, 1979); y (Llewellyn, 1940). Desde luego, es necesario especificar en qué consisten tales razones “pragmáticas” y ésta es, sin duda, una tarea que no es prudente intentar emprender aquí. Sin embargo, como trataré de mostrar en la última parte de este trabajo, creo que puedo esbozar algunas de sus características retomando las “buenas prácticas” constitucionales a las que antes me refería como condiciones del “imperio de la ley” y, más concretamente, a su proyección como condiciones de una conducta “racional” en las economías de mercado: previsibilidad; seguridad, competencia, bajos costos de transacción, etcétera.

Así pues, lo que voy a tratar de mostrar en las próximas páginas es que cuando una economía se configura fundamentalmente como un sistema de mercado en los términos que indicaba al principio, existe al menos una “tercera vía” para justificar la práctica del Estado de derecho a la luz de su importancia para el desarrollo económico. Insisto, al no adoptar un punto de vista externo, esta “tercera vía” no hace suya una concepción instrumentalista del derecho pero, al no adoptar un punto de vista moral, tampoco condiciona el estatus normativo al valor intrínseco (constitucional-moral) de las prácticas o a su relación necesaria con la satisfacción de derechos fundamentales.

Se trataría de una vía de fundamentación técnico-instrumental de los argumentos constitucionales cuya pertinencia depende fundamentalmente, como veremos, de su vinculación con los rasgos institucionales de los sujetos típicamente obligados por directrices: los poderes públicos. Pero antes de entrar en este último tramo del argumento general conviene hacer una recapitulación a propósito de las nociones básicas que he ido perfilando en las páginas anteriores.

En las páginas anteriores he perfilado un concepto técnico-instrumental de constitución económica como la organización de medios sociales para alcanzar fines valiosos. Esta noción de constitucionalismo se compadece con una caracterización de las directrices o *polícies* como normas que prescriben realizar un objetivo en la mayor medida de lo posible pero, como vimos, este no es un obstáculo para considerar que este tipo de mandatos son susceptibles de configurar estándares de conducta. Este tipo de estándares de conducta se satisfacen mediante decisiones y/o acciones que responde a razones justificatorias prudenciales o de corrección técnica que, como apuntábamos, responden a la identificación, en las circunstancias concretas, del curso de acción oportuno y eficiente para realizar el objetivo prescrito. Veamos ahora, de manera muy general, cómo podrían formularse este tipo de políticas públicas —en particular, aquéllas que conocemos como políticas regulativas— orientadas hacia el desarrollo, tomando en cuenta que, como decía antes, las acciones públicas relacionadas la vida material de las sociedades contemporáneas —*i.e.*, con el desarrollo, independientemente de la concepción del mismo que se tenga— enfrenta una restricción institucional fundamental: está fundamentalmente organizada como economías capitalistas de mercado.

Las políticas públicas en las economías de mercado y el desarrollo

Desde luego, dada la complejidad de la dimensión organizacional de la vida material, no es en absoluto sencillo identificar y aislar las acciones públicas con impacto en el desarrollo de las distintas sociedades. No obstante, creo que una buena parte de las “políticas” públicas relacionadas con los distintos patrones de desarrollo en las sociedades contemporáneas se pueden delimitar y diferenciar sobre la base de los objetivos institucionales específicos; es decir, atendiendo a los fines particulares de los participantes en distintos planos o momentos de la actividad normativa en cuestión.²³ En este sentido, para los fines de esta exposición, en vez de trazar una tipología excluyente, creo que resulta oportuno adoptar una perspectiva gradualista en la que se reconozcan objetivos más o menos específicos de la política pública en los distintos contextos y momentos de una actividad continua.

²³No se olvide el lector que aunque haya muchas formas pertinentes de describir las políticas públicas, en este contexto me interesa su vertiente normativa, y no otras formas de entender el poder público, como el desplazamiento de recursos sociales o su carácter simbólico, positivo o negativo.

a) *Las políticas públicas dirigidas a organizar la actividad económica*. Una primera dimensión o, si se prefiere adoptar una aproximación secuencial, un primer momento de la actividad regulativa consiste en organizar la economía. Aquí, la actividad pública consiste en estructurar, sistematizar, constituir, etcétera, un conjunto de elementos normativos e institucionales sobre la base de un principio o de un conjunto de principios de organización. Estos elementos institucionales incluyen, entre otros, al derecho como sistema normativo, a las principales organizaciones sociales (el gobierno, las empresas, los sindicatos, las entidades financieras, etc.), a las distintas instituciones jurídicas particulares (el derecho de propiedad, la compraventa, el trabajo por cuenta ajena, etc.), a un amplio y variado conjunto de normas y valores que, quizá, cabe calificar como “cultura institucional”, etcétera.

Como he señalado, en lo que respecta a la forma específica en la que las sociedades organizan la producción y distribución de bienes económicos, estabilizan el sistema económico y legitiman las transferencias económicas particulares y, en especial, sus efectos distributivos, el principio fundamental de organización del sistema de mercado es que las relaciones económicas, definitorias del sistema económico son los intercambios regidos por el principio *quid pro quo*. La aplicación de este principio tiene tres implicaciones sistémicas particularmente importantes, que determinan las formas características del sistema regulativo en tanto que sistema institucional que organiza la economía en su conjunto.

En primer lugar, el acceso y la exclusión a los bienes económicos adopta básicamente la forma de derechos de propiedad; en segundo lugar, como consecuencia del elemento anterior, el alcance de las exigencias de asignación de bienes económicos está limitado por la capacidad de dar a cambio los derechos de propiedad y, en tercer lugar, la legitimidad de la asignación de bienes depende del acuerdo voluntario de quienes detentan los derechos de propiedad, lo cual introduce al autointerés como motivación psicológica dinamizadora del sistema económico. En otras palabras, las formas de acceso, los límites y los mecanismos operativos del sistema económico son configurados por el sistema jurídico a través, fundamentalmente del régimen de propiedad. Desde esta perspectiva, la forma y el contenido de las instituciones jurídicas moldea y subordina a las exigencias funcionales de la forma específica de organización económica, y no al revés. Es decir, la estructura institucional de la economía se *ordena* o se *diseña* en función de ciertas pretensiones y ciertos objetivos sociales expresados en las relaciones jurídicas: los derechos de propiedad.

En este orden de ideas, en relación con este principio funcional de coordinación social hay que recordar que el presupuesto conductual de la maximización de utilidad suele utilizarse como corolario del sistema en su conjunto: dado que todo acuerdo voluntario materializa los intereses de quienes lo realizan, toda asignación de derechos de propiedad que es resultado de transacciones voluntarias beneficia a los participantes y, por tanto, está legitimada internamente al sistema. La generación de este sistema de mercado es tanto el resultado de medidas intencionalmente dirigidas a ello, como el efecto de hábitos, valores sociales, cultura organizacional, etcétera. En este orden de ideas, la técnica fundamental de organización jurídica del mercado

consiste en la provisión de estructuras formalizadas para el intercambio de bienes y servicios: el derecho privado. Así pues, la regulación organiza o crea economías de mercado, en primer lugar, estableciendo derechos de exclusión respecto del acceso a bienes y servicios, haciéndolos susceptibles de ser intercambiados mediante acuerdos voluntarios de intercambio de derechos de propiedad y, en segundo lugar, sosteniendo estructuras institucionales que hagan estables los intercambios voluntarios mediante el derecho de contratos.

Así pues, si se considera que las instituciones de derecho privado, fundamentalmente los derechos de propiedad y el derecho de contratos, pero también, indirectamente, fórmulas jurídicas como la responsabilidad extracontractual y el régimen sucesorio, cumplen adecuadamente los objetivos sociales de asignación y distribución de bienes económicos, no resulta excesivamente complicado determinar la dimensión jurídica de las políticas regulativas de creación y estabilización de los mercados en tanto formas paradigmáticas de estructuración de los acuerdos voluntarios dentro del marco de la autonomía privada.

Ahora bien, si se reconoce —como me parece inevitable— la existencia de “límites” o “fallos” del mercado, la política regulativa dirigida por objetivos de eficiencia consistente en incentivar los acuerdos voluntarios como forma de coordinación económica mediante remoción barreras normativas (prohibiciones, licencias, estándares, etcétera), resulta mucho más difícil de justificar coherentemente. En cualquier caso, si vemos la organización del mercado como la estructuración normativa de los acuerdos voluntarios, la creación, la estabilización o el perfeccionamiento de mercados mediante la inhibición de estructuras regulativas de los acuerdos voluntarios propias del derecho público a favor de formas regulativas propias del derecho privado, es una elección regulativa y no, como suele sostenerse, un proceso de “desregulación” sin más.

Como resulta obvio, la transferencia de las funciones de coordinación social del espacio público al privado es una decisión que debe ser justificada en términos funcionales y que, desde luego, no tiene nada que ver con el retorno a una situación social “natural”, sino con decisiones implícitas de distribución de poder social que impactan directamente en patrones de desarrollo o subdesarrollo.

b) *Las políticas públicas como elementos de política económica.* El horizonte de las políticas públicas como elementos de “la” política económica es más limitado que su papel como factor de organización. De hecho, cualquier política económica tiene lugar dentro del marco del sistema económico de referencia, por lo que se encuentra limitada por los propios rasgos estructurales de esta última. En el caso del sistema de mercado, el propósito de las políticas públicas como elementos de la política económica es implementar, consolidar y desarrollar las condiciones normativas para la operación de mercados particulares. En este sentido, su función es primordialmente técnica y tiene dos objetivos concretos fundamentales: proteger y perfeccionar mercados en términos de su potencial eficiencia social.

Las políticas públicas protegen un mercado cuando, en primer lugar, desincentivan eficazmente la transferencia no voluntaria del control sobre bienes económicos y, en segundo lugar, cuando implementa mecanismos institucionales que hacen previsibles

los efectos de los intercambios voluntarios; esto es, cuando respaldan eficazmente las transferencias mediante procedimientos para prevenir o solucionar conflictos incluida, desde luego, la amenaza del uso fuerza.

Una política pública perfecciona o corrige un mercado en particular cuando a través de cambios normativos y transformaciones institucionales hace más eficientes las propiedades funcionales del mecanismo de mercado. Para ello, tiene que combatir los distintos límites estructurales de diseño de los mercados que conducen a que los intercambios voluntarios sean “deficientes” en términos de las propiedades sistémicas del propio mecanismo, y que, consecuentemente, hacen que los resultados de la operación de mercado específico no sean, en un momento dado, socialmente valiosos (falta de competencia; información insuficiente, excesivos los costes de transacción, etcétera).

c) *Las políticas públicas como límites de las transacciones voluntarias.* El horizonte de esta función de las políticas públicas es aún más estrecho que el anterior, pues no sólo da por sentado las estructuras de mercado como sistema de coordinación socioeconómica de referencia, sino que la actividad gubernamental tiene lugar a partir de la existencia —o la potencial existencia— de intercambios específicos en mercados particulares. La razón de ser de esta actividad gubernamental es que, en tanto arreglos institucionales, los mercados resultan inadecuados para resolver ciertos tipos de problemas y que, en ciertos casos, no sólo no contribuyen a gestionarlos sino que los agravan o, incluso, los generan.

La idea “límite” supone que los mercados son, por definición, formas de organización socioeconómica inadecuadas respecto de ciertos fines que considerados valiosos por la sociedad en cuestión. Por ello, sus resultados no pueden ser aceptados sin reservas. Esto implica, naturalmente, que desde un punto de vista de una concepción amplia del bienestar social, el ámbito del mercado debe limitarse sólo a las áreas y a las condiciones en las que realiza funciones valiosas en términos de fines u objetivos sociales autónomos respecto de la esfera de la economía.

Como se desprende de la anterior postulación de los horizontes de las políticas públicas respecto del desarrollo, dentro de sus respectivos sistemas político-económicos las sociedades contemporáneas llevan a cabo funciones de control y racionalización de la conducta social mediante la técnica jurídica compleja que llamamos “regulación”. Desde una perspectiva weberiana de la conformación del mercado como estructura social, la técnica de la regulación puede entenderse como procesos de “juridicación” del mercado, en los que las constituciones tienen un papel particularmente relevante en tanto referente del orden jurídico en su conjunto.

Como hemos visto, esta técnica se despliega en distintos niveles complementarios en los que las normas e instituciones jurídicas realizan tres grandes tipos de funciones básicas respecto de la conformación del sistema regulativo de una economía de mercado. En primer lugar, contribuyen a posibilitar la operación de los mercados como *mecanismos*. En segundo lugar, definen y delimitan los mercados como *institución* económica frente a otras instituciones sociales, en particular frente a los derechos subjetivos. Y, en tercer lugar, legitiman al mercado como *orden económico*. Detengá-

monos brevemente en cada una de estas funciones básicas que, en cierto modo, sintetizan lo que hemos visto hasta ahora.

La Constitución y los mercados como mecanismos

Como hemos visto, el mercado puede analizarse como un mecanismo en el que la dinámica del intercambio voluntario entre individuos maximizadores de su utilidad individual genera un equilibrio en el que se maximiza la utilidad social (eficiencia social de los mercados). Desde esta perspectiva, la función primordial de las normas e instituciones jurídicas es posibilitar el funcionamiento del mecanismo de coordinación del mercado. Para ello realiza tres operaciones: primero, define el contenido de los acuerdos a través de la configuración de derechos de propiedad; segundo, delinea y estabiliza las formas de los acuerdos mediante el derecho de contratos y, tercero, establece procedimientos para garantizar o proteger los acuerdos por medio de la creación de procedimientos e instituciones encargados de dirimir conflictos y, en su caso, de implementar las resoluciones mediante el uso de la fuerza.

En este orden de cosas, una demanda adicional de intervención del poder político a través del derecho surge bien cuando los costes del funcionamiento del mercado no son insignificantes —esto es, cuando existen costes de transacción significativos—, bien cuando existen circunstancias que alteran los sistemas de incentivos y de precios requeridos para los intercambios idóneos para que la operación del mecanismo produzca los resultados satisfactorios —esto es, cuando tienen lugar “fallos” o “límites” del mercado, como falta de competencia, información asimétrica, etcétera—. En estos casos la regulación cumple otras dos funciones “técnicas” complementarias, reducir esos costes de transacción y corregir tales fallos.

En su conjunto, la función de la juridicación del mercado como mecanismo, aunque imprescindible resulta muy limitada, y se reduce, como ha quedado apuntado, a crear la infraestructura básica de los intercambios voluntarios y a reconstruir las condiciones necesarias, pero no suficientes, en las que tales acuerdos pueden llegar a generar estados de cosas socialmente deseables. Como consecuencia de ello, en este nivel la intervención autoritativa se considera legitimada sólo en la medida en la que la cooperación del derecho hace posibles los efectos individuales y sociales de los intercambios voluntarios, pero la asignación previa de derechos de propiedad, los resultados en la redistribución de bienes a través del mercado y, de manera enfática, la “eficiencia” social del proceso depende de la verificación de otras condiciones institucionales. Por ello, en tanto hace “aparecer” las asignaciones de mercado como producto del funcionamiento del propio mecanismo de mercado y no como consecuencia de decisiones autoritativas, puede decirse que la teoría estándar de la regulación tiene un sesgo ideológico.

Los puntos anteriores conducen a una amplia variedad de temas que debe abordar una teoría normativa de la regulación. No obstante, teniendo en cuenta la esquematización en que consiste este capítulo, lo que quisiera dejar apuntado ahora es que, en este nivel, la cooperación autoritativa de las normas e instituciones jurídicas con el

mercado debe consistir, fundamentalmente, en tres cosas: en que los derechos de propiedad estén bien definidos; en que los contratos privados se encuentren efectivamente respaldados por la coacción pública y, por último, en que los acuerdos reflejen sólo los derechos y obligaciones que las partes hayan querido incluir en la transacción.

La Constitución y la economía como sistema institucional

En este nivel el mercado es visto como una forma específica de arreglo institucional que comparte relevancia económica con otros arreglos institucionales de naturaleza jurídica, política, social, cultural, etc., respecto de los cuales mantiene relaciones de afectación recíproca a través de normas, valores, decisiones, etc. Como he apuntado antes, desde la perspectiva institucional, el núcleo de la relación entre la autoridad y el mercado se asienta en la relación entre los intercambios voluntarios y los derechos subjetivos contenidos en el ordenamiento jurídico de referencia. Como consecuencia de ello, la función central de la regulación jurídica del mercado como institución consiste en establecer dos cosas: los límites del mercado y la oportunidad del mercado.

En relación con los límites de los mercados, la regulación jurídica establece el perfil que deben tener los acuerdos voluntarios cuando, entre las razones para su diseño institucional, no sólo se incluyen intereses económicos, sino también otro tipo de pretensiones jurídicas —en particular, derechos y libertades fundamentales—. Dicho en otras palabras, la regulación establece el espacio normativo para el mercado *vis à vis* el sistema jurídico. En este orden de cosas, la regulación debe responder a las condiciones en las que los acuerdos voluntarios son instrumentos idóneos para realizar ciertos fines sociales y, en particular, ciertos fines prescritos por normas jurídicas (Larrañaga 2001) y (Atienza y Ruiz Manero, 1996). Es decir, la regulación sólo debe implementar los acuerdos voluntarios cuando resulte un instrumento eficaz para producir estados de cosas que hagan previsibles las condiciones materiales para la satisfacción de derechos individuales y sociales.

Por otra parte, las decisiones regulativas del mercado, que abordan los límites o perfiles de los mercados respecto del conjunto de pretensiones jurídicas, responden a razones de naturaleza *institutiva* o *constitutiva*. Es decir, responden, por un lado, a razones respecto de cuándo *puede existir* un mercado y, por otro, a razones a relativas a cuándo *debe existir* un mercado. Dicho brevemente, en este nivel la regulación tiene la función de perfilar a los mercados dentro del sistema institucional en su conjunto, marcando los límites del contenido éstos a la luz del sistema de derechos subjetivos. Por ello, el requisito básico de la legitimación de la regulación en este nivel consiste en sólo incluir dentro del mercado el tipo de derechos cuya titularidad sea susceptible de ser negociada, y cuya transferencia pueda llevarse a cabo mediante intercambios voluntarios —i.e., derechos alienables.

Se puede decir, entonces, que la función primordial de la regulación en este nivel consiste en desvincular la satisfacción de ciertos derechos de los eventuales resultados de acuerdos voluntarios. Dicho en otras palabras, como veremos en el próximo capítulo,

en este orden de cosas el “correcto equilibrio” entre exigencias de justicia y de eficiencia consiste en proteger de manera efectiva a las razones que sustentan los derechos como “cartas de triunfo” frente a los intereses que guían los comportamientos de mercado (Dworkin, 1978). Establecer qué derechos deben ser protegidos y cuál debe ser el alcance y la fuerza de la protección corresponde a decisiones regulativas de segundo orden, cuyo fundamento y control depende del principio de legalidad o del principio de constitucionalidad, dependiendo del estatus normativo de los derechos subjetivos de que se trate. Pero, en todo caso, esta perspectiva nos recuerda que en una sociedad bien ordenada la compleja técnica regulativa se despliega *dentro* del conjunto del orden jurídico y no como sustituto de éste.

En síntesis, en el nivel del mercado como institución la autoridad intervendrá en los mercados de manera eficaz y, en esa medida, contará con la legitimidad de resultado cuando instituya mercados en los casos en que los acuerdos voluntarios sean la medida previsiblemente mejor para producir las condiciones materiales para la realización de derechos.

En este punto, las políticas públicas se relacionan con la política económica general que, a su vez, se evalúa a la luz de la satisfacción de derechos —en particular, de derechos fundamentales o humanos—. En el ámbito de las relaciones institucionales entre el mercado y el sistema jurídico la eficacia de la regulación equivale a la existencia de las condiciones materiales para el ejercicio de derechos subjetivos. Dicho en otras palabras, en el plano del mercado como institución la eficacia de la regulación —como organización, como política y como límite— depende de sus efectos en el desarrollo social.

La Constitución y el orden económico

En este nivel la economía de mercado es vista como arreglo institucional totalizador que involucra los distintos aspectos de la vida y de la organización social. Aquí encontramos el problema de la estructuración del mercado en su conjunto y no sólo con el problema de sus límites normativos (el mercado como institución) o de las condiciones de su funcionamiento (el mercado como mecanismo). En este orden de cosas, la función central de la estructuración del mercado no se limita delinear las relaciones de mercado como esferas de autonomía para la persecución de intereses, sino que consiste en reconocer y legitimar a los intereses individuales como parámetro de las relaciones económicas en relación con las dimensiones sistémicas de las actividades de producción y distribución; como aquellas relacionadas con la sostenibilidad —ambiental, social, cultural—, de nuestras formas de vida.

Bibliografía

- ALEX, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- ATIENZA, Manuel y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

- ATIENZA Rodríguez, Manuel, *Constitución y argumentación*, Anuario de filosofía del derecho, núm. 24, 2007.
- BASSOLS COMA, Martín, *Constitución y sistema económico*, Madrid, Tecnos, 1985.
- BERLINER, Joseph, *The Economics of the Good Society*, Oxford, Basil Blackwell, 1999.
- BOBBIO, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad*, México, FCE, 1989.
- , *Liberalismo y democracia*, México, FCE, 1989.
- BUCHANAN, James, *The Economics and Ethics of Constitutional Order*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1991.
- COMANDUCCI, Paolo, *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*, Isonomía, núm. 16, México, abril de 2002.
- DAHL, Robert y Charles Lindblom, *Politics, Economics & Welfare*, New Brunswick, Transaction Publications, 2000.
- DAINTITH, Terence, *Regulation*, International Encyclopedia of Comparative Law, vol. XVIII, cap. 10, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1997.
- DAVIS, Kevin E., Trebilcock, Michael J., *Legal Reforms and Development*, Third World Quarterly, vol. 22, núm. 1, 2001.
- DWORKIN, Donald, *A Matter of Principle*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1985.
- , *Taking Rights Seriously*, Cambridge MA, Harvard University Press.
- GUASTINI, Ricarno, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, octubre de 2003.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997.
- HIRSHMAN, Albert, *Rival views of market society and other Recent Essays*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1992.
- LARRAÑAGA, Pablo, “La regulación de la economía global. Algunos retos para el constitucionalismo del siglo XXI”, en Rodolfo Gómez y Rodrigo Díez (coords.), *Teoría del derecho y argumentación jurídica*, Porrúa—Centro de Investigación e Informática Jurídica, México, 2012, pp. 193-228.
- LARRAÑAGA, Pablo, *Los juicios de responsabilidad por decisiones de política económica. Un ensayo de “indisciplina” académica*, Valencia, Fundación Universitaria San Pablo, C.E.U., 1999.
- , *Regulación. Técnica jurídica y razonamiento económico*, México, Porrúa, 2009.
- , *Responsabilidad del rol y directrices*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 24, 2001.
- LINDBLOM, Charles, *Politics and Markets. The world's Political Systems*, Nueva York, Basic Books, 1977.
- , *The Market System*, New Haven, Yale University Press, 2001.
- Llewellyn, Karl, *The Normative, the Legal and the Law Jobs*, Yale Law Journal, núm. 49, 1940.
- MACPHERSON, Crawford Brough, *Dilemas del liberalismo y el socialismo*, 1985.
- MATHIEU, Bertrand, Verpeaux Michel, *La constitutionnalisation des branches du droit*, 1985.
- MINONGUE, Martin, *Apples and Oranges: Problems in the Analysis of Comparative Regulatory Governance*, Centre of Regulation and Competition, Working Paper Series, núm. 94, 2005.
- NORTH, Douglass, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990.
- , *Structure and Change in Economic History*, Nueva York, Norton, 1981.
- OGUS, Anthony, *The importance of Legal Infrastructure for Regulation (and Deregulation) in Developing Countries*, Centre of Regulation and Competition, Working Paper Series, núm. 65, 2004.

- SALAZAR, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE, 2006.
- SEN, Amartya, *Development of Freedom*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1999.
- SMITH, Adam, *The theory of Moral Sentiments*, Oxford, Clarendon Press, 1976.
- TAMANAH, Brian, *Law as a Means to an End. Threat to the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- TRUBEK, David, Galanter, Marc, *Scholars in Self-Estrangement: some reflections on the crisis in law and development studies*, Wisconsin Law Review, 1974.
- WEBER, Max, *Economía y sociedad*, México, FCE, 1984.
- WILLIAMSON, Oliver, *The Economic Institutions of Capitalism*, Nueva York, The Free Press, 1985.

Resumen

La relación entre derechos humanos y derechos económicos se percibe cada día más cercana, aunque no por ello amigable. La cercanía a veces evidencia más sus diferencias. A partir de la reforma constitucional mexicana de junio de 2011, por la que se redefinió la preponderancia de los derechos humanos en nuestro régimen interno, se ha vuelto impostergable tomar como referencia al derecho internacional multilateral de derechos humanos para la construcción de la nueva realidad jurídica de nuestros tiempos.

La perspectiva en este trabajo consiste en ubicar a la regulación estatal de los servicios públicos y del abastecimiento de mercancías para satisfacción de necesidades sociales, así como para el impulso al desarrollo, puntos de coyuntura entre derechos humanos y políticas públicas, no con ánimo de delimitar sus fronteras sino de entender que unos y otras forman parte del Estado nacional, aunque no son derechos necesariamente contruidos al interior de sus fronteras; de hecho, son derechos mayoritariamente creados desde escenarios internacionales y requieren permear en todos los Estados.

La competencia, como factor real del dinamismo económico de un país, tiene que producir también beneficios sociales y ser un aliado del crecimiento con perspectiva de derechos humanos. La única manera en la que los derechos humanos terminarán con este aparente divorcio de los derechos económicos es encontrando vías de comunicación y de colaboración, siempre teniendo como meta la protección de valores supremos como el medio ambiente, la salud, la seguridad y en general, los derechos humanos.

Sumario

Resumen.....	895
Introducción.....	896
Derechos humanos frente a derechos económicos.....	897
Competencia económica y desarrollo.....	902
Criterio diferenciado para valorar la competencia frente al desarrollo y los derechos humanos.....	906
Reflexión final.....	908
Bibliografía.....	909

Introducción

El combate a los monopolios fue incluido en nuestro orden constitucional desde 1857, con lo que México fue uno de los pioneros en regular esta materia en este rango, aunque su ley reglamentaria no haya surgido sino hasta 1992, al igual que la creación del organismo regulador.¹ Después de ese largo letargo entramos tarde pero de lleno a la regulación en esta materia.

La Constitución centenaria de 1917 también la reguló. En el Diario de Debates del Constituyente del 17, se explicaba, sobre este tema, que “[...] un país como el nuestro, en el que debe dejarse el mayor campo de libertad posible al comercio y a la industria, y solamente como medida de orden y para garantizar debidamente los derechos tanto de las personas como de la nación misma, se reserva a ésta [...]”.² Se entiende desde entonces que la regulación sobre esta materia queda reservada a distorsiones que alteren el orden económico en perjuicio de la población y de los sectores productivos.

El 11 de junio de 2013 fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el decreto por el que se reformaron y adicionaron los artículos 6º, 7º, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de nuestra Constitución, principalmente en materia de telecomunicaciones, radiodifusión y competencia económica. En el tema particular de competencia, destaca sólo algunos de los objetivos relevantes:

1. Dotó a la Comisión Federal de Competencia Económica, de autonomía constitucional, con independencia y mayores atribuciones para conseguir la libre concurrencia y competencia económica. Algunas acciones consisten en:
 - a. ordenar medidas para eliminar barreras a la libre concurrencia y la competencia económica;
 - b. regular el acceso a insumos esenciales; y
 - c. ordenar la desincorporación de agentes económicos.³
2. Establecer un diseño institucional con un esquema de pesos y contrapesos que separa las funciones en la aplicación de la ley, de tal forma que la autoridad que investigue, no sea la misma que resuelva, y que quien resuelva, no sea la misma que revise dichas resoluciones.
3. Se eliminaron los medios de impugnación ordinarios que se utilizaban con fines dilatorios de los procedimientos, pero garantizando la legalidad con el juicio de amparo, el que se establece sin suspensión del acto reclamado, salvo para multas y desincorporación de agentes económicos.

Para complementar a esta reforma, el 23 de mayo de 2014 se publicó en el *DOF* la ley reglamentaria del artículo 28 constitucional en materia de libre concurrencia y competencia económica, con la que se da cumplimiento a los objetivos de la reforma

¹Núñez Melgoza, Javier. Competencia económica, un derecho fundamental. Mensaje en el portal de la Comisión Federal de Competencia Económica, tomado de www.cofece.gob.mx (consultado el 30 de abril de 2016).

²Constitución Política de 1917. *Diario de los Debates. Congreso Constituyente de Querétaro 1916-1917*, tomo II, edición facsimilar; Cámara de Diputados, LXIII Legislatura. México, 2016. pp. 237-239.

³Reforma de competencia económica. Gobierno de la República, disponible en <http://bibliotecadigital.tamaulipas.gob.mx/archivos/descargas/e6588f5c636c2362019e4bcaa18a50520d04954d.pdf>.

constitucional y se perfila a la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) como un órgano garante e independiente, con amplias facultades para sancionar prácticas anticompetitivas que lesionan intereses relacionados con el consumo y el desarrollo económico nacional.

El Plan Estratégico 2014-2017 de la COFECE propone, en su Objetivo III, contribuir al crecimiento económico y al bienestar de la sociedad a través del impulso a la libre competencia en los mercados. El vínculo entre competencia, crecimiento económico y bienestar social son muy estrechos en los compromisos de regulación nacional.

Núñez sostiene que “[...] el rol de la política de competencia, más allá de su objetivo esencial de beneficiar a los consumidores, mediante precios más bajos, mayor calidad y variedad de bienes, debe ser el de apoyar las políticas orientadas al crecimiento y bienestar social.”⁴ Las políticas públicas, todas, tienen en su objetivo central conseguir esta meta, aunque todas llegan por caminos diferentes. En el tema de competencia es imprescindible tomar en cuenta las necesidades de la población y construir andamios jurídicos y regulatorios que consoliden al desarrollo económico, pero sin perder de vista el respeto permanente de los derechos humanos, que pueden verse afectados con regímenes monopólicos, pero que encuentran, por otro lado, oportunidades de crecimiento con leyes y políticas que promuevan la libre competencia y concurrencia de actores económicos de cualquier naturaleza.

Derechos humanos frente a derechos económicos

La reforma constitucional de 2011, además de posicionar a los derechos humanos en un nivel superior, consiguió hacer del artículo 133 una norma constitucional obsoleta para efectos prácticos. La jerarquía normativa, cuando se habla de derechos humanos, es distinta de la que se emplea bajo estándares legales o convencionales de otra naturaleza.

El conjunto de tratados internacionales sobre derechos humanos que forman parte ahora de la cúspide normativa mexicana es enorme, pero lo es más la complejidad que representa no tener la certeza del número exacto de convenios y de normas independientes con carácter de derechos humanos incluidas en convenios que no son originalmente de esta naturaleza.

Los derechos humanos son muchos y son de naturaleza variada. Su número y carácter jerárquicamente inexacto son el escenario perfecto para la interpretación subjetiva, e incluso deficiente por parte de autoridades nacionales y de jueces y árbitros internacionales.

Pero ¿hay derechos humanos económicos? Es preciso partir de la idea de que todo aquello que tiene relación con el ser humano es derecho humano, no sólo por su intervención sino porque puede ser exigible. Los derechos económicos son exigibles bajo determinadas circunstancias, pero bajo otras no. Puedo exigir que se me pague el salario que devengué por trabajo realizado, pero no puedo exigir que se me contrate en

⁴Javier Núñez Melgoza, *op. cit.*

cualquier momento para desempeñarlo. Puedo exigir que se me otorgue la mercancía que he comprado, mas no puedo exigirla en condiciones de desabasto.

Los derechos económicos son exigibles siempre que no existan distorsiones o condiciones irregulares del mercado y de la sociedad en general. Es por ello que siempre que se intenta confrontar derechos económicos con derechos sociales, éstos se perciben generalmente por encima de aquéllos.⁵ Los estímulos sociales cambian bajo muy variadas circunstancias y con esto determinan las condiciones imperantes en el ámbito económico, de la misma forma que ante crisis económicas algunos derechos sociales se vuelven menos exigibles. En circunstancias de crisis económica no puede exigirse mayor inversión para garantizar mejor transporte, vivienda, servicios de salud o de educación, aunque derechos como la vida, la salud o la seguridad mantienen su vigencia ya que difícilmente los gobiernos sacrifican lo poco con lo que cuentan para devaluar estos valores sensibles de la sociedad.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha reconocido en ciertos derechos económicos derechos humanos que gozan de protección en los términos que cualquier otro de esa misma naturaleza. Así lo expresa el siguiente criterio:

Consumidor o usuario de servicios financieros. El acceso al mercado en condiciones de libre competencia y concurrencia, es un derecho humano protegido por el artículo 28, párrafos primero y segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El artículo 28, párrafos primero y segundo, de la Constitución Federal que reconoce un derecho humano del consumidor que tiene diversas facetas, pues por un lado establece una prohibición de existencia de monopolios, prácticas monopólicas, estancos y exenciones de impuestos, así como las prohibiciones a título de protección a la industria, en los términos previstos por las leyes. Por esa razón, se dispone que la ley castigará severamente y que debe ser perseguido con eficacia por las autoridades, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social. *Con esa prohibición, lo que se reconoce implícitamente es un derecho humano de la persona en su vertiente de consumidor frente al abuso de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que impidan la libre competencia y la libre concurrencia en el mercado que tenga como finalidad generar una ventaja en perjuicio de las demás personas, determinadas o indeterminadas.* Es decir, el Constituyente parte del hecho de que existe una desigualdad en el mercado que es necesario atemperar y sobre todo que debe protegerse al consumidor como una parte débil de la relación económica ante la situación de escasez de bienes o servicios o de claro predominio de los proveedores

⁵Aunque la Corte Interamericana ha dejado muy claro este punto cuando expresó: “Habrà ocasión, pues, de subrayar de nueva cuenta la jerarquía de esos derechos (económicos, sociales y culturales), que no tienen menor rango que los civiles y los políticos. En rigor, ambas categorías se complementan mutuamente y constituyen, en su conjunto, el “estatuto básico” del ser humano en la hora actual”, caso “Cinco pensionistas vs. Perú” (28 de febrero de 2003), pp. 142-143.

de servicios o propietarios de bienes o mercancías, que implique una afectación a su patrimonio como producto de esa relación asimétrica o desigual.

Décima Época, libro XIV, noviembre de 2012, tomo 3, Tesis aislada I.3º.C. 51 C (10a.) del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, p. 1848.

Por otra parte, la defensa de derechos económicos se relaciona estrechamente con la seguridad jurídica. Lo económico es algo que los teóricos jurídicos más serios están dispuestos a sacrificar en un escenario de confrontación de derechos, una premisa que se complica cuando en la defensa de estos derechos económicos se interpone la violación de derechos procesales. Un ejemplo de esto es el derecho de propiedad. La propiedad es algo relativo ya que puedo tener título de mi casa pero ello no impide que pueda ser expropiada bajo criterios legales específicos. Lo anterior significa que la propiedad es algo que puede sustraerse si hay intereses superiores que avalen su deterioro. Pero, aunque existan intereses superiores como construir una autopista que conecte dos poblaciones gracias a que pasaría por el lugar en el que está construida mi casa, cualquier falla procesal que me deje en estado de indefensión jurídica podría ser suficiente para impedir (con el aval correspondiente del tribunal) su construcción, aunque existan derechos superiores al mío de propiedad.

Desde otra perspectiva siguiendo con el tema de la expropiación, ésta se presenta cuando hay intereses superiores al particular, pero no por esta subordinación jurídica se destruye una en beneficio de la otra, todo lo contrario, lo que sucede es que el derecho de propiedad simplemente se transforma de ser un título de propiedad a ser ahora, después de la indemnización correspondiente, una cuenta bancaria con el monto de esta indemnización gubernamental.

Más importante que la expropiación por sí misma es lo que hace relevante su decisión. Las políticas públicas y su regulación, que son en el fondo motivaciones reales que determinan aquellos valores supremos de toda sociedad en cada momento, son además las guías jurídicas y políticas de cualquier gobierno para garantizar la protección de ciertos derechos y establecer parámetros de compensación ante la erosión de otros que se determinan como inferiores bajo el mismo contexto de tiempo y lugar.

Desde esta perspectiva se ha cuestionado en algunas ocasiones el hecho de que las empresas sean titulares de derechos humanos, a lo que la SCJN ya ha reconocido que las personas morales tienen derechos, aunque sólo en la medida en que tales derechos resulten necesarios para la consecución de sus fines y la protección de su existencia e identidad, así como el libre desarrollo de sus actividades.⁶ Esta decisión, antes que resolver la pregunta inicial, deja muchas más preguntas en el camino y confronta la arraigada opinión de Ferrajoli sobre la duda de que la propiedad sea un derecho humano. Para este autor hay diferencia entre los derechos fundamentales y los patrimoniales, ya que los primeros son universales, indisponibles, inalienables, invio-

⁶Alejandra Medina Mora F., Pedro Salazar Ugarte y Daniel Vázquez, *Derechos Humanos y Restricciones. Los dilemas de la justicia*, Porrúa-UNAM, México, 2015, p. 79 y nota a pie 83 (Contradicción de tesis 360/2013, basada en los criterios sustentados por el Segundo Tribunal en Materia Administrativa del Cuarto Circuito (Tesis aislada IV.2º.A.30 K [10a.]) y el diverso emitido por el Segundo Tribunal en Materia Administrativa del Séptimo Circuito (Tesis aislada VII.2º.A.2 K [10a.])).

lables, intransigibles y personalísimos, a diferencia de los derechos patrimoniales que están sujetos a vicisitudes que pueden constituirlos, modificarlos o extinguirlos por medio de actos jurídicos.⁷ Existen, no obstante este criterio, opiniones que dan mayor peso al derecho de propiedad como derecho humano, aunque evitando el conflicto con otros derechos humanos claramente superiores.

Por ejemplo, Herdegen considera de forma similar a lo que sucede respecto de la protección de los derechos fundamentales en el plano constitucional, que la protección internacional de los derechos humanos no se limita a la estrecha esfera privada, sino que también se extiende a la actividad empresarial. Sin embargo, la influencia de los “derechos humanos clásicos” sobre la vida económica aún no se reconoce hoy en día en toda su extensión.⁸ En mi opinión, no creo que el tiempo esté acercando este reconocimiento, más por el contrario.

La tentación de caer en el debate innecesario de jerarquizar derechos humanos con derechos económicos, en donde siempre salen vencedores los primeros, hace del análisis jurídico algo que poco contribuye a la construcción de una sociedad de mayores libertades en la que se busca fortalecer el estado de derecho. La tendencia de suprimir a toda costa los derechos económicos que entran en conflicto con derechos individuales o intereses sociales debería de ceder su espacio a un debate más serio sobre la armonización de posturas. Del mismo modo, la protección de derechos individuales como de derechos colectivos tendría que buscar soluciones menos en pro de la jerarquía y más hacia el acercamiento de sus intereses.

Así lo expresó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) cuando argumentaba que “Ni los derechos colectivos de la comunidad se confunden con los de sus integrantes, ni los derechos individuales de éstos se absorben o resumen en aquéllos [...] No existe conflicto entre ambos, sino concurrencia y mutua dependencia. Finalmente, la vida colectiva se instala en la vida individual, y esta misma adquiere tono y calidad en el marco de la existencia colectiva”.⁹

La propiedad privada se ha reconocido como un derecho humano desde hace mucho tiempo ya, pero poco a poco ha ido perdiendo peso frente a otros derechos y una de las razones principales es esta que se menciona, la que lo confronta con otros derechos. El libre desarrollo de la personalidad, explica Herdegen, presupone las condiciones materiales para la realización del proyecto de vida individual; aquí radica el significado del derecho a la propiedad privada como derecho humano. Sin embargo, en el Derecho consuetudinario internacional tradicional sólo se protege la propiedad privada de los extranjeros.¹⁰

Es precisamente en este punto en donde hay que tener mucho cuidado. La defensa de los derechos humanos, especialmente de aquellos en los que se ve involucrada

⁷*Ibid.*, p. 82.

⁸Matthias Herdegen, *Derecho Económico Internacional*, UNAM-Konrad Adenauer Stiftung y Universidad del Rosario, Colombia, 2012, p. 117.

⁹Sergio García Ramírez, Votos particulares en la Corte IDH, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2014, caso “Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala” (19 de noviembre de 2004. Reparaciones), p. 193.

¹⁰Herdegen, *op. cit.*, p. 117.

la propiedad, mientras reciben un trato subordinado en tribunales y cortes nacionales, al igual que en instancias internacionales de derechos humanos, reciben por otra parte un trato distinto cuando se defienden en tribunales comerciales o de inversión, que han proliferado en las últimas décadas.

Con todo esto, lo que quiero decir es que la defensa de estos derechos de propiedad, más allá de que se les dé el tratamiento o no de derechos humanos, están defendiéndose en instancias judiciales nacionales al mismo tiempo que en tribunales especializados en derechos humanos, pero de igual manera en arbitrajes de inversión internacionales¹¹ en donde un laudo condenatorio al Estado ha de ser visto como una decisión internacional que autoridades administrativas o judiciales de este Estado deberán de cumplir, más allá de su ponderación con otros derechos. De ahí la necesidad de armonizar la protección jurídica al más alto nivel y desde una perspectiva multifocal.

Sólo para completar esta idea, sirva la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso “Cinco pensionistas *vs.* Perú” (28 de febrero de 2003), que sobre el tema de subordinación o no de derechos, expresó que “Habrá ocasión, pues, de subrayar de nueva cuenta la jerarquía de esos derechos (económicos, sociales y culturales), que no tienen menor rango que los civiles y los políticos. En rigor, ambas categorías se complementan mutuamente y constituyen, en su conjunto, el “estatuto básico” del ser humano en la hora actual. El Estado, comprometido a observar sin condición ni demora los derechos civiles y políticos, debe aplicar el mayor esfuerzo a la pronta y completa efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, disponiendo para ello de los recursos a su alcance y evitando retrocesos que mermarían ese “estatuto básico”.¹²

Respecto de la primacía de los derechos humanos por encima de los derechos de inversión, también existen precedentes que definen este conflicto a favor de los derechos humanos, lo cual no resuelve el problema en última instancia. La Corte Interamericana lo ha resuelto así: “En el asunto Sawhoyamaya, la Corte Interamericana de Derechos Humanos abordó la relación entre la protección convencional de los derechos humanos y los acuerdos de protección de inversiones, constatando la primacía de los derechos humanos”.¹³

Este precedente, aplicado así sin mayor argumento, deja pocas dudas a la discusión. Sin embargo, la afectación que se hace de derechos de inversión, por más subordinados que estén respecto de otros derechos, deja siempre al reclamante con la posibilidad de obtener la indemnización correspondiente por el daño, aunque el reclamante quede impedido de salir adelante con su pretensión. Es decir, el inversionista demandante puede y debe ser indemnizado con total independencia de que el tribunal de inversión reconozca en la defensa del Estado un argumento sólido respecto de derechos humanos

¹¹Aunque la defensa de estos derechos puede transformarse en defensa de derechos procesales, como denegación de justicia, faltas al debido proceso que, siendo derechos humanos procesales, en última instancia defienden a la propiedad, en una clara desviación de un derecho por otro.

¹²Sergio García Ramírez, *op. cit.*, pp. 142-143.

¹³Mathias Herdegen, *op. cit.*, p. 120. Nota 325. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaya *vs.* Paraguay”, serie C, vol. 146 (2006), apartado 140.

al expropiar. Gana el Estado impidiendo la realización o continuación de la inversión, pero ello no impide la indemnización correspondiente.¹⁴

Competencia económica y desarrollo

La competencia forma parte del quehacer cotidiano de países y empresas en casi todo el mundo. Competir requiere de estrategia, de inversión, de innovación para las empresas, en tanto que para los gobiernos refleja control, orden y planeación de sus políticas públicas. En un escenario de comercio global como el que tenemos, la competencia juega un papel preponderante para el crecimiento y la estabilidad.

La competencia, dice Godfrey, proporciona a las empresas incentivos permanentes para hacer más eficiente su producción y distribución, para adoptar mejor tecnología, y para innovar. Estas fuentes de mejora en la productividad repercuten en crecimiento y en reducción de la pobreza.¹⁵

La competencia cumple con la función de generar equidad entre empresas, fomentar la actividad empresarial y la eficiencia, pero también proporcionar al consumidor más opciones de elección, disminuir los precios de productos y servicios, así como mejorar su calidad.

En un ambiente de libre competencia, las empresas realizan su actividad también bajo criterios de competitividad, lo que significa que deben de esforzarse para obtener mayor presencia comercial y preferencia de los consumidores, por encima de sus competidores. Esta “guerra” comercial que nace de manera irremediable cuando se crean reglas equitativas para competir es el escenario que aprovechan las empresas para acaparar mercados nacionales y globales, y se ha convertido en el objetivo (obsesión en algunos casos) de muchas corporaciones nacionales y multinacionales.

El gran temor de quedar a la zaga o quizá eliminados en la competencia, es actualmente el nombre del juego, se le denomina generalmente tener “presencia comercial”. Nadie quiere ser desplazado por sus competidores y para ello, las empresas son capaces de hacer muchas maniobras, algunas de ellas no muy loables para mantenerse en lugares de privilegio que les reporten alza en sus acciones, contratos gubernamentales jugosos, entre otros beneficios. Desplazar a sus competidores se ha convertido, sin duda, en un objetivo tan legítimo como el de obtener ganancias.

En este sentido, como dice la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), “la competencia es la “supervivencia del más apto” y por ello puede decirse que la competencia mata a la competencia”.¹⁶ Lo cual es en estricto

¹⁴ Así lo resolvió el tribunal del CIADI, en el caso “Compañía del Desarrollo de Santa Elena, SA vs. Costa Rica”. CIADI, 2000. El tribunal consideró que el propósito de una expropiación, sin importar lo plausible que sea, no altera su carácter de expropiación, por lo que debe de ser indemnizada.

¹⁵ Godfrey, Nick. *Why is Competition Important for Growth and Poverty Reduction?* VII Global Forum on International Investment (OECD 2008), disponible en <http://www.oecd.org/investment/globalforum/40315399.pdf>.

¹⁶ UNCTAD, “La relación entre la competencia, la competitividad y el desarrollo”. Nota de exposición de problemas preparada por la secretaría. Documento: TD/B/COM.2/CLP/30, del 23 de mayo de 2002.

sentido cierto, aunque el concepto es llevado al extremo porque no es la regla general que una empresa desplace irremediablemente a las demás menos poderosas. El gobierno de cada país tiene la responsabilidad de que al aplicar las leyes y establecer regulaciones, se logre el sano equilibrio en beneficio del desarrollo económico. Cómo lograrlo, al flexibilizar las barreras legales y regulatorias a la entrada y a la salida de inversiones, al fortalecer el estado de derecho y la seguridad, combatiendo la corrupción, así como al generar políticas públicas que tengan sentido, enfocadas hacia el desarrollo, no al proteccionismo y al fortalecimiento de los monopolios naturales del Estado.

Cuando las empresas reportan pérdidas tienden a disminuir su inversión en innovación; esto generalmente se substituye con recortes en gastos, recortes salariales, de personal, además de medidas de sacrificio que, con la complicidad de gobiernos corruptos y al margen del cumplimiento de la ley, están asociadas con el demérito de valores supremos como el medio ambiente y el respeto de los derechos humanos.

La competencia pues, como valor social, asociada con el objetivo de competitividad empresarial, no las hace necesariamente aliadas del desarrollo nacional, claro que pueden serlo, pero ello depende de factores que no están a su alcance en todo momento. Las variaciones del mercado, las alianzas estratégicas, las crisis económicas, el desabasto y los cambios frecuentes del comportamiento del mercado —de los consumidores en especial (i.e modas)—, son algunos de los factores que determinan el aumento o la disminución del valor de una compañía en los mercados globales.

Al Estado le corresponde fomentar escenarios de competencia para generar condiciones más favorables para sus consumidores nacionales, desde una perspectiva básica de la competencia, aunque no debemos olvidar que el Estado también tiene intereses, y fortalecer a sus empresas nacionales es uno muy importante para cualquier gobierno; en tanto que las empresas buscan no perder espacios de privilegio en estos mercados y para ello hacen uso de sus estrategias de mercado, también por hacerse socios del gobierno en turno, de ahí la gran relevancia de las compras gubernamentales como política comercial internacional.¹⁷ Visto así de simple, buscar estrategias favorables para gobiernos y empresas podría no ser tan complicado. Pero lo que no debemos olvidar es que el Estado también tiene obligaciones (cada día más) con respecto a la comunidad internacional que le determinan su actuar y hacen que los escenarios comerciales queden subordinados a intereses y valores superiores.

Sobre la importancia de las compras gubernamentales para fortalecer la competencia, el preámbulo de la Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre la contratación pública, de 2011, indica que uno de los principales objetivos de la contratación pública es “Proveer la competencia entre proveedores o contratistas en orden al suministro del objeto del contrato adjudicable”.¹⁸

¹⁷El Acuerdo sobre Compras del Sector Público, de la OMC, es uno de los esfuerzos más recurrentes para lograr que la competencia no sólo sea tarea de las empresas, sino un objetivo más del Estado para lograr el desarrollo económico. México no es suscriptor de este Acuerdo, aunque sea Miembro fundador de la OMC.

¹⁸UNCTAD. “La política de la competencia y las adquisiciones del sector público”. Nota de la Secretaría. Documento: TD/B/C.I/CLP/14, del 27 de abril de 2012, p. 6.

Siendo el gobierno el principal contratista de un país, es lógico pensar que las empresas e inversionistas nacionales y extranjeros busquen por todos los medios ser sus clientes. Si el gobierno le da poder a empresas dominantes, que se coluden entre sí para venderle a precios mayores de lo normal, se producen distorsiones comerciales, con lo que no se podría esperar un orden jurídico equitativo en dicho país. Este escenario es propicio para la corrupción y el desarrollo de monopolios y prácticas afines.

Empresas que logran posicionarse como altamente rentables y socialmente responsables tienen la ventaja comparativa respecto de sus competidoras que buscan obtener lugares residuales en zonas comerciales que no acaparan las empresas modelo; pero también hay otras que se saben fuera del mercado preferencial, que se reconocen incapaces de ser competitivas con respecto a las anteriores, y buscan sacrificar calidad, al tiempo que operan al margen de la ley (con productos pirata, contrabando, corrupción), sacrificando innovación y sin otorgar garantías de calidad a sus productos, pero que siguen teniendo un mercado cómodo que les brinda ganancias y presencia comercial en mercados negros en donde los gobiernos no han sido capaces de combatir ni siquiera con la ley en la mano.

Por lo que toca a la relación entre competencia económica y derechos humanos, entiendo que si la competencia es una herramienta para lograr mayores beneficios a la sociedad, su buen logro repercutirá necesariamente en la consecución de los objetivos centrales de cualquier Estado. Es decir, un escenario de competencia que logre disminuir los precios de muchos productos indispensables para satisfacer necesidades básicas de la población, será al mismo tiempo una política exitosa para lograr que derechos humanos básicos como la alimentación, salud, transporte, entre otros, sean alcanzados y el Estado se perciba garantista de estos derechos.

Por el contrario, las fallas del Estado para alcanzar estos objetivos básicos de la población se percibirán necesariamente como detonadores de violaciones de derechos humanos. La falta de una buena construcción de políticas de competencia que derivan en el establecimiento de cárteles económicos que controlan precios, calidad, redes de producción y de distribución, que impiden innovación, que pagan bajos salarios y no dan prestaciones mínimas de ley, es un reflejo de violación por omisión del Estado respecto de derechos humanos. Digo detonadores porque las fallas del Estado en la protección de derechos humanos no siempre son el resultado de una acción u omisión concreta, sino la suma de fallas en leyes, políticas públicas, abusos o negligencias de sus autoridades que, todas juntas, hacen de estos derechos humanos algo inexistente o indefendible bajo estándares normales.

La competencia económica vista de manera independiente no es garante de derechos humanos, pero sin duda es un precursor de gran relevancia para su defensa, al igual que sus fallas lo son para el deterioro de los mismos. Una parte muy importante de las leyes y políticas públicas en materia de competencia que fortalecen o debilitan a los derechos humanos en una sociedad global como en la que vivimos, radica en su congruencia y armonización. La construcción de estos derechos desde la instancia nacional no puede ser suficiente porque ningún país es tan autónomo que sus instrumentos jurídicos y políticos sean capaces de dar solución a problemas globales.

Para García Ramírez “el tema no se resume en la mera existencia de un deber a cargo del Estado, que deberá orientar sus tareas en el sentido que esa obligación establece, teniendo a los individuos como simples testigos a la expectativa de que el Estado cumpla el deber que le atribuye la Convención (Americana de Derechos Humanos). Esta constituye una normativa sobre derechos humanos, precisamente, no apenas sobre obligaciones generales de los Estados”.¹⁹

Esta premisa, como base, dispone que una vez que un derecho entra en la esfera de protección de derechos humanos, tiene que protegerse y no sólo analizarse desde la perspectiva del cumplimiento o no del Estado respecto de sus obligaciones. Es por ello que tendría que analizarse de forma más amplia cuando la deficiente regulación estatal que permite o tolera monopolios y demás prácticas de distorsión del mercado, es generadora en mayor o menor medida, de violaciones a derechos amparados por los convenios sobre derechos humanos. En cuyo caso tendría que atacarse la causa y no sólo el efecto que derive en la sanción correspondiente.

La competencia pues, es una plataforma para el desarrollo, una garantía de que los avances o retrocesos en materia económica no estarán influenciados por distorsiones creadas por intereses cuyo único propósito sea el beneficio individual. La tarea del Estado en esta materia consiste específicamente en garantizar que los actores económicos no pierdan de vista el desarrollo y se abstengan de propiciar condiciones adversas que impidan que el Estado realice su tarea de proveer a la población de bienes y servicios en las mejores condiciones de mercado posibles (especialmente si se trata de bienes y servicios de consumo básico para la sociedad). Por lo mismo, las autoridades estatales tienen también la obligación y para ello están las buenas leyes y políticas públicas, para no constituirse en aliadas de empresas que buscan el beneficio económico máximo sin tomar en cuenta los objetivos prioritarios de satisfacción de necesidades sociales.

Sin duda, una eficiente regulación sobre el tema que tome en cuenta los derechos económicos como la propiedad, pero que coloque en el centro al desarrollo económico y la protección de derechos humanos, individuales o gremiales, tendría que repercutir en buenos resultados para ambas vías: la competencia de empresas eficientes con ganancias en un mercado abierto como el nuestro, al tiempo que la satisfacción de necesidades indispensables, aunque también de cualquier otro tipo para la gran variedad de consumidores y usuarios de servicios públicos y privados.

En suma, se requiere que haya competencia porque un país no puede satisfacer todas las necesidades de su población. Al permitir que actores privados se involucren proveyendo de mercancías y servicios, básicos y no, se logra que estos factores económicos lleguen a todos los rincones del país. Sin competencia, los canales de producción y de distribución estarían viciados por precios altos, mala calidad, falta de interés de las compañías de llegar a zonas de difícil acceso, todo ello conlleva afectación especialmente de los sectores menos favorecidos, como las comunidades rurales.

¹⁹García Ramírez, *op. cit.*, p. 143.

Criterio diferenciado para valorar la competencia frente al desarrollo y los derechos humanos

La competencia, o su ausencia, no se debe medir de igual manera en todas las mercancías y en todos los servicios, como tampoco podemos colocar a todas las sociedades en el mismo criterio de análisis, pues en estas diferencias está nuestra capacidad para entender su vinculación o no con los derechos humanos. Por ejemplo, no puede tener el mismo efecto la falta de competencia en artículos de piel importados, de alto precio y que satisfacen exclusivamente necesidades artificiales de gente cuyo principal criterio de compra es la marca y no el precio, como tampoco los servicios de gran turismo, a los que sólo puede acceder un grupo selecto en cada país. En ambos casos, la falta de competencia seguro conlleva todos los vicios inherentes a ella, pero al final, los que estaban dispuestos a adquirir mercancías y servicios a precios excesivos, lo estarán de cualquier forma con mayores precios o con un solo distribuidor, ya que su obtención es símbolo de estatus social, son productos y servicios codiciados en cualquier sociedad del mundo. Por lo mismo, promover su competencia sería incluso contraproducente en sectores sociales y económicos que privilegian la exclusividad, antes que la disponibilidad.

Por otro lado, la falta de competencia en productos indispensables para la satisfacción de necesidades básicas y de supervivencia como comida, vestido (no lujoso), salud, vivienda, así como servicios básicos como agua, luz, salud, educación (¿Internet?), etcétera, deriva en afectaciones personales que trascienden a lo meramente económico, pues su carencia produce otros males que pueden involucrar otros valores como la vida, la seguridad, la comunicación o la estabilidad en el empleo. Véase como ejemplo lo que sucede en Venezuela en estos días. El hecho de que no se pueda producir Coca-Cola²⁰ por la falta de producción de azúcar o la local cerveza “Polar” por escasez de producción de malta, no pueden verse como carencias básicas porque la Coca-Cola y la cerveza no lo son en sí mismas, pero la incapacidad para producir azúcar y malta es un tema delicado, ya que no poder producir materias primas para muchos alimentos podría derivar, además de en efectos económicos adversos, en crisis laborales derivadas de despidos. Aunque estos productos no sean parte de la dieta básica recomendable, su desabasto puede ser también un detonante muy poderoso de descontento social, la gota que derrame el vaso de la paciencia ciudadana que ve cómo se deteriora su calidad de vida paulatinamente. La competencia en mercados abiertos tiene el efecto benéfico de evitar estas crisis derivadas del desabasto, de construir canales de producción y de distribución suficientes y permanentes (bajo condiciones de mercado regulares) que permitan que tanto productos y servicios lleguen a buen precio y con calidad a los consumidores, pero en una sociedad autoritaria, en la que no existe confianza para invertir porque las medidas gubernamentales son predatorias de estos intereses comerciales, la competencia sólo es un tema de análisis académico.

²⁰Sobre esta nota reciente, disponible en <http://expansion.mx/economia/2016/05/24/coca-cola-detiene-su-produccion-en-venezuela-por-falta-de-azucar>.

El escenario de falta de competencia puede derivar en excesos como los de Venezuela en donde se está cerca ya de una crisis alimentaria, derivada especialmente de políticas públicas desastrosas, de gobiernos corruptos y autoritarios en donde se ha maltratado a inversionistas extranjeros propiciando su salida del país, al tiempo que los inversionistas nacionales, al no poder emigrar como los extranjeros, se convierten en el colchón del fracaso gubernamental, con muy pocas opciones económicas y sin capacidad para satisfacer la demanda nacional. En este contexto, bien valdría el esfuerzo de analizar aquellas empresas que seguramente se están beneficiando de esta situación y que, con la complicidad del gobierno, fortalecen con la crisis su posición dominante y monopólica interna.

Pero mi punto consiste en que, sin dejar de pensar que la falta de competencia necesariamente conlleva efectos negativos, en algunos casos su reflejo no tiene efectos contundentes en el grueso de la población, mientras que en otros sus impactos son devastadores para la sociedad. Con efectos tan distantes, la regulación sobre competencia tendría que ser igualmente variada y dar su justa dimensión a cada una de las medidas que se adopten.

Visto así, por ejemplo, la falta de competencia en espacios de radiodifusión podría percibirse como un ataque a la libertad de expresión que, en cualquier sociedad civilizada, es un claro ataque a las libertades ciudadanas, aunque podría no tener mayores efectos que la insatisfacción social. Pero si se toma este acto bajo circunstancias diferentes, en los que la comunicación resulta en un insumo vital de determinadas comunidades, el efecto tendría que ser distinto. El caso que decidió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (TEDH) por el que se pronunció porque “el monopolio de la radiodifusión ejercido por la emisora estatal austriaca, y la prohibición de establecimiento y funcionamiento de estaciones privadas de radio y televisión, son incompatibles con el Artículo 10 del CEDH”,²¹ es tan sólo un ejemplo de la cercanía entre derechos económicos y derechos humanos. La correcta dimensión de ciertos derechos como derechos humanos cambia radicalmente los efectos de una sentencia, bajo circunstancias específicas y le da una connotación muy distinta de la que podría darse bajo contextos sociales o culturales distintos.

Como resultado de lo anterior, creo que las leyes tendrían que atacar la falta de competencia genérica, sin importar sus efectos, mientras que las políticas públicas tendrían que hacer patentes estas diferencias y aplicar las medidas proporcionales a los efectos negativos que tienen en los diferentes sectores económicos, sociales, políticos, culturales de cada país. De ahí la urgencia de poner mucho énfasis en la construcción y actualización de políticas públicas más equitativas, ya que las leyes tienen el déficit de tener que seguir procedimientos más largos y complicados para adaptarse a las necesidades sociales y económicas de una población.

Una política diferenciada sería más congruente con la defensa de los derechos de quienes más lo necesitan en una comunidad. Con medidas diferenciadas es como se pone

²¹ Matthias Herdegen, *op. cit.*, Nota 314. Sent. TEDH, caso “Informationsverein Lentia vs. Austria”, Serie A, *Human Rights Law Journal* 15/1994, pp. 36 y ss.; EuGRZ 1994, pp. 549 y ss.

el acento en temas como el desarrollo económico y la protección de derechos humanos. La competencia económica tendría que ser una herramienta del Estado que contribuya a reducir las asimetrías de una sociedad nacional y mundial a todas luces desigual y con perspectiva de ampliar esta brecha en perjuicio de la mayoría menos favorecida.

Reflexión final

Insisto, mayor competencia no es la solución a problemas como la pobreza, la desigualdad, la falta de desarrollo y la violación de derechos humanos, pero sin duda, su buen funcionamiento es un factor indispensable para detener su deterioro y, en condiciones de paz social y de estabilidad económica relativa, se convierte en un impulso renovador y un motor del bienestar económico, político y social.

A mayor competencia, mayor capacidad de desarrollo económico, menores precios, más innovación y así, muchas de las necesidades inherentes a un mercado competitivo. En varias ocasiones se ha discutido sobre si los gobiernos, al lograr sus objetivos de crecimiento, entre otros, son competitivos al igual que las empresas. Me quedo con la opinión de Krugman²² en el sentido de que cuando decimos que una empresa no es competitiva, queremos decir que su posición de mercado es insostenible, que a menos que mejore su funcionamiento, dejará de existir. Los países, por otro lado, no cierran. Pueden ser felices o infelices con su situación económica, pero no tienen una línea de flotación bien definida. Como resultado, el concepto de competitividad nacional es engañoso.

Pero, en cuanto a derechos humanos, no le corresponde al Estado solamente respetarlos, sino promoverlos, avanzar en su protección multinivel. No hay duda de que en un país con graves deficiencias económicas, políticas y sociales, es imposible hacer de esta protección algo eficiente. Una sociedad en la que se estimula la competencia económica es al mismo tiempo una sociedad en la que se puede desarrollar con libertad el crecimiento y la concurrencia de productores y distribuidores para satisfacer las necesidades comerciales de un país. Sólo en un escenario como este será posible hacer del éxito comercial y del desarrollo económico, un garante del impulso al fortalecimiento de los derechos humanos del Estado.

Los derechos humanos siempre serán mayormente protegidos en un ambiente de estabilidad económica. Cuando falla lo económico, no tarda en fallar lo social y lo político. En un Estado fallido es imposible hablar de derechos humanos. El vínculo entre todas estas materias, como eslabones de una cadena, es la mejor política estatal y el mejor estado de derecho que podría lograrse. Es por ello que debemos de dejar de hablar de ambos derechos (económicos y derechos humanos) como si fueran antagónicos, como si cada vez que se crucen debiéramos poner la barrera de la jerarquía. Ambos derechos son parte fundamental de una sociedad funcional en la que no queremos que triunfen unos sobre otros como si se tratara del bien sobre el mal. Por el

²²Paul Krugman, *El internacionalismo moderno*, Crítica, Barcelona, 2005, p. 17.

contrario, su capacidad para funcionar de manera armonizada es la mejor muestra de que un país se encamina hacia el desarrollo.

Bibliografía

- COFECE, *Plan Estratégico 2014-2017*, actualizado al 9 de abril de 2015, disponible en www.cofece.gob.mx (consultado el 30 de abril de 2016).
- Competencia, *Comprender las políticas de la Unión Europea*, disponible en http://europa.eu/pol/index_es.htm. Texto original actualizado en noviembre de 2014. (Consultado el 30 de abril de 2016).
- Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre países de América Latina y el Caribe (1989-2004)*. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Representación Regional para América Latina y el Caribe. Santiago de Chile. ISBN: 956-299-504-6, disponible en http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/CESCRCompilacionGC_sp.pdf (consultado el 15 de abril de 2016).
- Constitución Política de 1917. *Diario de los Debates. Congreso Constituyente de Querétaro 1916-1917*, tomo II, Edición Facsimilar, Cámara de Diputados, LXIII Legislatura. México, 2016, pp. 237-239.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), caso “Comunidad Indígena Xákmok Káser vs. Paraguay”, sentencia de 24 de agosto de 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Granier y Otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela”, sentencia del 22 de junio de 2015.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional*, Porrúa-UNAM, México, 2015.
- FURLAN, Fernando M. *Derechos fundamentales e intereses difusos: Inviolabilidad de Comunicaciones Telefónicas y Principio de la Libre Competencia —Una Perspectiva legal y jurisprudencial desde Brasil*, disponible en unctad.org/Sections/dite_ccpb/docs/dite_ccpb_rpp2015d01_Furlan_es.pdf (consultado el 22 de abril de 2016).
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Votos particulares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2014.
- GODFREY, Nick, *Why is Competition Important for Growth and Poverty Reduction?* VII Global Forum on International Investment (OECD 2008), disponible en <http://www.oecd.org/investment/globalforum/40315399.pdf>
- HERDEGEN, Matthias, *Derecho Económico Internacional*, UNAM-Konrad Adenauer Stiftung y Universidad del Rosario, Colombia, 2012.
- Impacto de la Reforma en Competencia. Análisis del Marco Regulatorio y Fortalecimiento Institucional. Secretaría de Economía. Comisión Federal de Mejora Regulatoria. (consultada el 15 de mayo de 2016), disponible en http://www.cofemer.gob.mx/varios/adjuntos/2016.02.09/Diagnosticos_ASF/2_Stre/7_Diagnostico_COFECE.pdf.
- KRUGMAN, Paul, *El internacionalismo moderno*, Crítica, Barcelona, 2005.
- MEDINA MORA F., Alejandra, Salazar Ugarte, Pedro y Vázquez, Daniel, *Derechos Humanos y Restricciones. Los dilemas de la justicia*, Porrúa-UNAM, México, 2015.

NÚÑEZ MELGOZA, Javier, *Competencia económica, un derecho fundamental*, Mensaje en el portal de la Comisión Federal de Competencia Económica, disponible en www.cofece.gob.mx (consultado el 30 de abril de 2016).

POLANYI, Karl, *La gran transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*, FCE, 2a. ed. (2003), tercera reimpresión, México, 2012.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), aprobado el 17 de noviembre de 1988. Vinculación y entrada en vigor para México: 16 de abril de 1996. Ratificación.

UNCTAD. “La relación entre la competencia, la competitividad y el desarrollo”. Nota de exposición de problemas preparada por la secretaría. Documento: TD/B/COM.2/CLP/30, del 23 de mayo de 2002.

———, “La política de la competencia y las adquisiciones del sector público”. Nota de la Secretaría. Documento: TD/B/C.I/CLP/14, del 27 de abril de 2012.

———, “Abuso de la posición dominante”. Informe de la Secretaría. Documento: TD/B/COM.2/CLP/66, del 21 de mayo de 2008.

WTO. “Competition Policy and Poverty Reduction: A Holistic Approach”, Documento del 20 de febrero de 2013. En: www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201302_e.pdf. Consultado el 26 de abril de 2016.

El análisis constitucional de la propiedad intelectual

La propiedad intelectual (o derecho intelectual, para ser más precisos) es una disciplina jurídica que estudia la regulación que hace el derecho respecto de varios bienes intangibles o inmateriales, tales como marcas, obras intelectuales, invenciones, etcétera.

Si bien, como en el caso de toda disciplina jurídica, hay un nexo necesario entre la propiedad intelectual y la Constitución, la verdad es que el estudio de los vínculos entre el derecho intelectual y el derecho constitucional ha sido un rubro muy desatendido, hasta tiempos relativamente recientes.

En particular, los derechos de autor han sido esencialmente materia de estudio del derecho civil¹ (y en menor medida del mercantil),² aunque en tiempos recientes han sido una parcela de estudio que, indebidamente, han reclamado como propia los administrativistas.³ Sin embargo, como bien nos refieren Schwartz y

¹Cfr., por ejemplo, Rogel Vide, Carlos, “La enseñanza del derecho de autor en España y el derecho civil como marco teórico de la misma” en Rogel Vide, Carlos, *Estudios completos de propiedad intelectual*, Madrid, Reus / AISGE, 2003, pp. 11 y ss.; Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio. El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, México, 6a. ed., Porrúa, 1999, pp. 699 y ss.; Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil. Bienes, derechos reales y sucesiones*, México, 26a. ed., Porrúa, 1995, tomo II, pp. 172 y ss.

²Vid. Díaz Bravo, Arturo, *Derecho mercantil*, México, Iure, 2002, pp. 9 y 53; y Mantilla Molina, Roberto L., *Derecho mercantil*, México, 4a. reimp. de la 29a. ed., Porrúa, 1998, pp. 13 y 124.

³Acosta Romero, Miguel, *Segundo curso de derecho administrativo*, México, 2a. ed., Porrúa, 1993, p. IX.

^De igual forma, y sin una justificación sólida, la Primera Sala de la SCJN ha determinó (en un criterio ya superado por la propia sala) que los derechos de autor “se ubican en el derecho administrativo”. Cfr. tesis de rubro “DERECHOS DE AUTOR. LOS ARTÍCULOS 2º, 231 Y 232 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA NO VIOLAN

Sumario

El análisis constitucional de la propiedad intelectual	911
La propiedad intelectual desde una perspectiva iusfundamental.	914
La propiedad intelectual en la Constitución mexicana	916
A manera de conclusión: el futuro de la propiedad intelectual en la justicia constitucional	924

Treanor, es hasta tiempos recientes cuando los constitucionalistas comienzan a mostrar interés por las relaciones entre derecho constitucional y propiedad intelectual.⁴ De igual forma, los expertos en derecho intelectual apenas empiezan a prestar atención a las disposiciones constitucionales aplicables a su materia de análisis.⁵

Es en Estados Unidos de América donde, a partir de la segunda mitad de la década de los noventa, inició la proliferación de estudios sobre la propiedad intelectual y la Constitución; incluso, Pamela Samuelson habló de un “derecho constitucional de la propiedad intelectual”.⁶ En México, se puede decir que, con algunas excepciones, el estudio de las relaciones entre la Constitución y la propiedad intelectual es un tema ignorado (o sólo tratado superficialmente, para afirmar que la propiedad intelectual es un derecho humano).

En nuestra opinión, la necesidad de estudiar estas relaciones entre propiedad intelectual y Constitución es consecuencia directa de varios fenómenos, destacándose, principalmente, la constitucionalización del derecho.

Acerca de este último, bástenos apuntar que, dada la constitucionalización del ordenamiento jurídico, las normas constitucionales influyen directamente en el sentido de la legislación, la jurisprudencia de los tribunales (incluso ordinarios), la actividad de la administración pública y la doctrina jurídica. Es decir, la constitucionalización implica una Constitución “extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente)”.⁷

Este fenómeno hace necesario tener presente la Constitución, por lo menos, al estudiar y aplicar las normas de derecho intelectual; máxime con el nuevo paradigma de derechos humanos vigente en México a partir de las reformas constitucionales de 2011, que son un claro ejemplo del fenómeno de la constitucionalización.

Ahora bien, no basta meramente con analizar en conjunto las normas constitucionales y el derecho intelectual, sino que se requiere hacerlo de una forma ordenada para lograr ciertos resultados, es decir, se requiere seguir un método. Así, el análisis constitucional de la propiedad intelectual busca estudiar el fenómeno jurídico de la propiedad intelectual a partir de la Constitución o en “clave constitucional”; para lo cual, deben atenderse las siguientes directrices básicas:

- *Considerar la Constitución como la norma suprema del país y coordinadora de todo el orden jurídico.* Se debe partir de la idea de Constitución normativa y se debe estimar que

EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, tomo XXVIII, agosto de 2008, p. 49.

⁴Schwartz, Paul M., y Treanor, William Michael, “Copyright Term Extension and Intellectual Property as Constitutional Property”, *The Yale Law Journal*, EUA, vol. 112, núm. 8, junio 2003, p. 2331.

⁵Cfr. Lemley, Mark A., “The constitutionalization of technology law”, *Berkeley technology law journal*, California, Universidad de Berkeley, vol. 15, núm.2, otoño 2000, p. 1.

⁶Samuelson, Pamela, “The Constitutional Law of Intellectual Property After *Eldred vs. Ashcroft*”, Universidad de Berkeley, tomado de <http://people.ischool.berkeley.edu>, p. 1.

⁷Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano” (trad. José María Lujambio) en Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, p. 153.

la legislación en materia de propiedad intelectual (y la aplicación de esas normas) ha de estar sujeta a los mandatos constitucionales.⁸

- *Considerar la Constitución como la expresión de los valores que deben conseguirse en la sociedad.* Aunque durante mucho tiempo se negó, la Constitución tiene un contenido axiológico.⁹

- *Considerar la protección a los autores, artistas e inventores como un valor establecido en la Constitución.* En el párrafo noveno del artículo 28 de nuestra Ley Fundamental, el constituyente estableció que los privilegios que se concedan a autores, artistas e inventores no serán considerados monopolios; esto nos demuestra que se estimó a la labor de los autores, artistas e inventores como algo valioso y digno de protección por la Constitución. Tal situación trae como consecuencia que la tutela a los autores, artistas e inventores, como valor constitucional, debe convivir y coexistir con otros valores consagrados en la Constitución.

- *Además de ser considerado como un instrumento de protección a los autores, la propiedad intelectual debe ser considerada un instrumento para la consecución de otros valores constitucionales.* Hay que tener presente que, en muchos casos, la propiedad intelectual ayuda al cumplimiento o satisfacción de otros valores constitucionales, como la educación, la cultura, la generación de riqueza económica, el mejoramiento del nivel de vida de los individuos, la creación de empleos, el desarrollo tecnológico, etcétera. Aunque también hay que tener presente que políticas de propiedad intelectual mal encausadas pueden ocasionar lo contrario. En muchos aspectos, la llamada propiedad intelectual puede ser un arma de doble filo.

- *Analizar las normas de propiedad intelectual desde la óptica constitucional y, por consiguiente, interpretar las normas de propiedad intelectual desde la Constitución.* Tradicionalmente se ha entendido por “interpretación constitucional” la atribución de sentido a las normas jurídicas contenidas en la Constitución; empero, la noción de “interpretación constitucional” ha cambiado,

[...] se estudia no ya la interpretación “de” la Constitución sino “desde” la misma, y entonces, la cuestión se traslada al ordenamiento jurídico, más concretamente, se lo visualiza como un orden jerárquico presidido por la Constitución e importa señalar la función que cumple esta última como “criterio hermenéutico fundamental de todo el ordenamiento jurídico.”¹⁰

- *Analizar las normas de propiedad intelectual con base en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y, por ende, interpretar las normas de la propiedad intelectual de conformidad con dichos instrumentos.* Los tratados son fuentes muy importantes en materia de derechos humanos, teniendo, incluso, jerarquía constitucional (según prescribe el artículo 1º de nuestra Carta Magna), por lo que los mismos también deben ser tomados como base para analizar y aplicar las normas del derecho intelectual.

- *Debe hacerse el análisis no sólo desde una postura descriptiva, sino también prescriptiva.* El análisis constitucional de la propiedad intelectual no debe limitarse a meramente describir las características de cierto fenómeno jurídico, sino que además debe proponer las

⁸En este sentido, *vid.* Geiger, Christophe, “Copyright’s fundamental rights dimension at EU level” en Derclaye, Estelle (coord.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Reino Unido, Edward Elgar, 2009, p. 37.

⁹De hecho, el Pleno de nuestra SCJN, ha reconocido expresamente la existencia de un “contenido axiológico y material de la Constitución Federal”, sentencia dictada en el amparo en revisión 2146/2005, el 27 de febrero de 2007, p. 93.

¹⁰Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, 2a. ed., Lexis Nexis / Abeledo-Perrot, 2004, p. 82.

respuestas más viables desde un punto de vista constitucional. Es decir, quien realice análisis constitucional de la propiedad intelectual, no debe ser un mero observador neutral del fenómeno, sino que, además, debe ser crítico y valorativo.

- *Aceptar las soluciones a los problemas de propiedad intelectual que sean más acordes con la Constitución y con los otros instrumentos internacionales de derechos humanos.* Lo que a su vez significa desechar toda solución o propuesta que sea contraria a esas normas. Sólo así se logrará una verdadera eficacia normativa de la Constitución y el respeto de los derechos humanos en las relaciones jurídicas regidas por el derecho intelectual

Una vez dicho lo anterior, pasemos a analizar la situación de la propiedad intelectual en el régimen de derechos humanos.¹¹

La propiedad intelectual desde una perspectiva iusfundamental

En los últimos tiempos se ha puesto de moda afirmar que la propiedad intelectual es un derecho humano,¹² lo cual es un error; dado que mientras que los derechos humanos son universales, incluyentes, inherentes e intransmisibles (entre otras características), los derechos de propiedad intelectual son singulares, excluyentes, no inherentes y generalmente transmisibles.¹³

Por ejemplo, la patente (que es el derecho de explotar en exclusiva un invento), nace de un acto administrativo¹⁴ (no por el mero hecho de ser persona), es transmisible¹⁵ y sólo dura veinte años (sujeto al pago de tarifas).¹⁶ ¿Cómo se puede afirmar que esa propiedad intelectual es un derecho humano?

Empero, lo anterior no significa que la propiedad intelectual no tenga sustento y protección iusfundamental (como veremos más adelante), ni que la violación a un derecho de propiedad intelectual no tenga implicaciones de derechos humanos. Antes al contrario, la protección a la propiedad intelectual tiene una sólida fundamentación en las normas de derechos humanos, por eso es importante estudiar las relaciones entre propiedad intelectual y derechos fundamentales.

¹¹Para los efectos de este trabajo, la expresión “derechos humanos” será utilizada en el mismo sentido que lo hace nuestra Constitución y los tratados, es decir, como sinónimo de derechos fundamentales o derechos positivados.

¹²Por ejemplo, Obón León, J. Ramón, “Derecho de autor: marco de referencia y tratados internacionales”, en VV.AA., *Las nuevas tecnologías y la protección del derecho de autor*, México, Themis / BMA, 1998, p. 9; Araiza Hernández, Alma, “La propiedad intelectual: un derecho humano”, en VV.AA., *Avances tecnológicos de los derechos humanos*, México, CNDH, 2004, p. 96; *Nueva Ley Federal del Derecho de Autor*, México, Porrúa/IU-UNAM, 1998, p. 63; Arosamena, Gustavo, “Conflicto entre derechos de propiedad intelectual y (otros) derechos humanos: una breve esquematización”, *Revista jurídica de propiedad intelectual*, Ecuador, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, tomo II, 2009, p. 218.

¹³*Cfr.* De la Parra Trujillo, Eduardo, *Derechos humanos y derechos de autor: las restricciones al derecho de explotación*, México, 2a. ed., IU-UNAM, 2015, pp. 372 y ss.

¹⁴Artículos 57, 59 y 60 de la Ley de la Propiedad Industrial.

¹⁵Artículo 62 de esa ley.

¹⁶Artículo 23 del mismo ordenamiento legal.

Tradicionalmente, las normas relativas a los derechos humanos y las normas concernientes a la propiedad intelectual eran analizadas y aplicadas por separado; sólo en tiempos recientes se están acercando,¹⁷ a tal grado que se habla de estas figuras como “compañeros íntimos de cama”,¹⁸ para ilustrar la importancia que, incuestionablemente, tiene hoy la intersección de tales disciplinas.¹⁹

Según Helfer fueron dos eventos los que ocasionaron la incorporación de la propiedad intelectual a la agenda de los derechos humanos: los reclamos de protección de los pueblos indígenas y la creciente vinculación de la propiedad intelectual con el comercio internacional (particularmente con el acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con comercio de la Organización Mundial de Comercio).²⁰

Para explicar o representar este fenómeno, destacan dos tipos de posturas en torno a la relación entre el derecho intelectual y los derechos humanos. La primera es aquella que ve a esas instituciones en *conflicto*, de forma que la propiedad intelectual es incompatible con los derechos humanos, por lo que tal conflicto ha de resolverse reconociendo la primacía normativa de los derechos fundamentales (modelo de conflicto). La segunda postura ve en la propiedad intelectual y en los derechos humanos una relación esencialmente de *compatibilidad*, aunque puede haber discrepancias en algunos puntos (modelo de compatibilidad).²¹

Por eso, como bien indican Dutfield y Suthersanen, se explica que tanto los defensores como los opositores de la llamada propiedad intelectual, insistan en que el debate en esta materia se enmarque en términos de derechos humanos.²²

A pesar de ese debate, la tendencia en organismos internacionales y en tribunales, es adoptar el modelo de compatibilidad entre la propiedad intelectual y los derechos humanos.

¹⁷Torremans, Paul L.C., “Copyright as a human right”, en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Copyright and human rights. Freedom of expression — Intellectual property — Privacy*, La Haya, Kluwer Law International, 2004, pp. 1 y 2.

¹⁸En términos similares, *cfr.* Yu, Peter K., “Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework”, *University of California Davis Law Review*, California, vol. 40, 2007, p. 1041; y Cullet, Philippe, “Human Rights and Intellectual Property in the TRIPS era”, *Human rights quarterly*, EUA, The Johns Hopkins University Press, vol. 29, núm. 2, mayo 2007, p. 404.

¹⁹Helfer, Laurence R., “Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Coexistence?”, *Minnesota Intellectual Property Review*, Minnesota, núm. 5, 2003, p. 47.

²⁰Raustiala, Kal, “Density & Conflict in International Intellectual Property Law”, California, Research paper 06-31, UCLA, 2006, p. 10.

²¹Helfer, Laurence R., *op. cit.*, pp. 51 y 52. En términos muy similares, Christophe Geiger entiende que, dada la reciente tendencia de crecimiento desmedido de los derechos intelectuales, ha sido necesario que los jueces invoquen los derechos fundamentales para restablecer el equilibrio en caso de protección excesiva. *Cfr.* Geiger, Christophe, “Copyright’s Fundamental Rights Dimension at EU Level”, en Derclaye, Estelle (coord.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Reino Unido, Edward Elgar, 2009, p. 30.

²²Austin, Graeme W., y Helfer, Laurence R., *Human Rights and Intellectual Property. Mapping the Global Interface*, Cambridge University Press, Nueva York, 2011, pp. 65 y ss; Helfer, Laurence R., *op. cit.*, nota 2, pp. 48 y 49; Torremans, Paul L.C., *op. cit.*, pp. 2 y 3; Yu, Peter K., *op. cit.*, p. 1075; Derclaye, Estelle, “Intellectual property rights and human rights: coinciding and cooperating” en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Intellectual Property and Human Rights*, La Haya, Wolters Kluwer, 2008, pp. 133 y 134; y Grosheide, Willem, “General introduction” en Grosheide, Willem (coord.), *Intellectual Property and Human Rights. A paradox*, Reino Unido, Edward Elgar, 2010, p. 5.

²³Dutfield, Graham, y Suthersanen, Uma, *Global Intellectual Property Law*, Reino Unido, Edward Elgar, 2008, p. 213.

La propiedad intelectual en la Constitución mexicana

Nuestra Constitución contiene varias disposiciones que aluden directa o indirectamente a la propiedad intelectual, y por ende, inciden en la forma en que debe regularse por el legislador ordinario y debe interpretarse por los órganos jurisdiccionales.

Desde luego, como parte de estas disposiciones no nos limitaremos a estudiar únicamente el texto de la Ley Suprema, sino también los tratados internacionales de derechos humanos que integran nuestro bloque de constitucionalidad (o parámetro de regularidad).

Para una más fácil comprensión de las disposiciones constitucionales en la materia, podemos dividir las y clasificarlas en: normas relativas a derechos de autor y conexos, normas de patentes y otras creaciones industriales, así como normas de marcas y otros signos distintivos. Veamos.

Fundamento constitucional de los derechos de autor y derechos conexos

El punto de partida para estudiar el fundamento normativo de los derechos de autor, es la llamada “cláusula constitucional de propiedad intelectual”, que no es otra más que el párrafo décimo del artículo 28 constitucional, el cual reza:

Artículo 28.- [...]

[...]

Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.

El texto original de 1917 hablaba de “reproducción” en lugar de “producción” (cambio que se introdujo por el órgano reformador de la Constitución en 1982), en una clara alusión al derecho de autor por antonomasia (y primero, históricamente hablando): el derecho de reproducción.²³

No es secreto que nuestra cláusula constitucional de propiedad intelectual está influenciada por su homóloga de la Constitución de Estados Unidos de América,²⁴ que por cierto, fue la primera carta magna del mundo en aludir a los derechos de propiedad intelectual.

Ahora bien, cuando nuestro artículo 28 constitucional habla de “autores” está sentando las bases para la protección a los derechos de autor; mientras que la alusión a los “artistas” es una referencia a los derechos conexos de artistas intérpretes o ejecutantes.²⁵ Además de dicha disposición podemos obtener unos parámetros normativos mínimos que debe respetar el legislador ordinario al regular los derechos de autor:

²³Cfr. el artículo 27, fracción I, de la Ley Federal del Derecho de Autor.

²⁴Su artículo II, sección 8ª, párrafo octavo, establece que es facultad del Congreso de ese país: “To promote the Progress of Science and Useful Arts, by Securing for Limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries”

²⁵Si bien no es descabellada la interpretación de que la referencia a los “artistas” era una alusión a los autores plásticos, y no a los artistas intérpretes o ejecutantes (máxime que en 1917 todavía no se había generado jurídicamente ese concepto de

- La protección debe concederse *directamente* a los autores;
- Se les deben conceder “privilegios”, palabra anacrónica que históricamente podríamos asimilar al derecho de explotación, pero que, a través de una interpretación evolutiva, puede incluir otro tipo de estímulos a los autores (por ejemplo, derechos de remuneración, derechos morales, apoyos económicos, beneficios fiscales, etcétera); de forma que en la Constitución no hay un mandato de que todo derecho de autor que se conceda debe ser un derecho de explotación,²⁶ antes al contrario, nuestra Ley Suprema deja libertad al legislador para elegir qué clase de privilegios otorgará a los autores;²⁷
- Esos privilegios deben ser temporales;
- Tales privilegios no deben considerarse jurídicamente monopolios, si es que llegan a ser exclusivos. Esto implica un deber constitucional a cargo del legislador de que, cuando expida normas de defensa de la competencia, no califique como monopolios o prácticas anticompetitivas a los derechos de autor, ni a su normal ejercicio.

Dicho párrafo del artículo 28, en conjunción con otras disposiciones iusfundamentales (en especial el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) contemplan un particular derecho fundamental: el derecho humano a la protección jurídico-autoral, el principal sustento de los derechos de autor. Como anticipamos, no debe confundirse a los derechos de autor (derechos ordinarios) con el derecho a la protección jurídico-autoral (derecho humano).²⁸

Empero, el fundamento constitucional en materia de derechos de autor y figuras relacionadas no se limita al artículo 28, ni al derecho humano a la protección jurídico-autoral. Veamos.

No es raro encontrar fundamento de los derechos de autor en el derecho a la información (versión moderna de la libertad de expresión), como desde hace tiempo lo hizo Kant. Y por ende, los artículos 6° y 7° constitucionales, sirven de apoyo a los derechos de autor, al grado de que, muchas veces, la violación a un derecho de autor se traduce también en infracción al derecho a la información; postura que ha sido expuesta por la SCJN, tanto por su Pleno (contradicción de tesis 25/2005) como por su Primera Sala (amparo directo 11/2011).²⁹

“artista” como titular de derechos conexos), se trata de una interpretación histórica, que no permite una interpretación más actual de la Constitución (evolutiva) y contraria al significado contemporáneo del concepto “artista” en el derecho intelectual.

²⁶En este sentido se ha pronunciado el Pleno de nuestra SCJN, al señalar que los privilegios previstos en el artículo 28 constitucional “pueden ser de carácter moral o patrimonial” (contradicción de tesis 25/2005, sentencia de 16 de abril de 2007, p. 17).

En igual tenor se ha pronunciado la Primera Sala de ese tribunal, en el amparo directo 11/2011, sentencia de 2 de mayo de 2012, p. 131.

²⁷En realidad, el alcance de dicha norma constitucional es que, si el legislador en su momento decide otorgar derechos exclusivos a los autores (entre otros “privilegios”), tales derechos no deben considerarse monopolios desde un punto de vista jurídico, más no hay un mandato constitucional de que todo derecho de autor debe ser exclusivo.

²⁸Cfr. De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, pp. 362 y ss; así como la Observación General número 17 (2005), del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

²⁹Para más detalles sobre las interacciones entre derechos de autor y derecho a la información, Cfr. De la Parra Trujillo, Eduardo, “Derecho a la información y derechos de autor: ¿aliados o enemigos?” en Ortega Domenech, Jorge (coord.), *Cuestiones actuales de la propiedad intelectual*, Madrid, Reus/AISGE/ASEDA, 2010.

Por la misma razón, dentro de nuestro bloque de constitucionalidad, los derechos de autor también encuentran soporte en los artículos 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), entre otras disposiciones internacionales que protegen la llamada libertad de expresión.

Los derechos de autor también encuentran sustento iusfundamental en el derecho a la cultura.³⁰ A tal grado es la cercanía de este derecho humano con los derechos de autor, que los principales convenios en materia de derechos humanos, al regular el derecho a la cultura, invariablemente hacen referencia a la protección de los intereses morales y materiales de los autores, como se puede apreciar, por ejemplo, en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).³¹

Por lo tanto, los derechos de autor tienen fundamento en el artículo 4° constitucional, que desde la reforma de 2009 reconoce expresamente el derecho a la cultura. Precisamente en el referido amparo directo 11/2011, la Primera Sala de la SCJN determinó que, por lo general, una violación a los derechos de autor se traduce en una infracción al derecho a la cultura (sólo en caso en que ambos derechos se contrapongan, debe acudir a una ponderación).³²

Muy cercano al derecho a la cultura está el derecho a la educación, por lo que muchos ven en este derecho un sustento adicional a los derechos de autor, como nos demuestra el constitucionalismo de Estados Unidos de América, en donde la protección a las obras se enfocó mucho en mejorar la educación en ese país, al grado que muchas de las primeras creaciones protegidas fueron libros de texto. De manera que puede sumarse el artículo 3° constitucional al catálogo de derechos que sustentan los derechos autorales,³³ así como el artículo 13 del PIDESC.

En últimos tiempos ha estado muy en boga en tribunales constitucionales y tribunales internacionales de derechos humanos encontrar fundamento de los derechos de autor (al menos de los derechos de explotación) en el derecho a la propiedad.³⁴ Por ejemplo, ésta ha sido una postura de la Segunda Sala de la SCJN consolidada en la línea jurisprudencial sentada a partir del amparo en revisión 1136/2015; o que se puede encontrar en tribunales internacionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Balan *vs.* Moldavia”.

³⁰Del Corral, Milagros, “Información, educación, cultura y derecho de autor: en busca del equilibrio”, Seminario Internacional Sobre Derecho de Autor y Acceso a la Cultura, UNESCO, Madrid, 28 de octubre de 2005.

³¹Esto no es una alusión directa a los derechos de autor, ni mucho menos reconoce que estos derechos sean de carácter fundamental (como muchos erróneamente sostienen), sino en realidad es mención a un derecho humano poco conocido: *el derecho a la protección jurídico-autoral*, que es el fundamento de los derechos de autor, pero se trata de prerrogativas jurídicas diferentes. Cfr. De la Parra Trujillo, Eduardo, *Derechos humanos...*, op. cit., pp. 362 y ss.

³²En realidad, aquí lo que se ponderan no son los derechos de autor directamente, sino los derechos fundamentales (principios) que le dan sustento, como por ejemplo, el derecho humano a la protección jurídico autoral, el derecho a la información o el derecho a la propiedad.

³³Incluso, antes de la creación de la Secretaría de Cultura, las autoridades administrativas en materia de derechos de autor estaban ubicadas en la Secretaría de Educación Pública.

³⁴Para una distinción entre el derecho fundamental a la propiedad y el derecho ordinario de propiedad, cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, trad. Andrea Greppi y Perfecto Andrés Ibáñez, 3a. ed., Trotta, 2002, pp. 45 y ss.

Dentro del sistema interamericano destaca la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en fondo del caso “Palamara Iribarne *vs.* Chile”, donde tal tribunal afirmó:

102. La jurisprudencia del Tribunal ha desarrollado un concepto amplio de propiedad, el cual abarca, entre otros, el uso y goce de los “bienes”, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor. Por ello dentro del concepto amplio de “bienes” cuyo uso y goce están protegidos por la Convención, también se encuentran incluidas las obras producto de la creación intelectual de una persona, quien, por el hecho de haber realizado esa creación adquiere sobre ésta derechos de autor conexos con el uso y goce de la misma.

103. La protección del uso y goce de la obra confiere al autor derechos que abarcan aspectos materiales e inmateriales. El aspecto material de estos derechos de autor abarca, entre otros, la publicación, explotación, cesión o enajenación de la obra y, por su parte, el aspecto inmaterial de los mismos se relaciona con la salvaguarda de la autoría de la obra y la protección de su integridad. El aspecto inmaterial es el vínculo entre el creador y la obra creada, el cual se prolonga a través del tiempo. Tanto el ejercicio del aspecto material como del aspecto inmaterial de los derechos de autor son susceptibles de valor y se incorporan al patrimonio de una persona. En consecuencia, el uso y goce de la obra de creación intelectual también se encuentran protegidos por el artículo 21 de la Convención Americana.

Por lo tanto, el artículo 27 constitucional también proporciona soporte constitucional a los derechos de autor, lo cual no significa que éstos sean derechos reales de propiedad, sino que aquí debe darse una connotación amplia a la expresión “propiedad”, como un sinónimo de cualquier pertenencia o posesión en sentido amplio. Pueden sumarse aquí los tratados de derechos humanos que protegen la propiedad, como por ejemplo el artículo 21 de la CADH.

Por la misma razón, hay quienes encuentran en el artículo 14 constitucional protección a los derechos de autor, dada la referencia a los derechos de las personas.³⁵

Fuera de las disposiciones de derecho fundamental en nuestra Ley Suprema, existen otros artículos constitucionales que aluden a los derechos de autor, particularmente el artículo 73, fracción XXV *in fine*, de la Constitución:

Artículo 73.- El Congreso tiene facultad:

[...]

XXV.- [...] Para legislar en materia de derechos de autor y otras figuras de la propiedad intelectual relacionadas con la misma;

Con esta adición se pretendió culminar la polémica sobre el carácter federal o local de los derechos de autor (pues estos, en esencia, se derivan del derecho civil,

³⁵Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *Derechos fundamentales. Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional*, México, Porrúa, 2009, p. 483.

aunque en forma absurda muchos los ven como una rama del derecho administrativo), dado que existieron quienes defendieron la inconstitucionalidad de las leyes federales en la materia, por considerar que el Congreso de la Unión carecía de competencia en este rubro.³⁶

Independientemente del propósito de esa fracción, destaca que habla derechos de autor “y otras figuras de propiedad intelectual relacionadas con la misma” materia, lo que es una alusión a las otras figuras que, sin ser derechos de autor, se regulan por la Ley Federal del Derecho de Autor, como los derechos conexos, las reservas de derechos, los diversos derechos sui géneris (sobre las bases de datos, sobre el folclore, etcétera).

Fundamento constitucional de las patentes y otras creaciones industriales

Por lo que hace a la tutela constitucional de los derechos derivados de las creaciones industriales, también encontramos abundante fundamento en la Ley Suprema.

En primer lugar, hay que referir nuestra mencionada cláusula constitucional de propiedad intelectual (artículo 28, párrafo décimo), que habla también de la protección a “inventores” y “perfeccionadores”. Esto da cabida, desde luego, al sistema de patentes, pero también a otras formas de tutela de las creaciones industriales, como los modelos de utilidad, los ya extintos certificados de invención, los diseños industriales, las variedades vegetales, los esquemas de trazados de circuitos integrados, etcétera.

Lo anterior se traduce en una exigencia constitucional de derechos exclusivos que se limiten en cuanto a su plazo de protección (temporalidad), así como a la existencia de la figura del dominio público.

Muy vinculado con la protección a estas creaciones industriales, se encuentra el artículo 89, fracción XXV, de la Constitución, el cual reza.

Artículo 89.- Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes:

[...]

XXV.- Conceder privilegios exclusivos por tiempo limitado, con arreglo a la ley respectiva, a los descubridores, inventores o perfeccionadores de algún ramo de la industria.

Así, vemos que la Constitución faculta al Presidente de la República para expedir las patentes, certificados de obtentor, certificados de modelos de utilidad, etcétera.

Sin embargo, entra a debate el carácter delegable o no de esta facultad, dado que en la actualidad las patentes las concede el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (organismo descentralizado con personalidad propia) y no el Presidente, según dispuso el legislador ordinario en la Ley de la Propiedad Industrial,³⁷ lo que parece ser una irregularidad jurídica.

³⁶Para más detalles sobre el debate, cfr. Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio. El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, México, 6a. ed., Porrúa, 1999, pp. 691 y ss; y Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*, México, Porrúa, 1990, tomo IV, pp. 612 a 638.

³⁷Artículos 6º, fracción III, 38, 56, 57, y 59, entre otros.

Otra disposición constitucional que regula las creaciones industriales, es el artículo 73, fracción XXIX-F, como se aprecia a continuación:

Artículo 73.- El Congreso tiene facultad:

[...]

XXIX-F.- Para expedir leyes tendientes a la promoción de la inversión mexicana, la regulación de la inversión extranjera, la transferencia de tecnología y la generación, difusión y aplicación de los conocimientos científicos y tecnológicos que requiere el desarrollo nacional.

Esto es esclarecedor en cuanto a que el sistema de patentes (y en general, la mayoría de las creaciones industriales) no debe perder de vista la función constitucional de ser un aliciente para generar, difundir y aplicar conocimientos tecnológicos, con miras siempre al desarrollo nacional (función utilitarista); estos son valores previstos en nuestra Constitución que no pueden ser ignorados. Cuando la legislación en la materia comienza a producir los efectos contrarios, el sistema se alejará de su mandato constitucional (como aparentemente ha estado sucediendo en los últimos años, sobre todo en el sector farmacéutico).

Al igual que los derechos de autor, las patentes y demás creaciones industriales también encuentran su fundamento en el derecho humano a la propiedad (aunque aquí parecen justificarse modalidades más severas, como las licencias obligatorias), y por ende, en el artículo 27 constitucional y en el 21 del Pacto de San José, entre otras disposiciones iusfundamentales relativas a la propiedad aplicables en México (debido recordar que las patentes no son verdaderos derechos reales de propiedad). Por lo mismo, no sale sobrando una mención a la protección de los derechos, prevista en el artículo 14 de la Constitución.

Como ejemplo de la cobertura que el derecho a la propiedad brinda a las patentes, tenemos el caso *Smith Kline and French Laboratories Ltd. v. Netherlands*, resuelto por la Comisión Europea de Derechos Humanos, en el que se aplicó el artículo 1° del primer protocolo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, para determinar que una patente estaba protegida por el derecho humano a la propiedad.

Por otro lado, incide también en esta materia el derecho a la información (artículo 6° constitucional), sobre todo en las facultades de investigar y difundir información tecnológica.³⁸

Desde luego, puede pensarse en fundamentos constitucionales adicionales para cimentar y/o modelar el sistema de patentes, como por ejemplo, el derecho a la educación o el propio derecho a la cultura (que puede incidir en la tutela los beneficios de la ciencia y tecnología).

³⁸Debe recordarse que el sistema de patentes tiene como una de sus funciones torales servir como fuente de información tecnológica de vanguardia, mediante un sistema de expedientes abiertos (a partir de cierto momento en el procedimiento).

Fundamento constitucional de las marcas y otros signos distintivos

La situación constitucional de las marcas es un poco diferente a la de los derechos de autor, e incluso, a la de las patentes. Esto es así, en virtud de que la cláusula constitucional de propiedad intelectual (artículo 28, párrafo décimo) no aplica para la protección de las marcas y otros signos distintivos.

En efecto, el artículo 28 sólo habla de autores, artistas, inventores y perfeccionadores, pero en ninguna parte se refiere a marcas, comerciantes, signos, empresarios, distintividad, etcétera. Esto, lejos de ser un error del constituyente (como algunos piensan), tiene su razón de ser en la estructura y función del derecho de marcas.

De entrada, es cuestionable que la exclusividad derivada del derecho sobre la marca pueda calificarse de monopolio legal o monopolio tolerado (como sucede con las patentes y los derechos de autor), pues no concede a nadie la exclusividad o control sobre algún producto o servicio concreto. Al contrario, las marcas son requisito ineludible para un mercado libre, donde pueda identificarse fácilmente la oferta de cada uno de los participantes en el mercado.

Por lo mismo, la exclusividad en materia de marcas no tiene tantos costos sociales como la que pudiera derivarse de los derechos de autor y, sobre todo, de las patentes. En consecuencia, al estar excluido del décimo párrafo del artículo 28 constitucional, el sistema de marcas no contempla la figura del dominio público. De manera que una marca que pierda su protección (exclusividad) puede ser reprivatizada por el mismo titular o por cualquier otra persona; en cambio, en derechos de autor y en patentes, lo entrado al dominio público no puede salir de ahí ni reprivatizarse.

Otra diferencia esencial es que las marcas y otros signos distintivos, no protegen la creatividad (como sí lo hacen los derechos de autor y las patentes), sino la aptitud diferenciadora en el mercado, derive o no de un acto de creatividad.

Como consecuencia, el fundamento constitucional de las marcas no se encuentra en la cláusula constitucional de propiedad intelectual. Esto no es una anomalía en la comparación jurídica; prueba de ello lo encontramos en el constitucionalismo de Estados Unidos, que tanto influyó nuestras disposiciones constitucionales de propiedad intelectual.

Efectivamente, la referida cláusula constitucional de Estados Unidos de América (artículo II, sección 8º, párrafo octavo), se refiere al *copyright* y a las patentes, pero excluye conscientemente a las marcas. Lo anterior no representa irregularidad jurídica alguna, como explicó la Suprema Corte de ese país, según puede apreciarse en los famosos *trademark cases* de 1879,³⁹ en donde se explicó que las facultades del congreso federal para regular las marcas no derivan de la cláusula de propiedad intelectual, sino de la cláusula de comercio.⁴⁰

³⁹“United States *vs.* Steffens”, “United States *vs.* Wittemean”, y “United States *vs.* Johnson”.

⁴⁰Artículo II, sección 8º, párrafo tercero, que regula el comercio exterior; el comercio interno interestatal y el comercio con las tribus indias. El comercio local lo regula la legislatura de cada estado, razón por la que hay marcas federales y marcas locales.

En México sucede algo similar, pues el fundamento para regular las marcas se encuentra en el artículo 73, fracción X, de nuestra Constitución:

Artículo 73.- El Congreso tiene facultad:

[...]

X.- Para legislar en toda la República sobre [...] comercio, [...].

De hecho, este tipo de criterio ya ha sido expresado también por nuestros tribunales, lo que nos demuestra el carácter mercantil de la Ley de la Propiedad Industrial.

Asimismo, el derecho de marcas encuentra sustento en el llamado capítulo económico de la Constitución (artículos 25 a 28), donde predomina la libre competencia y la propiedad privada (aunque con resabios de otras épocas de menor apertura económica). En una economía libre o mixta, al haber pluralidad de oferentes de un mismo producto o servicio, los consumidores deben contar con elementos para poder identificar la oferta de su elección, mientras que los empresarios tienen el derecho a marcar sus productos y servicios para disputarse la clientela con sus competidores.

Muy vinculado a lo anterior, está la libertad de ocupación del artículo 5º constitucional, pues el verdadero y efectivo ejercicio de ese derecho fundamental pasa por la necesidad de las personas de poderse distinguir frente a sus competidores.

Al igual que sucede con las patentes y los derechos de autor, las marcas pueden encontrar bases iusfundamentales en el derecho a la propiedad, como ya ha reconocido la Segunda Sala de la SCJN, por ejemplo, en la contradicción de tesis 77/2000.

Sobre este tipo de construcciones argumentales, es muy conocido el caso “Anheuser-Busch Inc. *vs.* Portugal” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el que determinó que, tanto las marcas como las solicitudes de registro de marca, entran en el ámbito de la cláusula de propiedad del artículo 1º del primer protocolo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Como consecuencia, las marcas también encuentran sustento en las disposiciones que regulan el derecho humano a la propiedad en nuestro sistema jurídico, tales como el artículo 27 de la Constitución o el 21 de la CADH.

Otro fundamento del derecho de marcas (muy sólido a nuestro entender, pero apenas explorado) es la libertad de expresión, es decir, el moderno derecho a la información. Esto en virtud de que las marcas son instrumentos por virtud de los cuales los empresarios se comunican con los consumidores; los signos distintivos son portadores de mensajes.⁴¹ Tan es así, que es común que la legislación comparada impida el registro y niegue protección a signos que engañen al público, confundan a los consumidores, transmitan mensajes insidiosos o, incluso, impidan a otros empresarios comunicar su oferta privándoles de palabras de uso común (como los signos genéricos o los descriptivos).⁴²

⁴¹ Esto encuentra su clara expresión en las teorías de las funciones de las marcas.

⁴² *Cfr.* el artículo 90 de la Ley de la Propiedad Industrial.

Tema aparte es el registro de los signos obscenos, contrarios a la moral o a las buenas costumbres,⁴³ donde algunas oficinas registradoras de marcas suelen ser más conservadoras de lo necesario. Desde luego, el análisis de mensajes obscenos o contrarios a la moral, es uno de los rubros básicos de la libertad de expresión.

Debe tenerse presente que el sistema de marcas busca la transparencia del mercado y una informada toma de decisiones por parte de los consumidores, por lo que no puede desconocerse el impacto que los artículos 6° y 7° constitucionales tienen (o deben tener) en el derecho de marcas, así como los artículos 13 del Pacto de San José y 19 del PIDCP.⁴⁴

Inclusive, en tiempos recientes la Primera Sala de la SCJN ha reconocido que el discurso comercial (dentro del que podemos incluir a las marcas y otros signos distintivos) está amparado por la libertad de expresión, como se puede apreciar.

A manera de conclusión: el futuro de la propiedad intelectual en la justicia constitucional

El día de hoy no parece tan extraño que disputas de propiedad intelectual se litiguen en foros como los tribunales de derechos humanos y cortes constitucionales, dado el fenómeno de la constitucionalización del derecho, y la cada vez más presente influencia del sistema de derechos humanos. Por ello, no es raro que sean los jueces constitucionales quienes estén modelando y redefiniendo las figuras de la propiedad intelectual.

Es de esperarse que esta tendencia se incremente, y que cada vez sean más las disputas de propiedad intelectual en la justicia constitucional, ya sea porque exista una litis estrictamente constitucional, ya sea porque la controversia sea reconducida o “traducida” a cuestiones de carácter constitucional.

El futuro de la propiedad intelectual ya no puede verse aislado de las disposiciones de carácter constitucional y, particularmente, de las normas aplicables en materia de derechos humanos.

⁴³*Vid.* el artículo 4° de la misma ley.

⁴⁴*Cfr.* Griffiths, Jonathan, “Is There a Right to an Immoral Trademark?” en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Intellectual Property and Human Rights*, La Haya, Wolters Kluwer, 2008, pp. 309 y ss.

La suspensión de derechos humanos y garantías
Una perspectiva de derecho comparado y desde la Convención Americana
sobre Derechos Humanos

La suspensión de derechos y garantías en el
constitucionalismo comparado latinoamericano

Las constituciones liberales de América Latina que se abrieron paso desde finales del siglo XIX enseñan distintas regulaciones de “suspensión de derechos”, a consecuencia de una declaración de excepción o de emergencia.¹ En principio, estos regímenes tienen por finalidad habilitar mecanismos que permitan la salvaguarda efectiva del propio Estado democrático de derecho.

Sin embargo, desde una perspectiva histórica, la región ha visto con frecuencia cómo el propósito del estado de excepción fue tergiversado por gobiernos de carácter autoritario. En lugar de utilizarse como medio de defensa del Estado democrático terminaba por socavarlo en detrimento de los derechos humanos de la población y, en general, en perjuicio del propio orden constitucional. Este uso indebido del estado de excepción ha enmascarado trágicos golpes de Estado y propiciado dictaduras, muchas de ellas militares, en varios países del hemisferio.

La doctrina ha documentado con detalle este fenómeno de la realidad política latinoamericana.²

¹Cfr. Héctor Fix-Zamudio, “Los estados de excepción y la defensa de la Constitución”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 111, septiembre-diciembre de 2004, pp. 806-811; Gabriel L. Negretto, y José Antonio Aguilar Rivera, “Liberalism and Emergency Powers in Latin America: Reflections on Carl Schmitt and the Theory of Constitutional Dictatorship”, *Cardozo Law Review*, vol. 21, núms. 5-6, 2000, pp. 1797 y ss.; Daniel Zovatto G., *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*, Caracas/San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Editorial Jurídica Venezolana, 1990, especialmente, pp. 45 y ss.

²Para estudios de derecho comparado, véase: Diego Valadés, *La dictadura constitucional en América Latina*, México, UNAM-IJ, 1974, especialmente pp. 47 y ss.; Domingo García Belaunde, “Regímenes de excepción en las Constituciones latinoamericanas”, en *Teoría y práctica de la Constitución peruana*, tomo I, Lima, Editorial y Distribuidora de Libros, 1987, pp. 353-388. La literatura

Sumario

La suspensión de derechos y garantías en el constitucionalismo comparado latinoamericano	925
La suspensión de derechos y garantías en el sistema interamericano de derechos humanos	928
Consideraciones conclusivas	943
Bibliografía	945

En tiempos recientes, una paulatina evolución democrática de control de las declaraciones o medidas de excepción ha posibilitado el desarrollo de instrumentos para la revisión por los tribunales de tales medidas, las cuales, hasta hace no mucho tiempo eran consideradas como cuestiones políticas no justiciables.³ Sin duda, una etapa culminante de esta tendencia es el control de convencionalidad que sobre estas problemáticas ha efectuado la Corte Interamericana, a propósito de la “suspensión de garantías” prevista en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Con todo, no obstante su creciente aproximación a los estándares internacionales e interamericanos, las regulaciones que ofrecen las constituciones latinoamericanas distan de ser uniformes en la materia. Los ordenamientos constitucionales latinoamericanos lógicamente difieren en las condiciones que debe colmar la procedencia de una declaración de excepción, empezando por su denominación, los motivos en los cuales se justifica, las autoridades autorizadas para emitirla y aplicarla, los derechos susceptibles de suspensión, los límites de las medidas adoptadas, o los efectos y temporalidad de las propias medidas. También es variable la posibilidad y, en su caso, las características de un eventual control judicial de constitucionalidad de estas medidas.⁴

A efecto de evidenciar las diferencias que en el plano terminológico se presentan, al configurar normativamente estas situaciones, se tiene, por ejemplo, el empleo de las expresiones “estado de sitio” en Argentina (artículo 23), Brasil (artículo 137) y Honduras (artículo 188); “estado de excepción” en Bolivia (artículo 137), Colombia (artículo 214), Ecuador (artículo 164), Paraguay (artículo 288), Perú (si bien aquí puede ser de dos clases: “estado de emergencia” o “estado de sitio”, de acuerdo con el artículo 137), Venezuela (en donde se clasifica en “estado de alarma”, “estado de emergencia económica” y “estado de conmoción”, de conformidad con el artículo 338); “situación de excepción” en Chile (artículo 39); “estado de defensa” en Brasil (artículo 136); “estado de conmoción” en Colombia (artículo 213), que se diferencia de lo que ahí mismo se conoce como “estado de emergencia” (artículo 215), y sus análogas expresiones inglesas “state of emergency” o “public emergency” en Barbados (artículo 25), Dominica (artículo 17), Granada (artículo 17), Jamaica (artículo 26), Surinam (artículo 23) o Trinidad y Tobago (artículo 8). Asimismo, se emplean las expresiones “estado de urgencia” en Panamá (artículo 55); o “medidas prontas de seguridad” en el Uruguay (artículo 168), que más bien apunta a las determinaciones que se producen como consecuencia de la anomalía constitucional, y no a la situación de riesgo en sí misma.

jurídica latinoamericana sobre el tema no ha dejado de ser prolija. Como ejemplos de análisis referidos a particulares sistemas constitucionales de excepción, pueden citarse: Lautaro Ríos Álvarez, “Defensa judicial de los derechos humanos en los estados de excepción”, *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2009, pp. 277-296; Rubén Flores Dapkevicius, “Los poderes de emergencia en Uruguay”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 19, julio-diciembre 2008, pp. 89-106; o Carlos Parra Dussán y María Teresa Palacios Sanabria, “Los estados de excepción y el control judicial de la Corte Constitucional” en VV. AA., *Teoría constitucional. Liber Amicorum en homenaje a Vladimiro Naranjo*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006, pp. 349-398.

³Cfr. Héctor Fix-Zamudio, “Los estados de excepción y la defensa de la Constitución”, *cit. supra* nota 1, pp. 807.

⁴Cfr. Dieter Nohlen, “Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa/IDPC, enero-junio 2008, p. 132; Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, “El juez constitucional y sus márgenes de acción durante la vigencia de un estado de excepción”, en VV. AA., *Derecho constitucional para el siglo XXI: Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, vol. 2, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 4237 y ss.

Esta diversidad terminológica y conceptual también se pone en evidencia con la Constitución de República Dominicana, de enero de 2010 (artículos 262-266), que prevé como “estados de excepción” tres categorías: *i*) “estado de defensa” (agresiones de armadas externas); *ii*) “estado de conmoción interior” (grave perturbación del orden público); y *iii*) “estado de emergencia” (hechos diferentes a los dos anteriores, que amenacen o perturben de manera grave el orden económico, social, medioambiental, o que constituyan calamidad pública).

En cuanto a la materia de la suspensión (aunque algunas constituciones, como la mexicana, se refieren también a la “restricción”), se hace alusión, por ejemplo, a “garantías constitucionales” en Argentina (artículo 23), Brasil (artículo 138), o El Salvador (artículos 29-31); sencillamente a “derechos” en el Ecuador (artículo 164), Guatemala (artículo 138), Paraguay (artículo 288), Perú (artículo 137), República Dominicana (artículos 263 y 266); o bien, al mismo tiempo a “derechos y garantías” en Bolivia (artículo 137), Chile (artículo 39), Costa Rica (artículo 121), Honduras (artículo 187), México (artículo 29), Nicaragua (artículo 150), y Venezuela (artículo 337).

Sin perjuicio de la influencia que sobre varias de estas constituciones latinoamericanas indudablemente ha tenido el sistema interamericano de derechos humanos, no debe pasarse por alto que, en los últimos años, éstas también se han inspirado en los esquemas del Derecho internacional general y del Derecho internacional de los derechos humanos en particular. Las normas internacionales han tenido una importante repercusión especialmente en el perfeccionamiento de la situación normativa interna de los derechos fundamentales en las situaciones de emergencia. Ello ha venido siendo posible en la medida en que los gobiernos de la región han ratificado y aprobado importantes instrumentos de los que derivan un conjunto de principios básicos en este ámbito, que son, por tanto, obligatoriamente observables por las normas de derecho interno,⁵ entre los que destacan la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (cuya jurisdicción ha sido reconocida por la mayoría de los países latinoamericanos),⁶ los convenios de Ginebra sobre Derecho internacional humanitario,⁷ así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por poner sólo algunos significativos ejemplos.

Dada la extraordinaria importancia que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en especial, ha tenido sobre el constitucionalismo latinoamericano, nos ocuparemos de analizar con cierto detalle los estándares normativos y jurisprudenciales que, respecto a la institución en análisis, rigen en el sistema interamericano.

⁵Cfr. Florentín Meléndez, *Los derechos fundamentales en los estados de excepción según el Derecho internacional de los derechos humanos* [tesis doctoral], Madrid, Universidad Complutense, 1997, en especial, pp. 98-119; Leandro Despouy, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, México, UNAM/IIJ, 1999, especialmente, pp. 25-45.

⁶Cfr. Antônio Augusto Cançado Trindade, “Los derechos no susceptibles de suspensión en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia”, en VV.AA., *Estudios básicos de derechos humanos*, tomo VI, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Ministerio Real de Relaciones Exteriores de Noruega, 1996, especialmente, pp. 22 y ss.

⁷Cfr. Denise Plattner, “International Humanitarian Law and Inalienable or Non-Derogable Human Rights”, en Daniel Prémont, Christian Stenersen e Isabelle Oseredczuk (eds.), *Droits intangibles et Etats d'exception*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 349-363; Géza Herczegh, “Estado de excepción y derecho humanitario. Sobre el artículo 75 del Protocolo adicional I”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 9, núm. 65, octubre 1984, pp. 276-287.

La suspensión de derechos y garantías en el sistema interamericano de derechos humanos

En el marco del sistema regional de los derechos humanos, la Corte Interamericana, al interpretar las instituciones del estado de excepción y la suspensión de garantías a que puede dar lugar, consciente del contexto histórico-político en que le corresponde ejercer sus competencias, no ha evitado reflexionar sobre las patológicas experiencias de los países de la región. Dada la trascendencia de sus consideraciones, es pertinente destacar un pasaje muy representativo de su doctrina en este tema:

La suspensión de las garantías puede ser, en algunas hipótesis, el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática. Pero no puede la Corte hacer abstracción de los abusos a que puede dar lugar, y a los que de hecho ha dado en nuestro hemisferio, la aplicación de medidas de excepción cuando no están objetivamente justificadas a la luz de los criterios que orientan el artículo 27 y de los principios que, sobre la materia, se deducen de otros instrumentos interamericanos. Por ello, la Corte debe subrayar que, dentro de los principios que informan el sistema interamericano, la suspensión de garantías no puede desvincularse del «ejercicio efectivo de la democracia representativa» a que alude el artículo 3 de la Carta de la OEA. [...] La suspensión de garantías carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona.⁸

Más allá de los abusos en que riesgosamente pudiera incurrirse, como lo sostiene la Corte Interamericana, la suspensión de garantías es un instrumento cuya previsión es necesaria bajo determinados extremos lícitos para afrontar, con posibilidades de éxito, la propia supervivencia de la sociedad democrática. Es exclusivamente en este sentido que las constituciones latinoamericanas contemporáneas prevén en su práctica totalidad los lineamientos y el procedimiento a seguir para decretar un estado de excepción, de manera que pueda hacerse frente rápida y eficazmente a la situación. Así, el estado de excepción cobra su sentido esencial: erigirse en garantía de la Constitución frente a eventuales situaciones de crisis.⁹

Precisiones conceptuales

El artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, intitulado “suspensión de garantías”, establece que, en caso de guerra, peligro público o de otra emergencia, el Estado parte podrá adoptar disposiciones que “suspendan las obligaciones contraídas” en virtud de la Convención. También dispone que no se autoriza la

⁸Corte IDH, *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A No. 8, párrafo 20.

⁹Cfr. Pedro Cruz Villalón, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 19-23.

“suspensión de los derechos” establecidos en los artículos que ahí se expresan. Por último, alude al “derecho de suspensión” del cual puede hacer uso un Estado parte.¹⁰

Como se puede observar, la Convención Americana introduce al menos cuatro nociones diferentes de suspensión: a) suspensión “de garantías”; b) suspensión “de las obligaciones contraídas”; c) “suspensión de derechos”; y d) derecho de “suspensión”. Por tanto, la primera cuestión importante a dilucidar en este tema es el concepto mismo de la *suspensión* que la Convención hace suyo, y que es, por tanto, el aplicable a la luz del sistema interamericano de derechos humanos.

No obstante la heterogénea fraseología que emplea el artículo 27, la precisión conceptual al respecto se ha venido construyendo mediante la labor interpretativa de la Corte Interamericana. Así, sus pronunciamientos en este tema son ineludible punto de partida para comprender los alcances de la suspensión en el sistema.¹¹

En primer lugar, la expresión “suspensión de garantías” implica en realidad la posibilidad de suspender, momentáneamente, el *goce y ejercicio efectivo* de algunos de los derechos y libertades consagrados en la Convención. Como se encuentra mayormente aceptado por la doctrina contemporánea, los derechos y libertades son, por un lado, instituciones sustantivas cuya aplicación efectiva puede conseguirse a través de sus respectivas garantías; por otro lado, las “garantías” son instituciones de tipo adjetivo establecidas para cumplir este propósito.¹² Las garantías, como sostiene la Corte Interamericana, “[...] sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”.¹³ En consecuencia, la Convención no trata de la suspensión de “garantías” propiamente dichas, sino de la suspensión temporal del pleno y efectivo ejercicio de ciertos derechos y libertades.¹⁴

¹⁰Su texto íntegro es el siguiente: “Artículo 27. *Suspensión de garantías.* // 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. // 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4 (derecho a la vida); 5 (derecho a la integridad personal); 6 (prohibición de la esclavitud y servidumbre); 9 (principio de legalidad y de retroactividad); 12 (libertad de conciencia y de religión); 17 (protección a la familia); 18 (derecho al nombre); 19 (derechos del niño); 20 (derecho a la nacionalidad), y 23 (derechos políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. // 3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión”.

¹¹Sin perjuicio del acceso electrónico facilitado por la página web de la Corte Interamericana, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/>, resulta de gran utilidad la sistematización y los extractos de su jurisprudencia en: Sergio García Ramírez (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 5 vols., México, UNAM/IIJ, 2006-2008.

¹²Sobre estas precisiones conceptuales, véase Francisco Fernández Segado, “Naturaleza y régimen legal de la suspensión general de los derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Político*, núms. 18-19, 1983, pp. 36-37; Domingo García Belaunde, “Suspensión de garantías ¿o de derechos? (Un debate en torno al régimen de excepción peruano)”, en VV. AA., *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, tomo I: Derecho constitucional, México, UNAM, 1988, en especial, pp. 275-277.

¹³Opinión Consultiva OC-8/87, *cit.*, párrafo 25.

¹⁴Así lo entiende la propia Corte Interamericana. En su misma Opinión Consultiva OC-8/87, *cit.*, párrafo 18, expresa lo siguiente: “Del análisis de los términos de la Convención en el contexto de éstos, resulta que no se trata de una ‘suspensión

Las “garantías judiciales” son un supuesto autónomo y específico de derechos humanos no susceptibles de suspensión (artículo 27.2 *in fine*). Ésta es la más correcta utilización dogmática del concepto “garantías”. La Convención también se refiere expresamente a las “garantías judiciales” en su artículo 8º, lo cual tampoco debe inducir a confusión,¹⁵ pues, en opinión de la Corte Interamericana, este artículo “no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención”.¹⁶

En segundo lugar, la Convención posibilita literalmente una “suspensión de las obligaciones contraídas” por un Estado parte en virtud de la misma (artículo 27.1). En efecto, la suspensión de la plenitud y ejercicio de los derechos comporta la inevitable suspensión correlativa de las obligaciones que el Estado parte ha asumido al haber suscrito y aprobado este instrumento internacional. Lo que pone de relieve esta expresión es la autorización de paralizar el deber estatal de salvaguardar los derechos, que es el modo simplemente correlativo de decir que estamos ante la suspensión del goce y ejercicio de derechos y libertades, siempre bajo las precisas condiciones establecidas por las normas convencionales.

En tercer lugar, la Convención también hace alusión a la “suspensión de derechos” (artículo 27.2). A esta expresión no cabe entenderla en su literalidad, sino únicamente como una excepcional suspensión de su goce y ejercicio. Se trata de una suerte de “desconvencionalización” delimitada en el tiempo y en la forma, de aquellos derechos susceptibles de suspensión. Los derechos humanos suspendibles nunca dejan de ser reconocidos por la Convención, sino que ésta solamente autoriza una transitoria parálisis de la plenitud de su vigencia. En otras palabras, los derechos suspendibles no desaparecen, sino que sólo quedan expuestos a intervenciones concretas del Estado, que por virtud de la excepción, queda habilitado para inobservar momentáneamente las obligaciones que frente a ellos ha contraído, de acuerdo con los términos de la Convención.¹⁷

El mismo concepto de la “suspensión de derechos” requiere de precisión doctrinal con respecto a otras instituciones con las que puede confundirse, como la “restricción” o la “limitación” de los derechos.¹⁸ La Corte Interamericana ha distinguido estos con-

de garantías» en sentido absoluto, ni de la «suspensión de los derechos» ya que siendo éstos consustanciales con la persona lo único que podría suspenderse o impedirse sería su *pleno y efectivo ejercicio*” (cursivas nuestras).

¹⁵El texto relevante de este artículo es el siguiente: Artículo 8.1.- “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

¹⁶Corte IDH, *Garantías judiciales en estados de emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párrafo 27.

¹⁷Un análisis en esta dirección, aunque referido al sistema constitucional español, se encuentra en: Tomás de la Quadra-Salcedo Fdez. del Castillo, “La naturaleza de los derechos fundamentales en situaciones de suspensión”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, Universidad Complutense/Facultad de Derecho, Madrid, 1983, en especial, pp. 471-472.

¹⁸Para diversas explicaciones en torno a esas diferencias, véanse: Daniel Zovatto G., *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*, cit. *supra* nota 1, pp. 67-74; Germán González Campaña, “Suspensión de derechos y garantías en estados de emergencia”, en VV. AA., *Derechos humanos*, 5a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Adminis-

ceptos. El artículo 27 permite medidas suspensivas que únicamente pueden actualizarse bajo circunstancias excepcionales. Pero en condiciones de normalidad en ningún momento cabe medida suspensiva alguna, sino solamente medidas de *restricción* al goce y ejercicio de los derechos.¹⁹ Las limitaciones y restricciones de los derechos y libertades están previstas en sus artículos 29 y 30, así como en los preceptos que en particular consagran los derechos humanos en la Convención, que contienen previsiones específicas al respecto.²⁰

En cuarto lugar, la Convención alude al “derecho de suspensión” de los Estados parte (artículo 27.3). En realidad, a partir de las relaciones jurídicas que dimanarían del artículo 27, técnicamente, no puede considerarse que los Estados ostenten un genuino “derecho”, sino que les es concedida una autorización, o, todo lo más, una potestad reglada con base en la cual pueden emitir medidas excepcionales. Los Estados partes no dejan de ser sujetos pasivos de la relación jurídica que entraña la suspensión a que se refiere el artículo 27; suspensión por virtud de la cual quienes ostentan la titularidad de los derechos son los individuos. Por consecuencia, desde un punto de vista técnico, a los Estados no les asiste un verdadero derecho, sino una potestad para suspender las obligaciones contraídas por virtud de la Convención.

Pese a la diversidad terminológica que, en general, emplea la Convención y, en específico, el mismo artículo 27, la Corte Interamericana emplea generalmente la expresión “suspensión de garantías” para referirse al contenido normativo de este precepto,²¹ sin perjuicio de las diversas aclaraciones conceptuales que ha explicitado en su propia jurisprudencia.²²

trativo, 1999, p. VII-1; Sergio García Ramírez y Julieta Morales Sánchez, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, 2a. ed., México, Porrúa/UNAM, 2012, pp. 153-154; Alejandra Medina Mora, Pedro Salazar Ugarte y Daniel Vázquez, *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, México, Porrúa/UNAM, 2015, pp. 60-69.

¹⁹Cfr. Corte IDH, *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A No. 6, párrafo 14.

²⁰Estos artículos disponen lo siguiente: “Artículo 29. *Normas de interpretación*: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza. // Artículo 30. *Alcance de las restricciones*. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

²¹Cfr. Opinión Consultiva OC-8/87, cit., párrafo 18 *in fine*.

²²Cfr. Alejandro Montiel Argüello, “La suspensión de las garantías de los derechos humanos”, *Revista Judicial*, núm. 51, San José, Corte Suprema de Justicia, septiembre 1990, p. 100. Hemos efectuado un análisis de la jurisprudencia interamericana en materia de suspensión de derechos y garantías en: Eduardo Ferrer MacGregor y Alfonso Herrera García, “La suspensión de garantías en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Eduardo Ferrer MacGregor, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, 2a. ed., Madrid, Marcial Pons/UNAM, 2016, pp. 997-1020; véase, asimismo, Gabriela Rodríguez, “Artículo 27: Suspensión de garantías”, *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada* [Christian Steiner y Patricia Uribe, coords.], México/Bogotá, SCJN/Konrad Adenauer Stiftung, 2014, pp. 678-686.

Presupuestos de la suspensión

Como se mencionó con anterioridad, el artículo 27.1 de la Convención prevé que, en caso de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste puede adoptar disposiciones que suspendan sus obligaciones contraídas en virtud de la Convención, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación. Las disposiciones que se adopten no pueden ser incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional, y no deben entrañar discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

El artículo 27 no regula un estado general de las cosas, sino que se dirige a disciplinar un escenario verdaderamente excepcional. Esta excepcionalidad está marcada por las situaciones de “guerra”, “peligro público” u “otra emergencia” que además constituyan una amenaza a la independencia y seguridad de un Estado parte de la Convención. Sin embargo, debe dejarse en claro que, frente a estos supuestos excepcionales, la Convención mantiene su plena vigencia.²³ Lo único que el artículo 27.1 significa es que, actualizándose alguna de las tres situaciones en él mencionadas, es procedente el lícito desencadenamiento de sus extremos normativos. Por tanto, en esta materia rige un principio general de respeto y garantía de los derechos de la Convención, la cual asegura un conjunto inderogable de ellos, mientras que en algunos otros justifica su suspensión en circunstancias muy especiales.

Que las situaciones de “guerra”, “peligro público”, u “otra emergencia” constitutiva de una amenaza a su independencia y seguridad, sean los únicos extremos en que un Estado parte puede adoptar medidas suspensivas de derechos, en principio implica que ninguna disposición de derecho interno podría justificar la ampliación irrazonable de estos escenarios. Esta consideración es importante en la medida en que la calificación de la situación de emergencia corresponde, en un principio, a los propios Estados partes. Para proceder con licitud, los Estados deben observar las exigencias de las normas convencionales. Eventualmente, esa calificación puede ser objeto de revisión por los tribunales internos (según cada derecho nacional), y puede eventualmente ser susceptible de control subsidiario por los órganos del sistema interamericano.

En comparación con la disposición análoga del Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 15.1), el artículo 27.1 de la Convención Americana se presenta como menos restrictivo, al menos desde un punto de vista literal. El Convenio Europeo dispone como necesarios presupuestos de la “derogación” de las obligaciones previstas en él, solamente el “caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación”.²⁴ En realidad, como sostiene Gros Espiell, la diferencia entre estas dispo-

²³Cfr. Corte IDH, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, Sentencia de 23 de noviembre de 2004 (Excepciones preliminares), serie C núm. 118, párr. 114.

²⁴Para una crítica del término “derogación” que en su versión oficial castellana emplea el Convenio Europeo de Derechos Humanos, véase: Pablo Antonio Fernández Sánchez, “La suspensión de las garantías establecidas en el Convenio (art. 15 CEDH)” en Javier García Roca y Pablo Santolaya (coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2a. ed., Madrid, CEPC, 2009, pp. 765 y ss.

siciones se reduce a su texto, pues una interpretación lata de la norma europea puede llegar a la misma conclusión que una interpretación limitada de la norma americana: todo dependerá de la situación, del momento político e institucional y de la sensibilidad frente al caso concreto que muestre el tribunal intérprete.²⁵ Por lo demás, la literalidad de la norma americana resulta más protectora y más precisa que la europea, pues expresamente impone la obligatoriedad de especificar la limitación temporal de las medidas y (a semejanza del artículo 4.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) prohíbe que las mismas entrañen discriminación por razón de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social, condiciones que no explicita la norma europea. Esto en ningún momento significa que a partir de una conveniente interpretación sistemática del Convenio europeo no puedan obtenerse los mismos resultados protectivos que la Convención Americana opta por dejar explícitos.

Asimismo, al igual que su homólogo europeo, el artículo 27.1 de la Convención Americana establece que las medidas que por la emergencia pueden adoptarse no pueden ir en contra de las obligaciones contraídas por virtud del Derecho internacional. Los Estados partes deben ser muy escrupulosos a la hora de dictarlas, por ejemplo, de cara al respeto del Derecho internacional humanitario. Por virtud de normas de Derecho humanitario, en caso de conflictos armados internacionales o internos, resultan insuspendibles ciertos derechos de los integrantes de las fuerzas armadas, prisioneros de guerra o de la población civil.²⁶

Límites y control de la potestad suspensoria: los derechos humanos insuspendibles

Límites genéricos a la suspensión

El artículo 27.1 de la Convención dispone una serie de limitaciones a la capacidad de los Estados para suspender el ejercicio de ciertos derechos de la Convención. Los requisitos y condiciones previstos en este artículo son, en sí mismos, los primeros límites a la actuación de los Estados partes en situaciones de emergencia. A partir de ahí, la Corte Interamericana ha construido un abanico más o menos amplio de límites a la actuación estatal.

La Corte ha sostenido que las disposiciones convencionales que rigen la suspensión deben interpretarse a partir del principio de que ningún derecho de la Convención

²⁵Cfr. Héctor Gros Espiell, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 125.

²⁶Cfr. Alejandro Ramelli Arteaga, “El derecho internacional humanitario ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IX, 2009, pp. 65-66. En general, para una tesis favorable a una aplicación más decisiva del derecho internacional humanitario por parte de la Corte Interamericana, véase: Fanny Martin, “Application du Droit International Humanitaire par la Cour Interaméricaine des Droits de l’homme”, *International Review of the Red Cross*, vol. 83, núm. 844, diciembre 2001, pp. 1037-1065.

puede ser suspendido, excepto cuando se cumplan todos y cada uno de los requisitos y condiciones que exige el artículo 27.1. Ahora bien, pese a que lleguen a cumplirse perfectamente los requisitos y condiciones del artículo 27.1, varios derechos no admiten nunca suspensión bajo circunstancia alguna, por más grave que pueda revelarse la situación de emergencia.²⁷ Se trata de derechos “insuspendibles”, derechos que forman parte de un “núcleo inderogable” de los derechos humanos que consagra el sistema interamericano.²⁸

El artículo 27.2 no autoriza la suspensión de los derechos contenidos en los siguientes artículos: 3º (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4º (derecho a la vida); 5º (derecho a la integridad personal); 6º (prohibición de la esclavitud y servidumbre); 9º (principio de legalidad y de retroactividad); 12 (libertad de conciencia y de religión); 17 (protección a la familia); 18 (derecho al nombre); 19 (derechos del niño); 20 (derecho a la nacionalidad), y 23 (derechos políticos), así como las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. Así, la Convención Americana supera en amplitud de derechos expresamente insuspendibles a las proclamaciones análogas tanto del artículo 4.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, como del 15.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Tomando como referencia el Convenio Europeo, en el listado americano de derechos pueden distinguirse dos clases de derechos: derechos insuspendibles que no están reconocidos como tales en el sistema europeo, y derechos insuspendibles que no están siquiera expresamente establecidos como derechos en el sistema europeo. Dentro de los primeros se encuentran la libertad de conciencia y religión, y los derechos políticos: éstos son insuspendibles bajo la Convención Americana pero no en la europea, pese a estar consagrados en ella. Dentro del segundo grupo se encuentran el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la protección de la familia, el derecho al nombre, los derechos del niño y el derecho a la nacionalidad, que, *per se*, no están reconocidos formalmente como derechos en el Convenio Europeo.

La Convención Americana supera igualmente la textualidad del Convenio Europeo al disponer que tampoco pueden suspenderse los instrumentos procesales indispensables para la tutela de los derechos sustantivos insuspendibles. Ello se traduce en que no puede obstaculizarse la actuación de los tribunales para hacer valer dichos instrumentos procesales, incluso bajo estados de excepción.

Ahora bien, que el conjunto de los derechos sea más amplio en el texto de la Convención Americana no necesariamente se traduce en un mayor proteccionismo, sino que simplemente refleja distintas concepciones de los derechos insuspendibles. Para Gros Espiell, por ejemplo, la enumeración extensa de derechos en la Convención Ame-

²⁷Cfr. Opinión Consultiva OC-8/87, *cit.*, párrafo 21.

²⁸Así es considerado por ejemplo el derecho a la vida (artículo 4º), que es uno de los expresamente mencionados en el artículo 27.2. Cfr. Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, Sentencia de 31 de enero de 2006 (Fondo, reparaciones y costas), serie C núm. 140, párrafo 119; *Caso Baldeón García vs. Perú*, Sentencia de 6 de abril de 2006 (Fondo, reparaciones y costas), serie C núm. 147, párrafo 82; *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)*, Sentencia de 5 de julio de 2006 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), serie C núm. 150, párrafo 63; *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, reparaciones y costas), serie C núm. 166, párrafo 78.

ricana puede provocar la tendencia a vulnerarlo, aunque tampoco la fórmula restringida del Convenio Europeo resulte la ideal.²⁹

En efecto, si bien es apreciable la generosidad de la Convención Americana, quizá ampliándose de este modo las posibilidades de su incumplimiento, también lo es que su fórmula responde a las circunstancias de la particular historia política latinoamericana y se encuentra en la línea del principio de progresividad de los derechos. En este sentido, con su amplitud, la Convención Americana busca la expansión de la tutela, esto es, mejorar y fortalecer el grado de protección de los derechos, y en ningún momento debilitarlo.³⁰

EL artículo 27 no agota el cúmulo de límites infranqueables a la suspensión de garantías. La Corte Interamericana se ha hecho cargo de avanzar los extremos de tales límites en vía jurisprudencial, sobre todo, a través de opiniones consultivas.³¹ En su Opinión Consultiva OC-3/1983 [*Restricciones a la pena de muerte*] introdujo un medular criterio en torno a las reservas que los Estados partes pueden formular a la Convención Americana cuando tales reservas pretendan referirse a derechos consagrados como insuspendibles por el artículo 27. En esa opinión consultiva, la Corte interpreta el artículo 27 en relación con el 75 de la Convención, que regula el objeto de las reservas. La Corte certifica que el artículo 75 tiene sentido si se entiende como una autorización expresa a los Estados para formular cualesquiera reservas que estime por conveniente. Pero no puede soslayarse que dichas reservas tienen un límite insuperable: nunca pueden ser incompatibles con el objeto y fin del tratado.³²

Por ejemplo, el derecho a la vida, consagrado en el artículo 4º, es uno de los derechos básicos frente al cual la suspensión de las obligaciones contraídas por el Estado parte no es permisible. Pues bien, “toda reserva destinada a permitir al Estado la suspensión de uno de esos derechos fundamentales, cuya derogación está en toda hipótesis prohibida, debe ser considerada como incompatible con el objeto y fin de la Convención y, en consecuencia, no autorizada por ésta”.³³ Si la reserva que se formule solamente restringiera algunos aspectos de un derecho no derogable, sin privarlo de su propósito básico, se evitaría su incompatibilidad con la Convención.

Resulta de interés traer a colación la posición de la Corte respecto a la prácticamente nula implicación que tiene la suspensión de garantías para la vigencia del Estado de Derecho. Frente a la excepcionalidad de las medidas restrictivas de derechos y libertades en *tiempos de emergencia*, se encuentran los *tiempos de normalidad* en los cuales tales medidas están prohibidas, o se hallan sometidas a un escrutinio jurisdic-

²⁹Cfr. Héctor Gros Espiell, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, cit. supra nota 25, p. 128.

³⁰Para una idea similar, véase: Cançado Trindade, Antônio Augusto, “Los derechos no susceptibles de suspensión en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia”, cit. supra nota 6, p. 21.

³¹Cfr. Daniel Zovatto G., “La interpretación del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista IIDH*, núm. 7, San José (Costa Rica), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, enero-junio 1988, pp. 43-65.

³²Cfr. Corte IDH, *Restricciones a la Pena de Muerte* (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983, Serie A No. 3, especialmente, párrafos 60-62.

³³Opinión Consultiva OC-3/83, cit. nota anterior, párrafo 61.

cional más riguroso. Por ejemplo, como sucedió en el caso *Castillo Páez vs. Perú*, cuando el Estado no justifica la detención de la víctima por agentes policiales sin intervención judicial y sin que tampoco estuviese vigente un estado de emergencia, sino condiciones de normalidad, procede obviamente declarar la violación del derecho a la libertad personal.³⁴

La suspensión de garantías en ningún momento significa la suspensión del Estado de Derecho o una autorización al gobierno para apartarse del principio de legalidad.³⁵ Es cierto que bajo la vigencia de las medidas suspensorias los límites a la actuación del poder público son distintos de los vigentes en condiciones *normales*, pero eso no significa que puedan considerarse inexistentes. El gobierno no está investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que está autorizada la situación de la “legalidad excepcional de emergencia”.³⁶ La suspensión de garantías no debe exceder la medida de lo estrictamente necesario, por lo cual resulta ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde los límites que deben estar precisamente indicados en las disposiciones que decretan el estado de excepción.³⁷

Por otro lado, debe recordarse que más allá de los derechos enumerados en el artículo 27.2, otros instrumentos interamericanos confirman la inderogabilidad de ciertos derechos bajo las circunstancias de guerra, excepción, emergencia o de sitio. Así, por ejemplo, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte reitera en su preámbulo que el derecho a la vida no puede ser suspendido por ninguna causa. El artículo 5º de la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura dispone que el estado de guerra, amenaza de guerra, estado de sitio o emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política o calamidades públicas, bajo ninguna circunstancia justifican el delito de tortura. Por su parte, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas establece que los Estados partes se comprometen a “no practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales” (artículo I-a). También establece que en ningún caso pueden invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, para justificar la desaparición forzada de personas. En estos casos, el derecho a procedimientos o recursos judiciales rápidos y eficaces permanece como medio para determinar el paradero de las personas privadas de libertad o su estado de salud, o bien para individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o que la hizo efectiva (artículo X.1).

³⁴Cfr. Corte IDH, *Caso Castillo Páez vs. Perú*, Sentencia de 3 de noviembre de 1997 (Fondo), serie C núm. 34, párrafo 56.

³⁵Para un estudio en el que se desarrolla este punto de vista, véase: Andrej Zwitter, “The Rule of Law in Times of Crisis. A Legal Theory on the State of Emergency in the Liberal Democracy”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Franz Steiner Verlag, vol. 98, núm. 1, enero 2012, pp. 95-111.

³⁶Cfr. Opinión Consultiva OC-8/87, *cit.*, párrafos 24, 39 y 40; y Opinión Consultiva OC 9/87, *cit.*, párrafos 35-37.

³⁷Véanse: Opinión Consultiva OC-8/87, *cit.*, párrafo 38; Opinión Consultiva OC-9/87, *cit.*, párrafo 36; Corte IDH, *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, reparaciones y costas), serie C núm. 52, párrafo 109.

Límites a la potestad suspensoria de los Estados partes en materia de “garantías judiciales indispensables”

a) *El hábeas corpus como garantía judicial indispensable e insuspendible.* La Convención Americana es el primer instrumento del Derecho internacional de los derechos humanos que prohíbe expresamente la suspensión de “garantías judiciales indispensables” en cuanto derechos que sirven de vehículos de protección a otros derechos que, a la vez, tampoco pueden ser suspendidos.³⁸ Estas “garantías” son autónomos derechos humanos consagrados como inderogables por la Convención.³⁹ Para la jurisprudencia interamericana, principalmente generada mediante opiniones consultivas,⁴⁰ las “garantías judiciales indispensables” han cobrado un especial interés en materia de suspensión.

La Corte Interamericana ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto en las importantes opiniones consultivas OC-8/87 [*El habeas corpus bajo suspensión de garantías*], solicitada por la Comisión Interamericana, y la OC-9/87 [*Garantías judiciales en estados de emergencia*], solicitada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay.

En la Opinión Consultiva OC-8/87, el interrogante principal que se formulaba era el siguiente: ¿el recurso de habeas corpus cuyo fundamento jurídico se encuentra en los artículos 7.6 y 25.1 de la Convención es susceptible de suspensión? La cuestión que se sometía a la consideración de la Corte estaba justificada en la medida en que la última parte del artículo 27, por un lado, es muy abierta al disponer que no pueden suspenderse “las garantías judiciales indispensables para la protección” de los derechos enumerados en ese mismo precepto. Por otro lado, en este punto también resulta omisa al no determinar explícitamente si los artículos 7.6 y 25.1, fundamento del hábeas corpus, resultan ser parte de un derecho no suspendible.

Interesa destacar los siguientes tres argumentos de la Corte Interamericana. En primer lugar, como lo dispone el artículo 1.1 de la Convención, los Estados partes están comprometidos “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 [...]”. La Corte debe velar no sólo porque los Estados partes respeten los derechos y libertades de la Convención, sino también sus garantías, esto es, los medios idóneos para que los primeros sean efectivos en toda circunstancia.⁴¹

En segundo lugar, el concepto de derechos y libertades inherentes a la persona y el de sus garantías es inseparable del sistema de valores y principios que inspira dicho concepto. En una sociedad democrática tales derechos y libertades, sus garantías y el

³⁸ Así lo destaca la propia Corte Interamericana en su Opinión Consultiva OC-8/87, *cit.*, párrafo 36 *in fine*.

³⁹ Cfr. José Miguel Onaindía, “La suspensión de garantías judiciales según la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Político*, núm. 33, 1991, pp. 427-436.

⁴⁰ En general, sobre la competencia consultiva de la Corte Interamericana, véase: Manuel E. Ventura Robles y Daniel Zovatto, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Naturaleza y principios 1982-1987*, Madrid, Civitas, 1989, pp. 27 y ss.

⁴¹ Cfr. Opinión Consultiva OC-8/87, *cit.*, párrafo 25.

Estado de Derecho constituyen una *tríada*, “cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”.⁴²

En tercer lugar, el hábeas corpus cumple una función esencial: la de servir de medio para controlar el respeto a derechos tan esenciales como la vida y la integridad de las personas. Impide la desaparición o la indeterminación del lugar de la detención, así como protege contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.⁴³ En este sentido, autorizar la suspensión del habeas corpus sería tanto como permitir la suspensión de derechos que expresamente se encuentran en el núcleo inderogable de la Convención.

A los efectos del artículo 27.2, deben considerarse indispensables “aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades a que se refiere dicho artículo y cuya supresión o limitación pondría en peligro esa plenitud”. Que las garantías deban ser “judiciales” significa que de este carácter deben ser los medios idóneos para proteger los derechos. Tales medios, por tanto, deben estar a cargo de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones bajo el estado de excepción.⁴⁴

En conclusión, la Corte determinó que tanto el habeas corpus, establecido en el artículo 7.6,⁴⁵ como el recurso de amparo, consagrado en el artículo 25.1,⁴⁶ son “garantías judiciales indispensables” para la protección de los derechos cuya suspensión está prohibida y, en esa medida, ellas mismas constituyen también derechos insuspendibles.⁴⁷ Por tanto, a partir de la OC 8/87, deben retenerse dos consideraciones básicas. La primera es que los artículos 7.6 y 25.1 son *implícitos* derechos insuspendibles a los efectos del artículo 27.2. La segunda es que todos los ordenamientos constitucionales y legales de los Estados partes que autoricen, ya sea explícita o implícitamente, la suspensión del procedimiento de habeas corpus o el de amparo en situaciones de

⁴²Cfr. Opinión Consultiva OC-8/87, *cit.*, párrafo 26; y Opinión Consultiva OC 9/87, *cit.*, párrafo 35; Corte IDH, *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993, Serie A No. 13, párrafo 31.

⁴³Cfr. Opinión Consultiva OC-8/87, *cit.*, párrafo 35.

⁴⁴Cfr. Opinión Consultiva OC-8/87, *cit.*, párrafos 29 y 30; y Opinión Consultiva OC 9/87, *cit.*, párrafo 20.

⁴⁵De acuerdo con este artículo, el procedimiento consiste en lo siguiente: “Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona”.

⁴⁶Este precepto establece que: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. En su Opinión Consultiva OC-9/87, *cit.*, párrafos 22-24, la Corte confirma y robustece sus argumentos sobre el amparo como medio procesal aplicable a los derechos no susceptibles de suspensión en estados de emergencia.

⁴⁷Ambas instituciones se hallan indisolublemente unidas en razón de que el amparo es el género en tanto que el habeas corpus constituye uno de sus aspectos específicos. Cfr. Opinión Consultiva OC-8/87, *cit.*, párrafo 34.

emergencia, deben considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales que a esos Estados impone la Convención.⁴⁸

Aún más, para considerar cabalmente cumplidas las exigencias del artículo 27.2, no basta que los decretos relativos a la situación de emergencia efectivamente no suspendan de modo expreso la acción o recurso de habeas corpus. La situación de emergencia tampoco debe llevar a una ineficacia *de facto* del instrumento procesal, en perjuicio de las presuntas víctimas. Esta situación fue la que se constató en el caso *Neira Alegría y otros vs. Perú*. En este asunto, el control y jurisdicción de las fuerzas armadas se tradujo en una suspensión implícita de la acción de habeas corpus como consecuencia de la aplicación de los decretos de emergencia y la zona militar restringida. En consecuencia, la Corte determinó que el Perú violó el derecho de habeas corpus en conexión con el artículo 27.2 de la Convención.⁴⁹

Semejantes parámetros son valederos, desde luego, para cualquier derecho señalado como no suspendible por el artículo 27.2. Por ejemplo, en el caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, la Corte Interamericana consideró igualmente la vulneración de este precepto en relación con el artículo 2º de la Convención, aun cuando el decreto de emergencia no suspendía expresamente los derechos afectados. En este asunto, el decreto no dispuso la suspensión del derecho a la vida, ni la de las garantías judiciales indispensables para la protección de derechos insuspendibles. Sin embargo, el decreto de emergencia fue emitido en el marco de la Ley de Seguridad Nacional cuyas normas ordenaban que, mientras durara la emergencia, ciertos hechos delictivos de determinada gravedad quedaran bajo la jurisdicción penal militar. Estas normas resultaban contrarias al derecho al juez natural de las personas que hubieren incidido en hechos presuntamente delictivos durante el estado de excepción, de quienes se hubieren visto afectados por ese hecho, o de sus familiares. Esta situación podría impedir, sostuvo la Corte, un adecuado e independiente control de compatibilidad de la suspensión de garantías con la Convención.⁵⁰

Asimismo, la Corte Interamericana ha concluido que otros derechos no expresamente enumerados en el artículo 27.2 como insuspendibles, encuentren, sin embargo, un mínimo de protección judicial en situaciones de emergencia. Así, por ejemplo, en el caso *Loayza Tamayo vs. Perú* declaró que si bien es cierto que la libertad personal no está incluida expresamente entre tales derechos, no debe perderse de vista que el habeas corpus sí es una garantía judicial indispensable no suspendible. Por ello, si un recurrente no puede promover las acciones de garantía para salvaguardar su libertad o para cuestionar la legalidad de su detención, el Estado viola sus derechos a la libertad perso-

⁴⁸Cfr. Opinión Consultiva OC-8/87, *cit.*, párrafos 42-43, y su punto resolutivo. *Mutatis mutandis*: Opinión Consultiva OC-9/87, *cit.*, párrafos 26, 31-33.

⁴⁹Véase: Corte IDH, *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*, Sentencia de 19 de enero de 1995 (Fondo), serie C núm. 20, párrafos 77-84 y punto resolutivo 2. Véase, asimismo: Corte IDH, *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*, Sentencia de 16 de agosto de 2000 (Fondo), serie C núm. 68, párrafos 106-110, en donde la Corte arriba a igual conclusión.

⁵⁰Véase: Corte IDH, *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, reparaciones y costas), serie C núm. 166, párrafos 59-71.

nal y a la protección judicial reconocidos, respectivamente, en los artículos 7 y 25 de la Convención.⁵¹

b) *Reforzamiento jurisprudencial de las garantías judiciales en situaciones de emergencia*. En la Opinión Consultiva 9/87, las específicas cuestiones que el Gobierno del Uruguay sometía a la consideración de la Corte Interamericana, fueron dos: a) La relación normativa entre el artículo 27.2 y los artículos 8.1 y 25 de la Convención; y b) la determinación precisa de cuáles son las “garantías judiciales indispensables” a que se refiere el artículo 27.2.

En la OC-9/87 la Corte es más detallista en sus argumentos que en la OC-8/87, al interpretar el artículo 25.1. Este precepto obliga a los Estados a ofrecer a todas las personas un recurso judicial efectivo contra violaciones de sus derechos, y la garantía ahí consagrada se aplica no sólo respecto a derechos contenidos en la Convención, sino también respecto a aquéllos reconocidos por la Constitución o por la ley. Así, la Corte concluyó que el *entero régimen de protección judicial* dispuesto por el artículo 25, es aplicable a los derechos no suspendibles en situaciones de emergencia.⁵² En otras palabras, al lado del habeas corpus, cualquier recurso efectivo ante jueces y tribunales competentes, destinado a garantizar el respecto de derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada en situación de emergencia, es también una “garantía judicial indispensable” a efectos del artículo 27.2.⁵³

Además, también deben considerarse como “garantías judiciales indispensables” que no pueden suspenderse, los procedimientos judiciales inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (artículo 29, c), previstos en el derecho interno de los Estados partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención, y cuya supresión o limitación propicia la indefensión de tales derechos.⁵⁴ En esta dirección, para importantes juristas como Héctor Fix-Zamudio, el ámbito prohibitivo de suspensión incluso debería extenderse al derecho a la revisión judicial de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas.⁵⁵

En lo tocante al derecho al debido proceso legal consagrado en el artículo 8, la Corte avanzó también sus perfiles garantistas al concluir que ese derecho “debe entenderse como aplicable, en lo esencial, a todas las garantías judiciales referidas en la Convención Americana, aun bajo el régimen de suspensión regulado por el artículo 27 de la misma”. Los principios del debido proceso legal constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales regulados por la Convención puedan considerarse como genuinas garantías judiciales.⁵⁶ Si con anterioridad la Corte había con-

⁵¹Cfr. Corte IDH, Caso Loayza Tamayo vs. Perú, Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (Fondo), serie C núm. 33, párrafos 50-55.

⁵²Cfr. Opinión Consultiva OC-9/87, *cit.*, párrafos 22-26, y punto resolutive 1.

⁵³Cfr. Héctor Fix-Zamudio, “Los estados de excepción y la defensa de la Constitución”, *cit. supra* nota 1, pp. 833-834.

⁵⁴Opinión Consultiva OC-9/87, *cit.*, párrafos 34-39, y punto resolutive 2.

⁵⁵Cfr. Héctor Fix-Zamudio, “Los estados de excepción y la defensa de la Constitución”, *cit. supra* nota 1, p. 834.

⁵⁶Cfr. Opinión Consultiva OC-9/87, *cit.*, párrafos 29 y 30, y punto resolutive 3.

cluido que son “garantías judiciales indispensables” las contenidas en los artículos 7.6 y 25.1, en la OC-9/87 complementa este razonamiento al sostener que estas garantías deben considerarse dentro del marco y de conformidad con los principios del artículo 8º, así como los inherentes a la preservación del Estado de Derecho, aun bajo la legalidad excepcional de emergencia.⁵⁷

Con respecto a la segunda cuestión formulada por el Gobierno de Uruguay, la Corte Interamericana sostiene lo siguiente: no es posible ni aconsejable que se fije una enumeración exhaustiva de todas las posibles “garantías judiciales indispensables” que no pueden ser suspendidas con base en el artículo 27.2. En realidad, estas garantías dependerán en cada caso del análisis del ordenamiento jurídico y la práctica del Estado parte acerca de cuáles son los derechos involucrados y los hechos concretos que motiven el caso.⁵⁸

c) *Parámetros jurisprudenciales para el control jurisdiccional de las medidas suspensivas de derechos.* Como se ha visto, las limitaciones que impone el sistema interamericano a la actuación del poder estatal en condiciones de excepción responden a la exigencia de que, aun bajo graves circunstancias de inestabilidad política, subsistan medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten, con el fin de que éstas se adecuen razonable y proporcionalmente a las estrictas necesidades de la situación.⁵⁹

Habida cuenta de los parámetros que impone la Convención a la actuación de un Estado parte, ¿cómo se ejerce un control objetivo de dicha actuación al verificarse la suspensión de garantías? En su Opinión Consultiva OC-8/87, la Corte Interamericana sostiene que, toda vez que el artículo 27.1 contempla distintas circunstancias y que las medidas que se adopten han de ajustarse a las necesidades de cada situación, resulta claro que lo permisible en unos casos puede no serlo en otros. El control de compatibilidad con la Convención de las medidas adoptadas tiene un objeto relativo, evaluable necesariamente *ad casum*. Debe valorarse cada una de las circunstancias especiales a que se refiere el precepto, y será en función del carácter, intensidad, profundidad y el particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad de las medidas, que habrá de determinarse si se hallan apegadas a las exigencias de la Convención.⁶⁰

Como se sostiene en la sentencia al caso Zambrano Vélez y otros *vs.* Ecuador, es obligación del Estado determinar las razones y motivos que llevan a las autoridades internas a declarar el estado de emergencia. En una primera instancia corresponde a las autoridades nacionales ejercer el “adecuado y efectivo control de esa situación y que la suspensión declarada se encuentre, conforme a la Convención «en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación»”. Los Estados no poseen una discrecionalidad incontestable. Eventualmente, corresponde a los órganos del sistema interamericano, en el marco de sus respectivas competencias, ejercer

⁵⁷ Cfr. Opinión Consultiva OC-9/87, *cit.*, párrafo 38.

⁵⁸ Cfr. Opinión Consultiva OC-9/87, *cit.*, párrafo 40. Véase también: Opinión Consultiva OC-8/87, *cit.*, párrafo 28.

⁵⁹ Véase: Opinión Consultiva OC-9/87, *cit.*, párrafo 21; Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, reparaciones y costas), serie C núm. 52, párrafo 109.

⁶⁰ Cfr. Opinión Consultiva OC-8/87, *cit.*, párrafo 22.

ese control en forma subsidiaria y complementaria. En su caso, la Corte Interamericana podrá analizar la conformidad de los actos del Estado a las obligaciones establecidas en el artículo 27 de la Convención, en relación con otras disposiciones de la misma que sean objeto de la controversia.⁶¹

Las consideraciones jurídicas de la sentencia recaída al caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador* constituyen un muy buen ejemplo de aplicación de los parámetros de control por parte de la Corte Interamericana. En los hechos de este caso, las autoridades ecuatorianas emitieron el decreto núm. 86 en el cual consideraban que existía “un grave estado de conmoción interna en el territorio nacional y, especialmente en las ciudades de Quito y Guayaquil” como consecuencia de “hechos de vandalismo, atentados contra la integridad física de las personas y considerables perjuicios a la propiedad pública y privada”. A juicio de las autoridades estatales, este escenario requería la adopción de medidas excepcionales.

Al analizar el decreto referido, la Corte observó que éste no fijó un límite espacial definido para la aplicación de las medidas, sino que dispuso la intervención de las fuerzas armadas en todo el territorio nacional. El decreto tampoco determinó un límite temporal para la intervención militar que permitiera saber con precisión la duración de la misma, ni estableció con claridad los derechos que serían suspendidos, esto es, el alcance material de la suspensión, como tampoco se apreció que tales límites se desprendieran de la Ley de Seguridad Nacional en la cual se fundamentaban las medidas.⁶²

Para la Corte, una intervención militar de tan extendidos alcances, y en función de objetivos tan amplios y difusos, a consecuencia de la suspensión de garantías operada, sobrepasó la facultad reconocida a los Estados por la Convención. La Corte recuerda que esta suspensión debe operar como una medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, y —abunda— no constituye un medio para enfrentar la criminalidad común.⁶³

d) *Procedimiento a cargo del Estado parte que declare una suspensión de garantías.* El artículo 27.3 de la Convención dispone que:

Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados partes en la [...] Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

Se trata de una norma equivalente a las que para sus respectivos ámbitos de aplicación disponen el artículo 4.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 15.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁶¹Corte IDH, Caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, reparaciones y costas), serie C núm. 166, párrafo 47.

⁶²*Ibidem*, párrafos 48 y 94.

⁶³*Ibidem*, párrafo 52.

La Corte Interamericana ha puntualizado que el cumplimiento del artículo 27.3 es un “requisito indispensable” del procedimiento de suspensión de garantías en estados de emergencia.⁶⁴ También ha dicho que esta obligación internacional de los Estados parte constituye un mecanismo enmarcado en la noción de garantía colectiva subyacente a la Convención, en cuanto su objeto y fin último es la protección del ser humano. Tal obligación constituye una salvaguarda adicional para prevenir el abuso de las facultades excepcionales de suspensión de garantías y permite a los otros Estados parte apreciar que los alcances de esa suspensión sean acordes con las disposiciones de la Convención.⁶⁵

La Corte ha declarado la falta de observancia del procedimiento previsto en el artículo 27.3, por ejemplo, en el caso del *Caracazo vs. Venezuela*, en relación con la suspensión de garantías constitucionales por la situación de excepción durante los meses de febrero y marzo de 1989 en la ciudad de Caracas.⁶⁶ También encontró la violación de este precepto en el caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador* en virtud de que el decreto estatal no. 86 de 3 de septiembre de 1992, que ordenó el estado de emergencia en todo el territorio nacional de ese país, tampoco cumplimentó los términos del artículo 27.3 de la Convención al no haber informado inmediatamente a los demás Estados parte, por conducto del Secretario General de la Organización de Estados Americanos.⁶⁷

Consideraciones conclusivas

El derecho comparado latinoamericano de la suspensión de derechos y garantías evidencia una variabilidad terminológica y normativa de la institución. En términos generales, los ordenamientos constitucionales difieren en las condiciones que deben reunirse para la procedencia de una declaración de excepción, empezando por su denominación, los motivos en los cuales se justifica, las autoridades autorizadas para emitirla y aplicarla, los derechos susceptibles de suspensión, los límites de las medidas adoptadas, o los efectos y temporalidad de las propias medidas; así como la existencia y características de un eventual control judicial de constitucionalidad de estas medidas.

Sin embargo, en los últimos años, el sistema interamericano de derechos humanos ha tenido una notable influencia en las transformaciones del derecho positivo interno de los Estados miembros en esta materia, a partir de las disposiciones de la Convención Americana y de otros instrumentos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En este proceso, ha sido determinante el papel que ha

⁶⁴Véase: Corte IDH, caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, reparaciones y costas), serie C núm. 72, párrafo 92.

⁶⁵Véase: Corte IDH, caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, reparaciones y costas), serie C núm. 166, párrafo 70.

⁶⁶Corte IDH, caso del Caracazo vs. Venezuela, Sentencia de 11 de noviembre de 1999 (Fondo), serie C núm. 58, párrafo 42, en relación con los párrafos 1 y 2.

⁶⁷Véase: Corte IDH, caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, *cit.*, párrafos 69-70.

jugado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, empezando precisamente por la clarificación conceptual de la institución y de sus supuestos de procedencia.

Pese a que la configuración de la suspensión de garantías en la Convención Americana sobre Derechos Humanos plantea *prima facie* algunos dilemas de índole semántico, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha ido precisando sus contornos en un doble sentido: robusteciendo las garantías de los derechos humanos insuspendibles y, correlativamente, imponiendo cada vez más ambiciosos límites a la actuación de los Estados partes. De esta manera, la jurisprudencia interamericana se ha convertido en una fuente dinamizadora de estándares que actúan como desincentivadores de los riesgos de abuso del poder en materia de derecho de excepción; un abuso que con frecuencia se hizo lamentablemente presente en las sociedades políticas latinoamericanas, en el pasado.

La Convención Americana es muy amplia a la hora de enumerar los derechos no susceptibles de suspensión (artículo 27.2). En este sentido, supera las disposiciones análogas del Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 15.2) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 4.2). Esta circunstancia debe valorarse positivamente porque pretende responder con contundencia a la intolerancia del sistema interamericano frente a los riesgos de ampliación del poder de excepción por los Estados. Esta amplitud también se explica bajo la lógica de conseguir una mayor extensión del “núcleo duro” de los derechos inderogables en la región. La amplitud de los derechos inderogables orienta la expansión de su protección. La sola existencia de estas normas constituye un no desdeñable ingrediente para consolidar una cada vez más expandida cultura jurídica interamericana del núcleo inderogable de los derechos humanos, lo que también coadyuva a la construcción de un *ius constitutionale commune* en la región.⁶⁸

Una notoria manifestación de la convicción expansiva del sistema interamericano en esta materia es la inclusión expresa de las “garantías judiciales indispensables” como derechos insuspendibles en el artículo 27.2 de la Convención. Se trata del primer instrumento jurídico internacional en traducir tales garantías en derechos humanos inderogables. La Corte Interamericana se ha encargado además de ensanchar los extremos que tales garantías comportan, principalmente mediante dos importantes opiniones consultivas pronunciadas en 1987 pero que continúan siendo sus principales aportaciones en este ámbito: las OC-8/87, de 30 de enero, y OC-9/87, de 6 de octubre.

Así, en el sistema interamericano, forman parte de las garantías judiciales indispensables e insuspendibles el recurso al habeas corpus (artículo 7.6) y el recurso de amparo (artículo 25.1) pese a que no se consagran explícitamente como derechos no susceptibles de suspensión. Los estándares protectivos se expanden a cualquier recur-

⁶⁸ Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, UNAM-MPIL-IIDC, 2010, dos vols.; Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer MacGregor (eds.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, UNAM-MPIL-IIDC, 2011.

so efectivo ante jueces y tribunales competentes, destinado a garantizar el respeto de derechos no suspendibles. Un recurso efectivo no puede ser objeto de suspensión en situaciones de emergencia. Tampoco son suspendibles los procedimientos judiciales inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (art. 29, *c*) previstos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos del artículo 27.2. Además, las garantías judiciales indispensables deben ejercitarse dentro del marco y los principios básicos del debido proceso legal (artículo 8º) bajo las circunstancias de la suspensión de garantías. La construcción jurisprudencial de estos principios sigue la lógica de que se trata de instrumentos idóneos para garantizar la eficacia de derechos a los que la propia Convención consagra como no suspendibles.

Las circunstancias históricas de la región registran experiencias irreverentes con los derechos humanos de la población. En este complejo contexto, y frente a la potencialidad de nuevas amenazas, la jurisprudencia interamericana ha sido un factor de reforzamiento del estatus normativo de los derechos humanos y sus garantías en los ordenamientos constitucionales de los Estados que integran el sistema interamericano.

Bibliografía

- BOGDANDY Armin von, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, UNAM-MPIL-IIDC, 2010, dos vols.
- , Héctor Fix-Fierro, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer MacGregor (eds.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, UNAM-MPIL-IIDC, 2011.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, “Los derechos no susceptibles de suspensión en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia”, en VV. AA., *Estudios básicos de derechos humanos*, tomo VI, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Ministerio Real de Relaciones Exteriores de Noruega, 1996.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Tecnos, 1984.
- DESPOUY, Leandro, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, México, UNAM/IIJ, 1999.
- ESPINOSA-SALDAÑA Barrera, Eloy, “El juez constitucional y sus márgenes de acción durante la vigencia de un estado de excepción”, en VV. AA., *Derecho constitucional para el siglo XXI: Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, vol. 2, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2006.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio, “La suspensión de las garantías establecidas en el Convenio (art. 15 CEDH)” en Javier García Roca y Pablo Santolaya (coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2a. ed., Madrid, CEPC, 2009.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “Naturaleza y régimen legal de la suspensión general de los derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Político*, núms. 18-19, 1983.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Alfonso Herrera García, “La suspensión de garantías en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, 2a. ed., Madrid, Marcial Pons/UNAM, 2016.

- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Los estados de excepción y la defensa de la Constitución”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 111, septiembre-diciembre de 2004.
- FLORES DAPKEVICIUS, Rubén, “Los poderes de emergencia en Uruguay”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 19, julio-diciembre 2008.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “Regímenes de excepción en las constituciones latinoamericanas”, en *Teoría y práctica de la Constitución peruana*, tomo 1, Lima, Editorial y Distribuidora de Libros, 1987.
- , “Suspensión de garantías ¿o de derechos? (Un debate en torno al régimen de excepción peruano)”, en VV. AA., *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, tomo 1: Derecho constitucional, México, UNAM, 1988.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 5 vols., México, UNAM/IJ, 2006-2008.
- y Julieta Morales Sánchez, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, 2a. ed., México, Porrúa/UNAM, 2012.
- GONZÁLEZ CAMPAÑA, Germán, “Suspensión de derechos y garantías en estados de emergencia”, en VV. AA., *Derechos humanos*, 5a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1999.
- GROS ESPIELL, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1991.
- HERCZEGH, Géza, “Estado de excepción y derecho humanitario. Sobre el artículo 75 del Protocolo adicional I”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 9, núm. 65, octubre 1984.
- MARTIN, Fanny, “Application du Droit International Humanitaire par la Cour Interaméricaine des Droits de L’homme”, *International Review of the Red Cross*, vol. 83, núm. 844, diciembre 2001.
- MEDINA MORA, Alejandra, Pedro Salazar Ugarte y Daniel Vázquez, *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, México, Porrúa/UNAM, 2015.
- MELÉNDEZ, Florentín, *Los derechos fundamentales en los estados de excepción según el Derecho internacional de los derechos humanos* [tesis doctoral], Madrid, Universidad Complutense, 1997.
- MONTIEL ARGÜELLO, Alejandro, “La suspensión de las garantías de los derechos humanos”, *Revista Judicial*, núm. 51, San José, Corte Suprema de Justicia, septiembre 1990.
- NEGRETTO, Gabriel L. y José Antonio Aguilar Rivera, “Liberalism and Emergency Powers in Latin America: Reflections on Carl Schmitt and the Theory of Constitutional Dictatorship”, *Cardozo Law Review*, vol. 21, núms. 5-6, 2000.
- NOHLEN, Dieter, “Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa/IDPC, enero-junio 2008.
- ONAINDÍA, José Miguel, “La suspensión de garantías judiciales según la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Político*, núm. 33, 1991, pp. 427-436.
- PARRA DUSSÁN, Carlos y María Teresa Palacios Sanabria, “Los estados de excepción y el control judicial de la Corte Constitucional”, en VV. AA., *Teoría constitucional. Liber Amicorum en homenaje a Vladimiro Naranjo*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006.
- PLATTNER, Denise, “International Humanitarian Law and Inalienable or Non-Derogable Human Rights”, en Daniel Prémont, Christian Stenersen e Isabelle Oseredczuk (eds.), *Droits intangibles et Etats d’exception*, Bruxelles, Bruylant, 1996.

- QUADRA-SALCEDO Fdez. del Castillo, Tomás de la, “La naturaleza de los derechos fundamentales en situaciones de suspensión”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, Madrid, Universidad Complutense/Facultad de Derecho, 1983.
- RAMELLI ARTEAGA, Alejandro, “El derecho internacional humanitario ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IX, 2009.
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, “Defensa judicial de los derechos humanos en los estados de excepción”, *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2009.
- RODRÍGUEZ, Gabriela, “Artículo 27: Suspensión de garantías”, *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada* [Christian Steiner y Patricia Uribe, coords.], México/Bogotá, SCJN/Konrad Adenauer Stiftung, 2014.
- VALADÉS, Diego, *La dictadura constitucional en América Latina*, México, UNAM-III, 1974.
- VENTURA ROBLES, Manuel E. y Daniel Zovatto, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Naturaleza y principios 1982-1987*, Madrid, Civitas, 1989.
- ZOVATTO G., Daniel, “La interpretación del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista IIDH*, núm. 7, San José (Costa Rica), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, enero-junio 1988.
- , *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*, Caracas/San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Editorial Jurídica Venezolana, 1990.
- ZWITTER, Andrej, “The Rule of Law in Times of Crisis. A Legal Theory on the State of Emergency in the Liberal Democracy”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Franz Steiner Verlag, vol. 98, núm. 1, enero 2012.

El artículo 35 constitucional y las candidaturas independientes

Introducción

Una nota esencial de los Estados Democráticos de Derecho, es que se conforman por un sistema de reglas para el acceso al poder público, en las que se les reconoce a todos los ciudadanos, el derecho fundamental a ser votados para los distintos cargos de elección popular.

En este sentido, la democracia no puede ser concebida como el acceso al poder público, únicamente, de un estamento social determinado, sino que, dada su universalidad, deben existir los mecanismos necesarios para garantizar el pleno ejercicio del derecho a ser votado de la ciudadanía en general.

Por ello, no es posible hablar a plenitud de la consolidación democrática de un Estado, si los partidos políticos conservan el monopolio del registro de candidatos a cargos de elección popular, porque se restringe la participación directa de la ciudadanía, de ahí la relevancia de que ésta cuente con diversas vías para acceder al poder, como es el caso de las candidaturas ciudadanas.

Esto es así, porque si bien tales modalidades de participación tienen una naturaleza distinta, lo cierto es que son compatibles y complementarias en el sistema democrático, porque son acordes con el principio de pluralismo político y contribuyen a generar igualdad de oportunidades para integrar la representación política.

Por tanto, se considera que, en un Estado Democrático Constitucional de Derecho, la inclusión de la candidatura independiente, como una opción para el acceso a la representación política, disminuye la brecha entre gobernantes y gobernados, generando un diálogo entre ambos, pues, como refiere Sartori, “el libre acce-

Sumario

Introducción	949
El artículo 35 constitucional y la reforma en materia de candidaturas independientes . . .	950
Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación	952
2015, el reto de las candidaturas independientes	956
Reflexión final	958
Bibliografía	959

so a la representación política, contribuye a generar vínculos fidedignos entre la ciudadanía y los órganos del Estado”.

En el mismo sentido, Kelsen, en su obra *Esencia y Valor de la Democracia*, refirió que “la democracia significa ‘identidad’ de gobernantes y gobernados, del sujeto y del objeto del poder, gobierno del pueblo por el pueblo”.

De este modo, una de las aportaciones más importantes de la reforma en materia político-electoral, de agosto de 2012, fue la inclusión en la fracción II del artículo 35 de la Constitución General de la República, de las candidaturas ciudadanas en el sistema electoral mexicano, dado que ello representó la ampliación del derecho a ser votado, al abrir la posibilidad de que un ciudadano, cuando no se sienta representado a través de la ideología de los partidos políticos, en cuanto a sus necesidades sociales, culturales e inclusive económicas, tenga la posibilidad de acceder, por su propio derecho, a los cargos de elección popular y formar parte de manera directa en la toma de decisiones de la cuestión pública.

De ahí que, las candidaturas ciudadanas, entendidas como el ejercicio directo del derecho a ser votado, se les conoce también como candidaturas independientes, precisamente, del sistema de partidos políticos.

El artículo 35 constitucional y la reforma en materia de candidaturas independientes

Desde su texto original en febrero de 1917, el artículo 35 constitucional, consagró los derechos políticos, estableciendo como prerrogativas del ciudadano: *i)* votar en las elecciones populares, *ii)* poder ser votado para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley, *iii)* asociarse para tratar los asuntos políticos del país,¹ y *iv)* ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición.

A pesar de que en esa redacción inicial no se contemplaba expresamente el derecho a ser votado por la vía independiente, tampoco se prohibía, por lo que en julio de 1918, en el artículo 107 de la Ley para Elecciones de Poderes Federales,² se confirió a los “candidatos no dependientes” los mismos derechos que a los postulados por los partidos políticos. Dicho ordenamiento constituye un referente claro de la existencia de candidaturas independientes en nuestro país y reflejo de la intención del legislador de otorgar a la ciudadanía la posibilidad de competir por un cargo público sin la necesidad de afiliarse a algún partido político.

¹La prerrogativa constitucional se reformó, mediante decretos de abril de 1990 y agosto de 1996, a efecto de establecer que el ejercicio del derecho de asociación política, debía ser libre, individual y pacífico.

²Artículo 107. Los candidatos no dependientes de partidos políticos tendrán los mismos derechos conferidos a los candidatos de éstos, siempre que estén apoyados por cincuenta ciudadanos del Distrito, que hayan firmado su adhesión voluntaria en acta formal, que tengan un programa político al que deben dar publicidad y que se sujeten a los requisitos prevenidos en las fracciones VII y VIII del artículo anterior.

Fue en la legislación electoral de 1946, cuando se estableció que la vía que tenía la ciudadanía para acceder a los cargos de elección popular sería exclusivamente a través de los institutos políticos.³

Con la reforma constitucional de diciembre de 1977, esa previsión legal se elevó a rango constitucional, al establecer que los partidos políticos son entidades de interés público, con la finalidad de hacer posible el acceso de los ciudadanos al ejercicio del poder.

No obstante, la ciudadanía, al no sentirse representada a través de los partidos políticos, buscó alternativas directas y reales para la representación popular, una de ellas fue la candidatura independiente,⁴ figura que posibilita el ejercicio del derecho de los ciudadanos de presentar su postulación a un cargo de elección popular de manera desvinculada a los partidos políticos.

Es el caso “Castañeda Gutman vs. México”,⁵ en el que se controvertió ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la negativa de las autoridades mexicanas a otorgarle el registro como candidato independiente al cargo de presidente de los Estados Unidos Mexicanos, para las elecciones de julio de 2006, dicho órgano jurisdiccional sustentó que, si bien es cierto que el sistema de postulación de candidatos a través de los partidos políticos resulta compatible con el Pacto de San José, también lo es que las candidaturas independientes constituyen una alternativa que fortalece el sistema democrático, por lo que los Estados debían valorar, de acuerdo con su desarrollo histórico y político, las medidas que permitieran fortalecer los derechos políticos y la democracia.

Tomando en consideración el contexto internacional de apertura en la participación política, en 2009, el Ejecutivo federal presentó una iniciativa a través de la cual se buscó la participación de los ciudadanos sin apoyo partidario, como candidatos en los procesos electorales, la cual se concretó a través de la reforma constitucional de agosto de 2012, al reconocerse en la fracción II del artículo 35 constitucional, el derecho de los ciudadanos de registrar sus candidaturas de manera independiente a los partidos políticos, siempre que cumplan con los requisitos, condiciones y términos que determine la legislación,⁶ para lo cual se vinculó a los congresos tanto federal como locales, a que adecuaran la normativa secundaria.

³Paoli Bolio, Francisco José, “Legislación Electoral y Proceso Político, 1917-1978”. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana.

⁴Al respecto, la Enciclopedia Jurídica Latinoamericana refiere que “El reconocimiento legal de las candidaturas independientes implica que cualquier ciudadano, de manera directa, puede aspirar a ocupar un cargo público efectivo sin tener que pasar los filtros y los procesos de selección internos establecidos por los partidos políticos para la designación de sus candidatos”.

⁵Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Castañeda Gutman vs México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de agosto de 2008, párrafo 204.

⁶La reforma constitucional de agosto de 2012 resultó igualmente relevante, al incluir mecanismos de participación ciudadana, como la iniciativa de ley (iniciativa ciudadana) y la consulta popular, esta última desarrollada en la Ley Federal de Consulta Popular de marzo de 2014. Modalidades que colocan a los ciudadanos en el centro de las decisiones políticas, ya que se les reconoce la posibilidad de intervenir directamente en la creación de normas que rijan la vida en sociedad, con la salvedad de ciertas materias reservadas. Mientras que, las consultas populares son un avance en la comunicación política, ya que se recaba la opinión de la ciudadanía sobre un tema en especial y de interés general, lo que sin duda contribuye al fortalecimiento de una democracia sustantiva.

Para darle operatividad a ese mandato constitucional, en mayo de 2014, se expidió la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, la cual reguló en su Libro Séptimo, los requisitos y el procedimiento que se deben cumplir para el registro de las candidaturas independientes en el ámbito federal.

En cuanto al ámbito de las entidades federativas, en febrero de 2014, el Poder Constituyente reformó el artículo 116 constitucional, a efecto de que, de manera expresa, se estableciera el derecho de los ciudadanos a registrar sus candidaturas a cargos de elección popular, por lo que se dispuso que las constituciones y leyes de los Estados en materia electoral, fijarían las bases y requisitos para hacer efectiva esa prerrogativa, con todos los derechos inherentes a su ejercicio.

De manera que las candidaturas ciudadanas son un derecho fundamental de base constitucional, pero de configuración legal, por lo que su plena vigencia no sólo depende de su reconocimiento en la norma fundante de nuestro régimen jurídico, sino también de su operatividad, a través de una libertad de configuración legislativa conferida a los órganos parlamentarios de las entidades federativas.

Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

La labor jurisdiccional en la materia resulta relevante, porque desde dos ópticas que se complementan, por una parte, el análisis abstracto realizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las acciones de inconstitucionalidad y, por otra, la resolución del caso concreto, a cargo del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, es posible verificar la regularidad constitucional —y convencional— de la norma en materia de candidaturas independientes y eliminar los obstáculos que impiden el ejercicio efectivo del derecho humano en cuestión, en atención al mandato del Constituyente.

En consecuencia, tanto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación han emitido diversos criterios que buscan dotar de eficacia al mandato constitucional y potencializar el ejercicio del derecho a ser postulado por la vía independiente.

Por ello, ante la inactividad de los congresos locales para emitir la legislación en la materia dentro del plazo que fue establecido por el Constituyente en el artículo tercero transitorio de la reforma constitucional de agosto de 2012, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación sustentó que dicha omisión vulneraba de manera directa el artículo tercero transitorio de la reforma, e indirectamente los diversos artículos 1º y 35 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues, por una parte, impedían el pleno ejercicio del derecho fundamental de los ciudadanos de las entidades federativas a participar de manera independiente a los partidos políticos para acceder a los cargos de elección popular y, por otra, se violentaba el principio de certeza, dado que los actores políticos no podían conocer las

reglas que en ese aspecto regirían los comicios,⁷ por lo que ordenó que en el caso se emitiera a la brevedad la normativa correspondiente.

En ese sentido, el Alto Tribunal ha establecido que la libertad de configuración legislativa conferida a los congresos locales no es ilimitada, ya que el régimen que diseñen al momento de emitir la regulación ordinaria, debe garantizar el contenido esencial y la posibilidad efectiva del ejercicio de dicha prerrogativa constitucional, lo que incluye la obligación de que los requisitos y demás condiciones para acceder a las candidaturas independientes no sean desproporcionados o irrazonables,⁸ generando las condiciones que posibiliten su implementación de manera sencilla y sin obstáculos.

Así, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al analizar la razonabilidad de la prohibición de una legislación local que establecía como requisito para acceder al registro de una candidatura independiente, separarse de la dirigencia partidista en los doce meses anteriores al día de la elección del proceso electivo en el que pretendan postularse, determinó su validez, atendiendo a que la finalidad de la reforma al artículo 35 de la Constitución General, es abrir nuevos cauces a la participación ciudadana sin condicionarla a la pertenencia a un partido político, así como estimular el interés de la sociedad en los asuntos públicos y los procesos comiciales superando la limitación de opciones ante la sociedad y la ciudadanía, por lo que debía entenderse que la finalidad de la restricción, es garantizar que la nueva forma de participación política esté disponible, de manera genuina para ciudadanos que buscan contender sin el apoyo de una estructura partidista.

En ese sentido, advirtió que la influencia que pueden tener quienes forman parte de los órganos directivos sobre las estructuras partidarias a las que pertenecieron, se prolonga en el tiempo, de modo que sólo al transcurrir un tiempo determinado puede asegurarse que no la usarán desde su posición como candidatos independientes.

Por su parte, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, al estudiar la constitucionalidad de la prohibición establecida por esa misma legislación local, consistente en no ser militante de un partido político en los doce meses anteriores al día de la elección a efecto de obtener el registro a una candidatura independiente, estimó que era irrazonable y desproporcionada,⁹ porque respecto de los militantes que deciden separarse del partido para contender por la vía independiente, no existe la presunción de la fuerza de decisión con que cuenta un dirigente del partido, por lo que exigir un plazo tan amplio de desvinculación con el partido político implicaba una limitante considerable al derecho de ser votado por esta modalidad.¹⁰

En esa misma línea de potencialización de derechos, la Sala Superior estableció que, si al momento de entrar en vigor la reforma electoral que establecía el requisito sobre la temporalidad para la separación de un dirigente partidista, los aspirantes no

⁷Consultar el juicio de revisión constitucional electoral SUP-JRC-122/2013.

⁸Al resolver la acción de inconstitucionalidad 88 de 2015.

⁹Tomando en consideración que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la citada acción de inconstitucionalidad 88 de 2015 y acumuladas, desestimó la propuesta de invalidez correspondiente, por no alcanzar la mayoría calificada de cuando menos ocho votos.

¹⁰Véase el juicio para la protección de los derechos político electorales del ciudadano 705 de 2016.

se encontraban en la posibilidad material de cumplir con tal condición, entonces la exigencia en cuestión hacía nugatorio el derecho a participar por esta vía y no podía ser aplicable, toda vez obligaría a los aspirantes a esperar hasta el próximo proceso electoral para poder participar.¹¹

Por otra parte, en relación con los requisitos para el registro de candidaturas independientes, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció la constitucionalidad del relativo a la presentación de copia de la credencial de elector de quienes hubieran expresado su apoyo al candidato independiente, en virtud de que esa exigencia abona al principio de certeza, pues hace evidente el apoyo que obtuvo el candidato independiente como opción viable para contender en una elección.¹²

En cambio, la Sala Superior determinó la desproporcionalidad de la exigencia relativa, a que las firmas autógrafas de quienes respaldan una candidatura independiente se haga constar en fe de hechos notarial y que la copia de las credenciales de elector sean cotejadas con su original por fedatario público, en tanto que constituyen requisitos que, en la práctica, son de difícil cumplimiento, pues implica la movilización masiva de los ciudadanos que deben acudir ante el fedatario público a expresar dicho respaldo, además del costo que genera el cotejo para el candidato independiente.¹³

En relación con los requisitos para el registro de candidaturas independientes, la Sala Superior determinó la inconstitucionalidad de la exigencia de incluir en el formato de apoyo ciudadano el domicilio de las personas que otorgan su respaldo para el registro de las candidaturas independientes, al considerar que, por una parte, se trata de un dato sensible que se encuentra protegido por la ley federal de protección de datos personales y, por otra, que existen mecanismos menos gravosos para verificarlo, como el cruce que realice la autoridad encargada del padrón electoral de los datos con que cuenta, junto con la clave de cada elector.¹⁴

Ahora bien, en relación con el porcentaje de apoyos ciudadanos necesarios para obtener el registro de la candidatura independiente, la Sala Superior, ha establecido la constitucionalidad del 3 por ciento de apoyo ciudadano,¹⁵ bajo el argumento de que las candidaturas independientes tienen sustento en el respaldo de la ciudadanía, el cual debe reflejar una auténtica posibilidad de contender con las candidatas y candidatos

¹¹Consúltase el juicio ciudadano SUP-JDC-1505/2016.

¹²Al resolver las acciones de inconstitucionalidad acumuladas 22/2014, 26/2014, 28/2014 y 30/2014.

¹³En la diversa tesis VII/2015, cuyo rubro es: “CANDIDATURAS INDEPENDIENTES. LA NORMA QUE EXIGE ACREDITAR EL RESPALDO CIUDADANO A TRAVÉS DE INSTRUMENTOS NOTARIALES, ES INCONSTITUCIONAL (LEGISLACIÓN DE ZACATECAS)”. Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 8, núm. 16, 2015, pp. 44 y 45.

¹⁴En la tesis LXVII/2015, de rubro “CANDIDATURAS INDEPENDIENTES. EL REQUISITO DE INCLUIR EL DOMICILIO DE LAS PERSONAS EN EL FORMATO DE APOYO CIUDADANO, FALTA A LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL”. Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 8, núm. 17, 2015, pp. 62, 63 y 64.

¹⁵Ello, en los recursos de reconsideración 34, 35 y 36 de 2016, bajo el supuesto de que al resolver las acciones de inconstitucionalidad 50/2015 y acumuladas y 88/2015 y acumuladas, si bien la minoría de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció por la validez del requisito del 3 por ciento, lo cierto es que la postura de su invalidez no alcanzó la mayoría de 8 votos, votación necesaria a efecto de que el criterio del máximo tribunal sea vinculante para todas las autoridades del país, de lo contrario, en términos del artículo 72 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución General de la República, la acción de inconstitucionalidad debe desestimarse, dejando intocado el precepto legal impugnado.

postulados por los partidos políticos, evitando así, la dispersión de la votación entre una multiplicidad de candidaturas, que lejos de fortalecer esa forma de participación de los ciudadanos, se traduce en un obstáculo para cumplir el propósito que se buscó al incorporar tal forma de participación.

Además, se consideró que dicho porcentaje encuentra justificación, debido a que el candidato independiente, tendrá derecho a las prerrogativas que la ley prevé, para competir en condiciones de equidad: financiamiento público y acceso a los medios de comunicación social, de manera que es entendible que las erogaciones que el estado debe cubrir, sean destinadas a personas con posibilidades reales de competir en la contienda electoral. No obstante, ha establecido que es inconstitucional exigir un porcentaje equivalente al 4 por ciento del listado nominal de electores.¹⁶

Por otra parte, para fijar una postura en relación con el financiamiento de las candidaturas independientes, la Sala Superior del Tribunal Electoral atendió a las notables diferencias existentes entre los partidos políticos y la candidatura referida, entre ellas, que la función de los partidos políticos no se agota en las elecciones, puesto que tiene como fines constitucionales: promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de los órganos de representación política y como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público, de acuerdo con los programas, principios e ideas que postulan, mientras que los candidatos independientes, ejercen un derecho ciudadano para contender en determinados comicios, sin la pretensión de adquirir la permanencia que sí tiene un partido.¹⁷

Atento a lo anterior, también consideró que a los candidatos independientes no se les puede otorgar el mismo financiamiento público que a los partidos políticos, pues consideró que las limitaciones al financiamiento, establecidas en el artículo 41 de la Constitución General de la República, fueron diseñadas de manera exclusiva bajo un esquema normativo de partidos, por lo que resolvió que el principio de prevalencia del financiamiento público sobre el privado, resulta desproporcionado para los candidatos independientes.¹⁸

Lo anterior, porque, en atención a la naturaleza temporal de la figura, obtienen financiamiento público significativamente inferior al de los candidatos postulados por los partidos políticos, de manera que establecer que el financiamiento privado se vea topado por el público, conllevaría a una reducción importante de sus posibilidades para competir en una contienda electoral en términos de equidad en comparación con los candidatos de los institutos políticos.

Asimismo, la Sala Superior consideró que una vez superada la etapa de registro, los candidatos independientes deben acceder a los recursos públicos que les permitan contender en igualdad de circunstancias respecto de los candidatos postulados por

¹⁶Véase el juicio para la protección de los derechos político-electorales identificado con la clave SUP-JDC-1004-2015.

¹⁷Distinciones que también han sido reconocidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por ejemplo, al resolver las acciones de inconstitucionalidad acumuladas 22/2014, 26/2014, 28/2014 y 30/2014.

¹⁸Tesis XXI/2015, de rubro: "CANDIDATURAS INDEPENDIENTES. NO LES ES APLICABLE EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PREVALENCIA DEL FINANCIAMIENTO PÚBLICO SOBRE EL PRIVADO, QUE CORRESPONDE A LOS PARTIDOS POLÍTICOS". Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 8, núm. 16, 2015, pp. 45, 46 y 47.

algún partido político de nueva creación, más allá de las diferencias evidentes o de las derivadas del texto constitucional, lo cual es acorde con la equidad que debe regir en materia de financiamiento.¹⁹

También determinó la imposibilidad legal de que los candidatos independientes puedan recibir donaciones de bienes inmuebles, atendiendo a que su naturaleza, en oposición a los partidos políticos, es temporal y tiene como propósito la postulación para un proceso electoral concreto. No obstante, se determinó que era posible autorizar que los candidatos ciudadanos puedan aceptar el uso de bienes inmuebles, únicamente durante el lapso que dure el proceso electoral.²⁰

Ahora bien, en cuanto al financiamiento público que reciben en la etapa posterior al registro para proyectarse en la contienda electoral, las candidaturas independientes, en su conjunto, reciben el financiamiento de un solo partido político, por lo que entre más candidaturas existan, reciben una cantidad menor de recursos, por ese motivo, a ellos no les rige el límite de financiamiento privado previsto para los institutos políticos.

De lo anterior, se aprecia que los criterios sustentados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Sala Superior del Tribunal Electoral, se complementan a efecto de eliminar los obstáculos que impiden el ejercicio pleno y eficaz del derecho a ser votado a través de una candidatura independiente, tomando en cuenta que no es suficiente que los derechos estén reconocidos en la Constitución si no tienen una operatividad práctica.

Lo cual hace patente que la labor interpretativa de los tribunales constitucionales, se encamina a facilitar el ejercicio pleno del derecho a ser votado, por la vía independiente.

2015, el reto de las candidaturas independientes

La vigencia del sistema democrático en nuestro país, depende no tan sólo del reconocimiento constitucional de figuras de participación ciudadana, como las candidaturas independientes, sino también de su eficacia plena, a través de la participación coordinada de las autoridades electorales de nuestro país para que, dentro del respectivo ámbito de sus competencias, cumplan con el mandato constitucional de promover, proteger, respetar y garantizar dicha prerrogativa constitucional.

De esta manera, corresponde al legislador establecer la normativa electoral que regule y haga viable el ejercicio de las candidaturas independientes; por su parte, los institutos electorales nacional y locales, deben ejercer sus facultades para implementar y aplicar esa normativa y, finalmente, corresponde al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, así como a los tribunales electorales locales, resolver las controversias que se generen con motivo del ejercicio de esta prerrogativa, para hacer real y vigente el derecho de los ciudadanos a competir por un cargo de elección popular.

¹⁹Tesis LIII/2015, de rubro “CANDIDATURAS INDEPENDIENTES. IGUALDAD RESPECTO AL FINANCIAMIENTO PÚBLICO DE LOS CANDIDATOS POSTULADOS, EN RELACIÓN CON UN PARTIDO POLÍTICO DE NUEVA CREACIÓN”, pendiente de publicación. La Sala Superior en sesión pública celebrada el 5 de agosto de 2015, aprobó por unanimidad de votos la tesis citada.

²⁰Véase el juicio de revisión constitucional electoral SUP-JRC-56/2013.

En tal sentido, es importante tomar en cuenta que, para instrumentar este derecho, son los requisitos indispensables para su ejercicio y no restricciones indebidas, los que deben materializarse en las normas, acuerdos o resoluciones que emitan las autoridades, pues no debemos olvidar que estamos ante el ejercicio de un derecho fundamental que debe ser maximizado a favor de la ciudadanía.

En ese contexto, en el año 2015 se llevaron a cabo elecciones federales en México. Fue este año cuando se puso a prueba la reforma política que dio origen a las candidaturas independientes. A nivel federal y local, cientos²¹ de ciudadanos intentaron obtener el registro para poder competir bajo esa figura.

En los procesos electorales federal y locales de 2014-2015, se obtuvo que los candidatos independientes que cumplieron con los requisitos para poder ser registrados sumaron 123, de los 509²² aspirantes que originalmente presentaron su documentación, lo que evidencia su aceptación por la ciudadanía, dado su participación en apoyo a dichas candidaturas.

En lo que respecta a las elecciones para alcanzar una gubernatura, solamente tres candidatos independientes cumplieron con los requisitos para ser registrados y competir por el cargo, en Campeche, Michoacán y Nuevo León; de ellos, y como una gran conquista para esta nueva forma de participación ciudadana, hubo un triunfador, el candidato independiente al gobierno de la última entidad federativa mencionada.

Otras victorias importantes alcanzadas por los candidatos independientes en las elecciones de ese año fueron la de un diputado federal por Sinaloa; un diputado local por Jalisco; y los alcaldes de García, Nuevo León; Morelia, Michoacán y Comonfort, Guanajuato; por lo que, en términos generales, puede afirmarse que las elecciones de 2015 son un triunfo para ese tipo de participación ciudadana.

Un ejemplo emblemático diverso, pero también de éxito para la figura de las candidaturas independientes lo tenemos en la elección de la Asamblea Constituyente de la Ciudad de México, se trata de una elección especial y de gran trascendencia, la cual consistió en la elección de los diputados constituyentes que darán origen a la nueva Constitución de la entidad federativa número “32”.

Este proceso resulta relevante en la consolidación de la figura de los candidatos independientes, debido a que fueron cientos los aspirantes quienes acudieron a la convocatoria para participar en el proceso de selección de los diputados, siendo 74 los que llegaron a la etapa de registro, es decir, que reunieron los requisitos primigenios para después ser evaluados por la autoridad electoral.

²¹Según datos de Integralia, existieron 511 aspirantes en el proceso electoral de 2015, de los cuales sólo 123 lograron su registro (equivalentes al 24 por ciento) de los cuales sólo 6 ganaron, es decir, el 4.8 por ciento. Para el cargo de diputado federal, de los 50 aspirantes 22 obtuvieron el registro y 1 ganó; en el caso de gobernadores, de los 12 aspirantes 3 lograron el registro, logrando la victoria sólo uno de ellos, para diputados locales existieron 218 aspirantes de los cuales 28 se quedaron registrados y 1 logró el triunfo, por su parte 63 de los 182 aspirantes a un cargo a nivel municipal obtuvieron el registro, de los cuales 3 ganaron; finalmente 7 de los 51 aspirantes a jefe delegacional lograron su registro pero ningún candidato independiente obtuvo la victoria.

²²Datos elaborados por Integralia Consultores con información del INE y los organismos públicos locales, disponible en <http://estepais.com/articulo.php?id=55&t=una-alternativa-funcional>

De los 74 “aspirantes” 11 cumplieron los requisitos de la convocatoria a partir de la revisión realizada por el Instituto Nacional Electoral; sin embargo, finalmente 21 contendieron en el proceso electoral, derivado de que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, a través de diversas sentencias y maximizando el derecho a ser votado, les reconoció a 10 aspirantes el derecho de ser registrados como candidatos independientes.

Así por ejemplo, al resolver el juicio ciudadano SUP-JDC-1593/2016 el Tribunal Electoral, tomando en consideración los criterios mandatados en el artículo 1º constitucional, garantizó el derecho de participación política de los actores, a través del reconocimiento de sus candidaturas para contender en la elección de los diputados constituyentes, por la incertidumbre que se registró en el conteo de las firmas de apoyo ciudadano, lo cual no daba certeza de que pudieran ser correctos, por lo que se determinó privilegiar el derecho a ser votado de los ciudadanos participantes y otorgarles el registro.

Como se observa, la participación del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha sido parte fundamental para dar operatividad a esta figura ciudadana, pues ante la falta de claridad o lagunas de la norma, ha sido el órgano electoral jurisdiccional el que la ha potencializado y ha contribuido a la certeza jurídica.

Reflexión final

El nombre de este apartado no es casual, no se rotula con la palabra “conclusión” ya que lejos se está de poder llegar a ella. Por el contrario, las candidaturas independientes son una parte del camino que estamos transitando en la consolidación del sistema democrático.

Lo que sí se puede hacer, es una reflexión sobre los objetivos cumplidos y los desafíos que aún están por venir.

En una sociedad plural y compleja como la nuestra, la participación ciudadana es un mecanismo indispensable de articulación, cohesión y acuerdo. En ese sentido, la diversificación de las formas de participación ciudadana y de acceso al poder público, forman parte no sólo de la transformación democrática sino también de su consolidación.

De esta forma, tanto el sistema de partidos políticos como el de candidaturas independientes, maximizan el pleno ejercicio de los derechos político-electorales de los ciudadanos.

La reforma al artículo 35 constitucional no sólo genera grandes posibilidades, sino que, a la par, exige grandes compromisos. Tanto ciudadanos como autoridades debemos estar conscientes de las acciones que podemos y debemos realizar para ejercer las prerrogativas políticas-electorales.

Uno de los retos actuales es hacer que la integración e implementación de las candidaturas independientes a nuestro sistema electoral se haga siempre a través de un marco normativo que permita crear una estructura de confianza y legitimación para cada uno de los actores del sistema político frente a la ciudadanía.

Es necesario que, sin trasgredir los principios constitucionales y legales, se flexibilice la norma electoral para hacerla operativa y justa al caso concreto, a fin de potencializar el ejercicio del derecho al voto en esta nueva modalidad. Por ello, las autoridades administrativas y jurisdiccionales, cada una en el ámbito de sus competencias, deben velar por la protección de aquellos derechos que posibiliten el ejercicio pleno y auténtico de un ejercicio cada vez más ciudadano pues éste constituye una de las columnas que autentifican a nuestro sistema democrático.

Otro de los grandes retos es consolidar la viabilidad de la participación independiente de los candidatos ciudadanos, a través del otorgamiento de condiciones de equidad que les permitan contender en igualdad de circunstancias con los partidos políticos.

Existen grandes retos a superar en materia de candidaturas independientes, pero también, es grande la vocación democrática de nuestras instituciones electorales y de nuestra sociedad en general, para implementar y proteger los derechos fundamentales, de naturaleza política, que permitan la participación de la ciudadanía en forma directa en el sistema democrático.

En suma, la creación de mecanismos donde se privilegie la participación ciudadana siempre será deseable porque contribuye a generar cauces de una democracia participativa, pues retomando las palabras de Theodore Roosevelt: “Una gran democracia debe progresar o pronto dejará de ser o grande o democracia”.

Bibliografía

Libros

- BOBBIO, Norberto, *Estado, Gobierno y sociedad, por una teoría general de la política*, traducido por José Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- , *El tiempo de los derechos*, España, Editorial Sistema, 1991.
- Cámara de Diputados, *Candidaturas Independientes. Estudio Conceptual, de Antecedentes, Jurisprudencia, Iniciativas presentadas en la LX y LXI Legislaturas, de Derecho Comparado y Opiniones Especializadas*, México, 2011.
- COELLO GARCÉS, Clicerio (coord.), *Derecho Procesal Electoral. Esquemas de legislación, jurisprudencia y doctrina*, México, Tirant lo Blanch, 2015.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *La Justicia Constitucional en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *El Poder Judicial en México*, México, Porrúa, 1998.
- KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, traducido por Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra, Barcelona, Editorial Labor, 1977.
- PAOLI BOLIO, Francisco José, *Legislación electoral y proceso político, 1917-1978*, México, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, 1978.
- SARTORI, Giovanni, *Teoría de la democracia. tomo II. Los temas clásicos*, México, Alianza Universidad, 1991.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Tribunales constitucionales y consolidación de la democracia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007.

Revistas

MELGAR ADALID, Mario, “La Justicia Electoral”, Cuadernos para la reforma de justicia electoral, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, núm. 6, 1999.

VÁZQUEZ ALFARO, José Luis, “La Justicia Electoral Federal Mexicana”, boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, núm. 93, 2011.

WOLDENBERG, José, “Candidaturas ¿independientes?”, *Nexos*, México, julio de 2016.

Normativa nacional e internacional

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sentencias

Acción de inconstitucionalidad 22/2014 y acumuladas 26/2014, 28/2014 y 30/2014. Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentencia de 9 de septiembre de 2014.

Acción de inconstitucionalidad 88/2015 y sus acumuladas 93/2015 y 95/2015. Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentencia de 24 de noviembre de 2015.

Acción de inconstitucionalidad 92/2015 y sus acumuladas 94/2015 y 96/2015. Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentencia de 26 de noviembre de 2015.

Caso “Castañeda Gutman vs. México”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de agosto de 2008.

Juicio de revisión constitucional electoral SUP-JRC-56/2013. Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, sentencia de 22 de abril de 2013.

Juicio de revisión constitucional electoral SUP-JRC-122/2013. Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, sentencia de 2 de octubre de 2013.

Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano SUP-JDC-452/2014. Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, sentencia de 4 de junio de 2014.

Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano SUP-JDC-1004/2015. Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, sentencia de 27 de mayo de 2015.

Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano SUP-JDC-705/2016. Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, sentencia de 2 de marzo de 2016.

Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano SUP-JDC-1505/2016. Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, sentencia de 15 de abril de 2016.

Recurso de reconsideración SUP-REC-34/2016. Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, sentencia de 27 de abril de 2016.

Recurso de reconsideración SUP-REC-35/2016. Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, sentencia de 27 de abril de 2016.

Recurso de reconsideración SUP-REC-36/2016. Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, sentencia de 27 de abril de 2016.

Criterios jurisprudenciales

Tesis VII/2015, de rubro: “Candidaturas independientes. La norma que exige acreditar el respaldo ciudadano a través de instrumentos notariales, es inconstitucional (legislación de zacatecas)”. Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 8, núm. 16, 2015, pp. 44 y 45.

Tesis XXI/2015, de rubro: “Candidaturas independientes. No les es aplicable el principio constitucional de prevalencia del financiamiento público sobre el privado, que corresponde a los partidos políticos”. Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 8, núm. 16, 2015, pp. 45, 46 y 47.

Tesis LIII/2015, de rubro “Candidaturas independientes. Igualdad respecto al financiamiento público de los candidatos postulados, en relación con un partido político de nueva creación”, pendiente de publicación. La Sala Superior en sesión pública celebrada el 5 de agosto de 2015, aprobó por unanimidad de votos la tesis citada

Tesis LXVII/2015, de rubro “Candidaturas independientes. El requisito de incluir el domicilio de las personas en el formato de apoyo ciudadano, falta a la regularidad constitucional”. Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 8, núm. 17, 2015, pp. 62, 63 y 64.

El artículo 41 constitucional. Fundamento u obstáculo
del ejercicio de los derechos humanos político-electorales en México

Introducción

El artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es, sin temor a imprecisiones, el precepto que establece las bases sobre las cuales se edifica el aparato institucional que se ocupa, esencial, exclusiva y excluyentemente, de la función electoral de nuestro país.

Esa norma constitucional hace factible el entorno necesario para el ejercicio de los derechos humanos de tipo político-electoral de la ciudadanía de nuestro país, en el contexto de lo que la Carta Democrática Interamericana¹ entiende por una sociedad democrática.

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo define al *Desarrollo Humano* como “un conjunto de capacidades y recursos para la expansión de la libertad de las personas. La libertad es el conjunto de oportunidades para ser y actuar y la posibilidad de elegir con autonomía.”²

En ese orden, el presente estudio tiene como finalidad plantear algunas reflexiones acerca del contenido de ese dispositivo constitucional en relación con el elevadísimo objetivo que, como se anunció, se le ha asignado.

Sumario

Introducción	963
Los derechos político-electorales a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011	964
El artículo 41 constitucional según la reforma de febrero de 2014	966
Estado actual de las instituciones electorales mexicanas	970
Transversalidad convencional entre las instituciones electorales mexicanas y los derechos político-electorales	973
Prospectiva	975
Bibliografía	977

¹Véase Organización de Estados Americanos, “Carta Democrática Interamericana”, en http://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm

²Véase Informe sobre Desarrollo Humano 2005, PNUD, 2005, en “http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr05_sp_complete.pdf”.

Los derechos político-electorales a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011

El 10 de junio de 2011 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma al artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos, lo cual significó un hito en nuestro sistema jurídico, porque no sólo cambió la forma en la que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos era aplicado por todas las autoridades, sino también debido a que, fundamentalmente, ocasionó un cambio completo en el que la protección de los derechos humanos se convirtió en su eje central.

Cabe recordar que previo a esa reforma ya existía en el ámbito nacional la discusión sobre cuál era la jerarquía que le correspondía a los tratados internacionales en el entramado jurídico interno y la relevancia que aquellos deberían tener en las decisiones de los jueces.³ Sin embargo, los compromisos adquiridos por el Estado mexicano en esa materia sometieron al escrutinio internacional el grado de protección de los derechos humanos, por tratarse de una pieza fundamental de los Estados democráticos. Debido a casos en los que México fue condenado por hechos que ocurrieron desde la década de los setenta del siglo pasado —casos González y otras (Campo Algodonero); Radilla Pacheco; Fernández Ortega y otros; Cabrera García y Montiel Flores; Rosendo Cantú y otra; Castañeda Gutman—,⁴ y por los cuales el Estado mexicano tuvo que adoptar medidas en todos sus niveles de gobierno para armonizar su sistema jurídico con el Derecho Internacional de los derechos humanos.

De manera particular, sobresale la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en el caso Rosendo Radilla Pacheco *vs.* México, porque en la misma se hizo evidente la responsabilidad internacional del Estado, no sólo por la desaparición forzada de dicha persona, sino también por el cuestionamiento de la normatividad que sustentaba al fuero militar, por lo que la Corte IDH dispuso, sobre ese segundo punto, la ejecución de diversas medidas:

El Estado deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana de Derechos Humanos, en los términos de los párrafos 337 a 342 de la presente Sentencia.

El Estado deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 215 A del Código Penal Federal con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

³ Algunas de las aproximaciones más interesantes se pueden consultar en la Tesis P. IX/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XXV, abril 2007, p. 6.; Tesis P. LXXVII/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo X, noviembre 1999, p. 46; Tesis P. C/92, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, octava época, Núm. 60, diciembre 1992, p. 27.

⁴ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Casos Contenciosos”, en http://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es.

El Estado deberá implementar, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria, programas o cursos permanentes relativos al análisis de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en relación con los límites de la jurisdicción penal militar, así como un programa de formación sobre la debida investigación y juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada de personas.⁵

Como efecto de lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN), a partir de la resolución del expediente identificado como Varios 912/2010⁶ determinó las obligaciones a cargo del Poder Judicial de la Federación que derivaban de la mencionada resolución internacional, así como su respectiva instrumentación, entre las cuales sobresale que los criterios contenidos en las resoluciones de la Corte IDH deben orientar las decisiones que los jueces mexicanos adopten en torno al ejercicio de los derechos humanos, acorde con el principio *pro personae*.

A ambas resoluciones jurisdiccionales siguió casi paralelamente, además y como ya se anunció desde un principio, una serie de reformas constitucionales con el fin de poder establecer y cumplimentar la protección ordenada. En efecto, a raíz de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, todas las autoridades del país, en el ámbito de sus respectivas competencias, están obligados a promover, respetar, proteger y garantizar no sólo los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano, sino también los derechos humanos contenidos en nuestra Carta Magna, realizando en todo momento la interpretación más favorable a las personas y atendiendo a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Dentro de ese contexto, es evidente que el ejercicio de los derechos humanos de tipo político-electoral igualmente se benefició de ese novedoso entramado, al menos desde dos puntos de vista: Por una parte, ha permitido que todos los tribunales electorales nacionales puedan desplegar el control de convencionalidad de las leyes que aplican, lo que les permite juzgar con criterios que tienen, precisamente como fin último, potenciar los derechos de los justiciables. Por la otra, tales derechos se favorecieron también desde el funcionamiento de las autoridades electorales administrativas que los hacen posibles. Esto, porque la función electoral, además de ajustarse invariablemente a los principios constitucionales que la rigen desde el año 1996, ahora también debe observar rigurosamente las normas convencionales que implican su maximización y progresividad. Ello, precisamente, compone el núcleo del presente estudio.

⁵Véase http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=360&lang=es.

⁶Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Derechos Humanos y Asesoría de la Presidencia, *Seguimiento de Asuntos Resueltos por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, en <http://www2.scjn.gob.mx/Asuntos-Relevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=121589&SeguimientoID=225&CAP=caso%20radilla%20pacheco&Promoventes=&ActoReclamado=>.

El artículo 41 constitucional según la reforma de febrero de 2014

El artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es importante por varias razones, pero la principal, para efectos de este análisis, consiste en que establece la forma en que el pueblo ejerce la soberanía que el artículo 39 le reconoce a aquél. Por tanto, esta disposición establece la base orgánica o institucional a través de la cual la ciudadanía podrá ejercer sus derechos político-electorales.

Esto es relevante pues cuando el artículo 41 se refiere a las instituciones a través de las cuales se materializará la soberanía, se debe entender que al final están conformadas por ciudadanos, quienes deciden, dirigen, toman decisiones y actúan en nombre del Estado.⁷ Aquí radica gran parte de su importancia y la relación que guarda el artículo 41 constitucional con respecto al grado de ejercicio de los derechos humanos: en principio, ninguna persona puede escudarse en actos de autoridad para lastimar, socavar o negar los derechos de otra.

Recordemos que el artículo 35 de la propia Constitución establece los derechos de participación política de votar en las elecciones y ser votado para todos los cargos de elección popular; ser nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las calidades que establece la ley; asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos político del país y votar en las consultas populares.

El núcleo esencial de estos derechos se dimensiona, en principio, a partir de la interpretación sistemática y funcional de, cuando menos, los artículos 2º, 4º, 35, 41, 115, 116 y 122 de nuestra Constitución Política, lo que permite identificar sus contenidos mínimos en torno a la renovación de los poderes Legislativo y Ejecutivo en sus diversos niveles —ayuntamientos, alcaldías y concejalías—, mediante elecciones libres, auténticas y periódicas, en las que el sufragio activo debe ser universal, libre, secreto y directo, así como el sufragio pasivo puede devenir de los partidos políticos o de las candidaturas independientes. Luego, es evidente que el aparato institucional deberá ser acorde con una estructura y funcionamiento que los haga factibles en un orden previamente determinado.

Cabe señalar que a esa misma lógica debe obedecer también el establecimiento de un sistema de medios de impugnación, previsto en los artículos 41, base VI, 60 y 99 de la Ley Fundamental, si se pretende asegurar la exigibilidad y respeto de esos derechos, cuyo contenido mínimo igualmente se reconoce en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece, en su artículo 23.1, lo siguiente:

⁷En este sentido, podemos revisar lo que dice Zagrebelsky respecto a la manera en la que se expresaba la soberanía, cito: “Desde el punto de vista jurídico, la soberanía se expresaba, y casi se visualizaba, mediante la reconducción de cualquier manifestación de fuerza política a la ‘persona’ soberana del Estado: una grandiosa metáfora que permitía a los juristas hablar del Estado como de un sujeto unitario abstracto y capaz, sin embargo, de manifestar su voluntad y realizar acciones concretas a través de sus órganos. La vida de esta ‘persona’ venía regulada por el derecho, cuya función era análoga a la que desempeñaban las leyes de la fisiología respecto de los cuerpos vivientes. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3a. ed., España, Trotta, 1999, p. 11.

Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
- c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Sobre el particular, los artículos 1° y 25 de la propia Convención establecen el deber de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, así como de 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, así como de establecer un recurso sencillo y rápido ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la ley nacional o la Convención, así como de establecer las garantías para su eficacia.

En ese orden de ideas, existen tres aspectos que deben tomarse en cuenta en la regulación de los derechos político-electorales:

a) *Deber de garantía*. El Estado debe generar las condiciones y mecanismos óptimos para que estos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación. Tal obligación implica, recuperando algunas de las principales ideas de la Corte IDH, que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes con el principio de igualdad y no discriminación y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales.

b) *Prohibición de establecer restricciones indirectas*. Como en el caso Yatama,⁸ la Corte IDH estableció que la reglamentación de esos derechos o las decisiones dictadas en aplicación de la Convención Americana, en ningún caso, deben convertirse en impedimento para que las personas participen efectivamente en la conducción del Estado o su ejercicio se vuelva nugatorio, de tal manera que se les prive de su contenido esencial.

Precisamente, respecto al ejercicio del sufragio pasivo se consideró, por ejemplo, que si bien el sistema de partidos políticos es esencial para el desarrollo de la democracia, la exigencia de participar a través de ellos en una contienda no debe ser absoluta, pues debe permitirse la participación de organizaciones diversas, cuando sea pertinente y necesario para favorecer o asegurar la participación política de grupos específicos de la sociedad, tomando en cuenta sus tradiciones y ordenamientos especiales, para garantizar la expresión política legítima y necesaria cuando se trate de grupos de la ciudadanía.

⁸Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Ficha técnica: Yatama vs. Nicaragua”, disponible en http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=268&lang=es.

c) *Proporcionalidad de las limitaciones*. También la Corte IDH estableció que en la reglamentación de esos derechos se deben observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad propios de una sociedad democrática, lo cual implica que las restricciones deben encontrarse en una ley, no ser discriminatorias, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que las torne necesarias para satisfacer un interés público imperativo, por lo que si existen varias opciones, deberán seleccionarse las menos restrictivas y ser proporcionales con el objetivo perseguido.

Explicado lo anterior, se considera que el artículo 41 constitucional, al menos normativamente, cumple en lo esencial con tales exigencias. Dicho precepto define a los partidos políticos,⁹ así como al Instituto Nacional Electoral, como la autoridad de esa misma jerarquía encargada, entre otras funciones, de la celebración de las elecciones y, por ende, depositaria de todas las atribuciones necesarias para cumplir con ese propósito fundamental.

En este contexto, cobra particular importancia el mandato que el Constituyente Permanente estableció como obligación de los partidos políticos y como facultad de las autoridades electorales, de observar y garantizar el principio de paridad de género en la renovación de los poderes públicos de naturaleza colegiada.

Los partidos están vinculados con hacer posible el acceso de la ciudadanía al ejercicio del poder público, a que se postulen paritariamente mujeres y hombres; por su parte, las autoridades electorales de todos los niveles están facultadas para rechazar, como última medida, el registro de candidaturas del género que no se ajuste a la paridad.

Con esto, el Estado mexicano sienta las bases para la creación y organización de las instituciones públicas necesarias, a través de las cuales los derechos político-electorales esenciales consagrados en nuestra Carta Magna consistentes en el derecho a votar, el derecho a ser votado, el derecho de asociación y el derecho de afiliación, pueden ejercerse mínimamente en el marco de una sociedad que se autodefine como democrática.

Nuestra propia experiencia ha evidenciado que estos derechos político-electorales esenciales, para su pleno ejercicio, requieren estar íntimamente concatenados con otros derechos humanos, cuyo conjunto forma una amplia base de ineludible protección, entre los cuales destacan: a) el derecho político de petición, entendido como la obligación de las autoridades y los partidos políticos de dar respuesta a solicitudes hechas por los ciudadanos o por los propios miembros de los partidos políticos; b) el derecho a la información; c) el derecho de réplica, y d) el derecho a la libre expresión o difusión de las ideas.

En lo que respecta al derecho de réplica, es importante señalar que éste fue elevado a rango constitucional con motivo de la reforma electoral de 2007, con la finalidad de garantizar debates vigorosos en el marco del respeto de los derechos de terceros y acceso a la información que se proporciona en el marco de las contiendas electorales, así como los derechos fundamentales de los precandidatos y candidatos.

⁹Los partidos políticos son definidos por la propia Constitución como entidades de interés público, cuyo fin es promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de los órganos de representación política y como organizaciones de ciudadanos hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público.

Por lo que toca a la libertad de expresión, resulta fundamental para el ejercicio de los derechos político-electorales, tanto en la sociedad en general como al interior de los partidos políticos, porque si la finalidad de la democracia consiste en llevar propuestas políticas determinadas al ejercicio del gobierno, entonces resulta necesario difundirlas para que la ciudadanía esté en condiciones de optar por la opción que considere más adecuada sobre la base de una decisión informada.

Además de lo anterior, el artículo 41 constitucional tiene como otro de sus ejes rectores garantizar la equidad en las contiendas electorales. Por ello, incluye la obligación del Estado para permitir el acceso de los partidos políticos y de las candidaturas independientes, tanto a financiamiento público como a tiempos oficiales de radio y televisión, con el fin de garantizar un piso mínimo sobre el cual puedan edificar su participación política en los comicios.

Otro aspecto esencial que se debe resaltar sobre el artículo 41 constitucional es que, desde la reforma de junio de 2011 este precepto sólo ha sido modificado por el Constituyente Permanente en el año 2014.¹⁰ Ello significa que su adecuación a la reforma sobre derechos humanos de 2011 se nutrió también de las experiencias de los procesos electorales federal y locales del año 2012 y, por supuesto, de la reforma que en ese mismo año tuvo el artículo 35 constitucional, al reconocer la posibilidad de la ciudadanía de contender por cargos de elección popular, a través de la figura de las candidaturas independientes, dando fin al periodo en el que la ley sólo reconoció a los partidos políticos el derecho exclusivo en la postulación de candidaturas.¹¹

Cabe recordar el interés legítimo de diversos actores políticos, como el esgrimido por el ciudadano Jorge Castañeda Gutman, de participar con una candidatura en las elecciones sin necesidad de requerir que su postulación fuera respaldada por un partido político, que lo llevó a litigar primero ante las instancias nacionales la exigencia de un lugar en la boleta electoral del proceso electoral presidencial del año 2006, y que ante el agotamiento de la justicia nacional con un resultado negativo a su pretensión,¹² su caso fue presentado ante la Corte IDH, la cual en el año 2008 dio lugar a una sentencia condenatoria del Estado mexicano. Si bien éste no fue condenado por el tema de las candidaturas independientes, sino por la ausencia de una instancia jurisdiccional con lo cual se violaba el principio de tutela judicial efectiva, dicho análisis se constituirá en el antecedente inmediato más relevante de la posterior reforma constitucional que las incorporó a nuestro orden jurídico vigente.

En consecuencia, hoy día los partidos políticos no son el conducto exclusivo para el ejercicio del derecho político-electoral de ser votado; sin embargo, siguen siendo una parte esencial de nuestro sistema democrático, ya que tienen el derecho y están

¹⁰Las ulteriores reformas de junio de 2014, 2015 y 2016 fueron ajustes sobre competencias de los órganos internos del instituto: así como el cambio de salarios mínimos a la Unidad de Medida y Actualización (UMA) y el reconocimiento de la personalidad de la Ciudad de México tras reformada la Constitución para hacerla un estado libre y soberano.

¹¹Esta reforma se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de agosto de 2012, poco más de dos meses después de la elección federal.

¹²Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Ficha técnica: Castañeda Gutman vs. México”, disponible en http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia/ficha.cfm?nId_Ficha=298&lang=es

obligados a promover la participación política de la ciudadanía, así como a establecer los canales de acceso a los cargos de elección popular en condiciones de igualdad para mujeres y hombres.

Conforme a todo lo anterior, se puede observar que el Estado mexicano cuenta con una estructura formal y funcional que se edifica y se justifica en la medida en que facilita el ejercicio de los derechos políticos electorales de la ciudadanía. De esta manera, el Instituto Nacional Electoral se erige como la primera autoridad del Estado que es garante del desarrollo de nuestra democracia.

Estado actual de las instituciones electorales mexicanas

Como se adelantó, el marco institucional que el Estado mexicano ha diseñado para garantizar el ejercicio de los derechos político-electorales, se encuentra dibujado desde el plano constitucional.

En efecto, el artículo 41 de la Carta Magna delimita de manera muy puntual la creación y las atribuciones del Instituto Nacional Electoral, organismo público cuya autonomía obedece a la demanda social de procesos democráticos transparentes y confiables. Más aún, no sólo la presión social interna influyó en la creación de este Instituto, también se da en un contexto de apertura económica, donde era de suma importancia la imagen política que el país transmitía hacia el exterior. Sólo para recordar, debe mencionarse que a principios de la década de los noventa, cuando se creó el Instituto Federal Electoral (IFE), se hablaba del inicio de las negociaciones del Tratado de Libre Comercio para América del Norte y que, precisamente, una de las objeciones del congreso estadounidense hacía referencia a la calidad de la democracia en México.

En la misma época, en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se analizaban dos quejas¹³ contra el Estado mexicano presentadas por miembros del Partido Acción Nacional, en las que, esencialmente, se reclamaba que en México no se habían realizado las modificaciones que permitieran armonizar la legislación nacional con los compromisos internacionales adquiridos, porque implícitamente se negaban derechos importantes como el acceso a un recurso sencillo, rápido y efectivo¹⁴ ante tribunales independientes e imparciales, para exigir el respeto a sus derechos políticos¹⁵ en casos en los que medularmente se cuestionaba la validez, efectividad y legalidad del sufragio.

De manera paralela, la justicia electoral también era objeto de transformaciones importantes. La reforma realizada en 1990 ordenó la creación de un tribunal autónomo como órgano jurisdiccional en materia electoral, como parte del sistema de medios de impugnación de los cuales conocería junto con el organismo público (IFE) creado. El objetivo, según el texto constitucional, era, primero: dotar de definitividad a las distintas

¹³En <http://bit.ly/25uoqpB> y <http://bit.ly/1P9mOKf>. Véase *infra*, notas 20 y 21.

¹⁴Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 25.

¹⁵Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8.

etapas de los procesos electorales, y segundo: garantizar que los actos y resoluciones de la materia se sujetaran invariablemente al principio de legalidad.

Tocó pues, al entonces Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales definir al Tribunal Federal Electoral como el órgano jurisdiccional autónomo en materia electoral encargado de velar que los actos o resoluciones electorales se sujetasen al principio de legalidad. Con la reforma de 1993 el Tribunal Federal Electoral adquirió mayor preponderancia, situación que se vio reflejada con las modificaciones al artículo 41 de la Constitución, a través de las cuales se elevaba a rango constitucional la naturaleza, competencia y conformación del mismo.

La posterior reforma constitucional y legal de 1996 se enfocó en consolidar al Instituto Federal Electoral y al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, como las instituciones pilares de la sociedad democrática mexicana. Así, toda la década de los noventa del siglo pasado estuvo marcada por el proceso de fortalecimiento de las instituciones electorales en sus vertientes de autonomía, independencia e imparcialidad.

Por ende, cuando ocurrieron los cambios constitucionales en materia de derechos humanos del 2011, esa misma estructura institucional con casi un cuarto de siglo de experiencia en su funcionamiento, se encontraba preparada para comenzar a operarlos.

La reforma constitucional del 2014 al artículo 41 constitucional puede entenderse como el establecimiento de un nuevo sistema electoral en su conjunto. El cambio de Instituto Federal Electoral a Instituto Nacional Electoral no fue sólo de nombre; significó la concentración de facultades en la autoridad electoral nacional y, por consiguiente, el rediseño del régimen electoral en México. Resulta importante señalar que el objetivo principal de esta reforma, según el propio Instituto Nacional Electoral, fue el de homologar los estándares de organización de los procesos electorales a nivel federal y local.

Con la reforma, dicho instituto pasó a ser una autoridad de carácter nacional dotada de autonomía constitucional encargada de organizar los procesos electorales federales; mientras que los institutos electorales estatales pasaron a ser organismos públicos locales electorales, encargados de la organización de elecciones de carácter local en coordinación con el Consejo General del Instituto Nacional Electoral.¹⁶

Dentro de sus nuevas atribuciones conviene enumerar las siguientes: a) a petición de los partidos políticos podrá organizar la elección de sus dirigentes; b) garantizar que los candidatos independientes tengan acceso a tiempos del Estado en radio y televisión para difundir sus campañas, y c) verificar el cumplimiento del registro mínimo del 2 por ciento de la lista nominal, para solicitar el ejercicio de las consultas populares y realizar las actividades necesarias para su organización, incluido el cómputo y declaración de resultados.

Debe subrayarse que los principios rectores de su funcionamiento son: certeza, legalidad, independencia, imparcialidad, objetividad y máxima publicidad. Desde 1996 el Constituyente Permanente ha considerado prioritaria su plena observancia por parte

¹⁶Véase Instituto Nacional Electoral, “V Foro de la Democracia Latinoamericana”, en http://www.ine.mx/archivos3/portal/historico/contenido/interiores/Menu_Principal-id-V_Foro_Democracia/.

de las autoridades electorales, como garantía de la celebración de procesos electorales equitativos y auténticos.

El Instituto Nacional Electoral cuenta con una estructura orgánica amplia y de cobertura nacional para el ejercicio de su relevante función, la cual también ha sido dotada de un aparato estructural que le permite atender y vigilar, entre otros asuntos, el uso de los medios de comunicación, de forma que no se vulnere la equidad en las contiendas; así como el financiamiento y gasto de los recursos públicos, y una oficina encargada de atender las obligaciones de transparencia y acceso a la información. De igual manera, sobresale que cuenta con una unidad técnica de igualdad de género y no discriminación.¹⁷

Asimismo, ha establecido, en coordinación con el Tribunal Electoral, procedimientos que agilizan el trámite y recepción de expedientes a través de la implementación de sistemas informáticos, con el objetivo de dar cumplimiento a los tiempos que marca la ley.

Por otra parte, el Tribunal Electoral, que desde la reforma de 1996 fue colocado en la órbita del Poder Judicial de la Federación, es definido, con excepción de las acciones de inconstitucionalidad en materia electoral y cuya resolución corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como órgano especializado en materia electoral y la máxima autoridad jurisdiccional del país, y que ha desarrollado todo un sistema de justicia que incluye una amplia jurisprudencia y criterios relevantes.

En consecuencia, su estructura en operación, esencialmente conformada por una sala superior, cinco salas regionales y una sala especializada, responde a la necesidad de atender un número de demandas que cada año crece, en un entorno político en el que los partidos políticos y la ciudadanía acuden al Tribunal Electoral para defender sus derechos políticos, tal como se puede observar en el informe de labores del periodo 2014-2015.¹⁸

También es importante señalar que dentro de su estructura orgánica el Tribunal Electoral cuenta con una oficina encargada de atender los asuntos relacionados con la igualdad de derechos y paridad de género, que incide en políticas en la materia al interior y exterior del Tribunal. Cuenta también con una oficina encargada de atender las solicitudes de información y un Centro de Capacitación Judicial Electoral que además de producir una extensa bibliografía especializada en la materia, se encarga de la capacitación de sus funcionarios jurisdiccionales y coadyuva con los órganos electorales de las entidades federativas en la capacitación técnica jurídica necesaria para el buen funcionamiento del sistema de justicia electoral.¹⁹

Finalmente, un dato importante respecto al Tribunal Electoral es la recién creada Defensoría Pública Electoral para Pueblos y Comunidades Indígenas, la cual fue creada por el propio tribunal a efecto de garantizar el derecho a la autodeterminación de

¹⁷Véase *Id.*, “Reglamento Interior del Instituto Nacional Electoral”, en http://norma.ine.mx/documents/27912/276876/Reglamento_Interior_INE.pdf/16aab1fa-b2ba-485d-af6d-1179648b11b6.

¹⁸Véase Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, “Informe de labores”, en <http://portal.te.gob.mx/acercate/informe-de-labores?sala=All>.

¹⁹Véase *Id.*, “Normateca”, en <http://portales.te.gob.mx/normateca/>.

los pueblos y comunidades indígenas, y brindar la más amplia garantía y protección a los derechos de acceso a la justicia, defensa y audiencia de las personas que los integran. Esta defensoría cuenta con independencia técnica y autonomía operativa, y está encargada de prestar gratuitamente los servicios de defensa y asesoría electorales en favor de los pueblos, comunidades indígenas y personas que las integran.²⁰

Transversalidad convencional entre las instituciones electorales mexicanas y los derechos político-electorales

Parece lejano el año de 1991, cuando la Comisión Interamericana hizo una recomendación en la que señalaba:

La necesidad que el Gobierno de México debe cumplir con su obligación de adecuar la legislación interna a fin de que ella garantice de manera efectiva el ejercicio de los derechos políticos, reconocidos en el artículo 23 de la Convención Americana, y brinde un recurso sencillo, rápido y efectivo, de conformidad con el artículo 25 de la Convención, ante tribunales imparciales e independientes, según el artículo 8 de la Convención, ante los cuales los afectados puedan hacer valer sus derechos, desarrollando las posibilidades de un recurso judicial.²¹

Lo anterior, porque esa comisión consideró que no se habían otorgado las garantías necesarias para proteger los derechos de los ciudadanos que recurrieron a esa instancia internacional por una ley promulgada en el estado de Nuevo León en 1987. Vale la pena recordar los argumentos de los representantes mexicanos que contrastan con la defensa que hicieran durante la investigación del caso Luis Felipe Bravo Mena *vs.* México, en el que el reclamante señaló:

Diversas anomalías que se presentaron durante los días de elecciones y que otorgan, a su juicio, una duda razonable sobre la validez, efectividad y legalidad del sufragio, y alega, como argumentos principales, que no existió una clara delimitación entre las autoridades electorales, los funcionarios gubernamentales y los militantes del Partido Revolucionario Institucional; la repartición y entrega de documentación oficial electoral, tales como boletas electorales y actas de instalación, escrutinio, cierre, en vehículos que ostentan propaganda del PRI; y la utilización de recursos públicos para realización de obras y prestación de servicios con condicionamiento político como actos de campaña.

En este caso, la Comisión Interamericana aceptó la respuesta del gobierno de México en el sentido de que habían ya puesto en marcha una maquinaria institucional

²⁰Véase *Id.*, “Defensoría Pública Electoral para Pueblos y Comunidades Indígenas del TEPJF”, disponible en <http://sistemas.te.gob.mx/Defensoria/>.

²¹Comisión Interamericana de Derechos Humanos/Organización de los Estados Americanos, *Informe N° 8/91*, caso “10.180”, México, 22 de febrero 1991, disponible en <http://bit.ly/25uoqPB>.

para la defensa de los derechos políticos de los ciudadanos. En esa ocasión, dicha comisión concluyó en su informe:

Las reformas a las que hace referencia el Gobierno de México tienen que ver con los siguientes temas: organismos electorales, financiamiento y padrón electoral, casillas, secciones y jornadas electorales y sustanciación de recursos. Concretamente, los cambios legislativos que la CIDH estima relevante destacar en tanto representan avances, se refieren, en lo pertinente, a la creación de la figura de los “comisionados ciudadanos” como integrantes de la Comisión Estatal Electoral y de las Comisiones Distritales y Municipales Electorales; a la publicidad de los actos de autoridades electorales a través de los medios de comunicación masiva; y a la adopción de medidas tendientes a mejorar los aspectos logísticos de las jornadas electorales, tales como la ubicación de las casillas, principalmente.²²

Se puede observar que el gobierno de México comenzaba a mostrar al mundo los avances de su sistema jurídico en el tema político-electoral. Debe recordarse que esta última recomendación de la Comisión Interamericana data del año de 1993, que fue particularmente difícil para el sistema político. Sin embargo, al año siguiente se llevaron a cabo elecciones federales para Presidente de la República para el sexenio 1994-2000, bajo el nuevo esquema de funcionamiento del Instituto Federal Electoral, el cual tuvo un resultado favorable y en el que, a diferencia de las elecciones de 1988, el número de quejas fue inferior.

El desarrollo de las instituciones electorales ha sido positivo, ya que en 25 años se ha avanzado de un sistema político cerrado, con un partido hegemónico y un aparato institucional que no garantizaba imparcialidad en la organización de las elecciones, a un sistema político efectivamente democrático con una oposición que no es simulada y alternancia en los poderes públicos, especialmente en los poderes ejecutivos. Asimismo, se conocen congresos plurales en los que la falta de fracciones mayoritarias obliga a la negociación entre las diversas fuerzas políticas.

Igualmente, se cuenta con autoridades electorales administrativas ciudadanizadas encargadas principalmente de la organización de las elecciones, las cuales sustituyeron definitivamente a las que, durante un largo tiempo, estuvieron a cargo del Poder Ejecutivo.

Por su parte, el Tribunal Electoral cumple también una función central al encargarse de garantizar la validez de los procesos electorales y sus resultados, a través de los medios de impugnación con los que los ciudadanos y partidos políticos pueden acceder a la justicia electoral, los cuales responden a lo establecido por la Convención Americana, en tanto recursos sencillos, rápidos y efectivos.

Más aún, la disposición constitucional que obliga a que las autoridades realicen control convencional de las leyes y a maximizar los derechos en beneficio de las personas,²³ ha permitido la producción de sentencias innovadoras que han protegido

²²*Id.*, Informe N° 14/93, caso “10.956”, México, 7 de octubre de 1993, disponible en <http://bit.ly/1P9mOKf>.

²³Tesis LXIX/2011 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de rubro “PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”, décima época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro III, diciembre 2011, tomo 1, p. 552.

derechos de grupos vulnerables²⁴ y de ciudadanos que han visto vulnerados sus derechos por alguna autoridad electoral y por los mismos partidos políticos.

De igual relevancia es su contribución para definir, entre otros aspectos, el alcance, la jerarquía y el grado de obligatoriedad del principio de paridad de género en el contexto de nuestra sociedad democrática, cuya importancia radica en que en éste subyace el derecho a la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito de su participación política.

Sólo por citar la sentencia 12624 del año 2011²⁵ y las jurisprudencias 6, 7, 8 y 9 del año 2015,²⁶ la Sala Superior del Tribunal Electoral ha establecido en torno al principio de paridad de género las directrices esenciales siguientes: *a)* que las fórmulas de candidaturas se integren por personas del mismo género; *b)* que impere en la postulación de candidaturas para la integración de órganos de representación popular federales, estatales y municipales; *c)* que en el ámbito municipal, y específicamente en la postulación de candidaturas, adquiere una dimensión vertical (igual proporción de géneros para presidente, regidores y síndicos por cada ayuntamiento) y una dimensión horizontal (igual proporción de géneros entre los diferentes ayuntamientos que forman parte de un determinado Estado), y *d)* el reconocimiento del interés legítimo de las mujeres para solicitar su tutela judicial en la postulación de candidaturas a cargos de elección popular.

Finalmente, la misma creación de la Defensoría Pública Electoral para Pueblos y Comunidades Indígenas es una muestra más del compromiso institucional con estos grupos y con la obligación de asegurar la participación en condiciones de igualdad, equidad e inclusión.

Prospectiva

Una de las conclusiones a las que se puede arribar es que en México ya existe el aparato institucional que se requiere para salvaguardar efectivamente el ejercicio de los derechos humanos político-electorales de la ciudadanía, porque el artículo 41 constitucional establece el andamiaje necesario para ello.

²⁴Sólo por citar algunos ejemplos véase: Jurisprudencia 13/2008 de rubro “COMUNIDADES INDÍGENAS. SUPLENCIA DE LA QUEJA EN LOS JUICIOS ELECTORALES PROMOVIDOS POR SUS INTEGRANTES”, en <http://www.te.gob.mx/iuse/tesisjur.aspx?idTesis=13/2008>; Jurisprudencia 16/2012 de rubro “CUOTA DE GÉNERO. LAS FÓRMULAS DE CANDIDATOS A DIPUTADOS Y SENADORES POR AMBOS PRINCIPIOS DEBEN INTEGRARSE CON PERSONAS DEL MISMO GÉNERO”, en <http://www.te.gob.mx/iuse/tesisjur.aspx?idTesis=16/2012>, y la Jurisprudencia 8/2015 de rubro “INTERÉS LEGÍTIMO. LAS MUJERES LO TIENEN PARA ACUDIR A SOLICITAR LA TUTELA DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PARIDAD DE GÉNERO EN LA POSTULACIÓN DE CANDIDATURAS A CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR”, en <http://www.te.gob.mx/iuse/tesisjur.aspx?idTesis=8/2015>.

²⁵Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, recaída al juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, identificado con la clave SUP-JDC-12624/2011 y acumulados, de fecha 30 de noviembre 2011.

²⁶Véase “Jurisprudencia 6/2015”, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, año 8, núm. 16, 2015, pp. 24-26; “Jurisprudencia 7/2015”, *op. cit.*, pp. 26 y 27; “Jurisprudencia 8/2015”, *op. cit.*, pp. 18-20, y “Jurisprudencia 9/2015”, *op. cit.*, pp. 20 y 21.

Además, para efecto del ejercicio de tales derechos, como se puede apreciar, dicho precepto no sólo está vinculado con todas las disposiciones jurídicas que lo establecen, sino que obligatoriamente debe ser interpretado y, por ende, aplicado junto con ellas.

Como afirma Pedro Salazar Ugarte cuando habla de la redacción del texto constitucional:

Asume un compromiso expreso con uno de los principios fundamentales de la democracia constitucional moderna: que los ciudadanos puedan elegir libremente a sus representantes, mediante procesos electorales limpios y auténticos, y que esa decisión pueda ser ratificada o rectificad con cierta periodicidad.²⁷

Hoy en día el tema de la organización de las elecciones y lo relacionado con la resolución de conflictos en la materia en México, ya no es un problema que trascienda al conocimiento de los órganos internacionales de protección de derechos humanos, en virtud de que éstos son el único remedio ante arbitrariedades que impidan su legítimo ejercicio. Lo anterior puede ser considerado un parámetro válido para concluir que estas instituciones responden a los estándares internacionales previstos en las convenciones en esa materia.

Ciertamente, quedan muchos temas por analizar, que seguramente serán motivo de debates importantes en los próximos años.

Nos referimos a la actuación de las autoridades administrativas y su participación en el control de convencionalidad²⁸ de las leyes, así como en la maximización de los derechos humanos en casos concretos, lo cual todavía se encuentra en ciernes. Esta actividad la deben desplegar en ese sentido el Instituto Nacional Electoral y los organismos públicos locales electorales, a efecto de maximizar y proteger el ejercicio de los derechos humanos de tipo político-electoral en el contexto de la sociedad democrática que nuestro país, atento a su historia, cultura y aspiraciones, ha determinado trazar y dirigir sus esfuerzos.

De igual manera, a partir de lo que ha sucedido en los organismos públicos electorales locales en los casos de Colima²⁹ y Chiapas,³⁰ en los que el Tribunal Electoral

²⁷Cámara de Diputados-LXI Legislatura, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 8a. ed., México, MAPorrúa/Cámara de Diputados-LXI Legislatura, 2012, tomo III, p. 197.

²⁸“Expedientes varios 912/2010”, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que “de conformidad con el párrafo 339 de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Radilla Pacheco, el Poder Judicial de la Federación debe ejercer un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.

²⁹El 22 de octubre de 2015, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación dictó sentencia en el juicio de revisión constitucional electoral identificado con la clave de expediente “SUP-JRC-678/2015 y su acumulado”, en la cual declaró la nulidad de la elección ordinaria de gobernador en el estado de Colima. En dicha sentencia, este órgano colegiado instruyó al Instituto Nacional Electoral para que organizara la elección extraordinaria correspondiente.

³⁰La Sala Superior en el SUP-RAP-118/2016 dejó en firme la remoción de tres consejeros del Instituto de Elecciones y Participación Ciudadana de Chiapas, aprobada por el Consejo General del Instituto Nacional Electoral (INE) y le ordenó emitir un nuevo acuerdo para remover a todos los consejeros electorales, ya que se acreditó que sus conductas trastocaron el orden jurídico e incumplieron el principio de paridad de género y el procedimiento para la emisión del voto de chiapanecos residentes en el extranjero.

del Poder Judicial de la Federación, en el primero, anuló la elección de gobernador en el proceso electoral 2014-2015, y en el segundo sentenció la destitución de los integrantes del Consejo General del organismo público local electoral, nos llevan a preguntarnos si es factible la desaparición de los mismos y que sea el Instituto Nacional Electoral el que se haga cargo de esas funciones a través de sus consejos locales; o bien, si es necesario examinar un diseño institucional que establezca mayores garantías en el ejercicio de una función electoral más profesional y sólida.

En este sentido, cobra importancia la decisión del Constituyente Permanente de que para la organización del proceso electoral del 2016 una parte del constituyente que elaborará la Constitución Política de la Ciudad de México, fuera asignada al Instituto Nacional Electoral y no al organismo público local electoral del entonces Distrito Federal.³¹

Como se puede observar, en estos y otros temas se concluye que se trabajará sobre una amplia y consolidada base institucional integrada por el Instituto Nacional Electoral y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, cuyo grado de especialización y experiencia servirá para afrontar todos los nuevos retos que en materia electoral plantea cada caso que se presente.

Bibliografía

Cámara de Diputados-LXI Legislatura, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 8a. ed., México, MAPorrúa/Cámara de Diputados-LXI Legislatura, 2012, tomo III.
ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3a. ed., Valladolid, España, Trotta, 1999.

Legisgrafía

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada, 2014, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.
Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
Caso Castañeda Gutman *vs.* Estados Unidos Mexicanos, sentencia del 6 de agosto de 2008, Corte Interamericana de Derechos Humanos.
Caso Radilla Pacheco *vs.* Estados Unidos Mexicanos, sentencia del 23 de noviembre de 2009, Corte Interamericana de Derechos Humanos.
Caso Yatama *vs.* Nicaragua, sentencia del 23 de junio de 2005, Corte Interamericana de Derechos Humanos.
Sentencias de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
SUP-JDC-12624/2011 y acumulados
SUP-JRC-678/2015.
SUP-RAP-118/2016

³¹ Artículo séptimo transitorio del “Decreto de reforma constitucional”, *Diario Oficial de la Federación*, 29 de enero 2016.

Jurisprudencia y tesis

- Tesis LXIX/2011 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 10ª Época; Pleno; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Libro III, tomo 1, diciembre 2011.
- Tesis P.IX/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XXV, abril 2007.
- Tesis PLXXVII/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo X, noviembre 1999.
- Tesis PC/92, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, octava época, Núm. 60, diciembre 1992.
- Jurisprudencia 6/2015, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, año 8, núm. 16, 2015.
- Jurisprudencia 7/2015, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, año 8, núm. 16, 2015.
- Jurisprudencia 8/2015, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, año 8, núm. 16, 2015.
- Jurisprudencia 9/2015, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, año 8, núm. 16, 2015.

Bibliografía de internet

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos. Informe Núm. 8/91, caso 10.180, México. 22 de febrero de 1991, disponible en <http://bit.ly/25uoqpB>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos. Informe Núm. 14/93, caso 10.956, México, 7 de octubre de 1993, disponible en <http://bit.ly/1P9mOKf>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos Contenciosos, disponible en http://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ficha técnica: Castañeda Gutman *vs.* México, disponible en http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia/ficha.cfm?nId_Ficha=298&lang=es.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ficha técnica: Yatama *vs.* Nicaragua, disponible en http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=268&lang=es.
- Instituto Nacional Electoral, Reglamento Interno, disponible en http://norma.ine.mx/documents/27912/276876/Reglamento_Interior_INE.pdf/16aab1fa-b2ba-485d-af6d-1179648b11b6
- Organización de los Estados Americanos, “Carta Democrática Interamericana”, disponible en http://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm.
- Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, informes de labores, disponible en <http://portal.te.gob.mx/acercate/informe-de-labores?sala=All>.
- Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, informes de Labores, Jurisprudencia 13/2008 de rubro “COMUNIDADES INDÍGENAS. SUPLENCIA DE LA QUEJA EN LOS JUICIOS ELECTO-

- RALES PROMOVIDOS POR SUS INTEGRANTES”, disponible en <http://www.te.gob.mx/iuse/tesisjur.aspx?idTesis=13/2008>.
- Jurisprudencia 16/2012 de rubro “CUOTA DE GÉNERO. LAS FÓRMULAS DE CANDIDATOS A DIPUTADOS Y SENADORES POR AMBOS PRINCIPIOS DEBEN INTEGRARSE CON PERSONAS DEL MISMO GÉNERO”, disponible en <http://www.te.gob.mx/iuse/tesisjur.aspx?idTesis=16/2012>.
- Jurisprudencia 8/2015 de rubro “INTERÉS LEGÍTIMO. LAS MUJERES LO TIENEN PARA ACUDIR A SOLICITAR LA TUTELA DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PARIDAD DE GÉNERO EN LA POSTULACIÓN DE CANDIDATURAS A CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR”, disponible en <http://www.te.gob.mx/iuse/tesisjur.aspx?idTesis=8/2015>.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Derechos Humanos y Asesoría de la Presidencia, Seguimiento de Asuntos Resueltos por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/asuntosrelevantes/pagina/seguimientoasuntosrelevantespub.aspx?id=121589&seguimientoid=225&cap=caso%20radi-la%20pacheco&promoventes=&actoreclamado=>.
- V Foro de la Democracia Latinoamericana, disponible en http://www.ine.mx/archivos3/portal/historico/contenido/interiores/Menu_Principal-id-V_Foro_Democracia/.

La perspectiva de género en materia electoral

Introducción

La perspectiva de género es indispensable para el acceso a la justicia y elemento fundamental del Estado de Derecho. Hace apenas unos años, si tratábamos de buscar sentencias que en su argumentación utilizaran tratados internacionales —como la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) o la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)—, así como sentencias en donde se hiciera análisis y argumentación con perspectiva de género, nuestra búsqueda hubiese sido absolutamente infructuosa y quizá, incluso, frustrante.

Más bien, lo que encontraríamos serían criterios estereotipadores, discriminadores, insensibles al género y, en consecuencia, contrarios al acceso a la justicia, como por ejemplo: aquellos que consideraban que la violación no tenía lugar dentro del matrimonio,¹ o que los partidos estaban exentos de cumplir con las cuotas de género cuando la elección de sus candidaturas se basaba en “procesos democráticos internos”.²

Poco a poco esto ha ido cambiando. En parte, gracias a la reforma constitucional de derechos humanos de 2011 y la electoral de 2014; las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (por ejemplo, las de González y otras, Fernández Ortega y Rosendo Cantú);³ la reinterpretación del control de convenciona-

Sumario

Introducción	981
La perspectiva de género.	982
Juzgar con perspectiva de género . .	983
Perspectiva de género en materia jurisdiccional electoral.	984
Violencia política contra las mujeres	987
Prospectiva	990
Bibliografía	990

¹Tesis 1a./J. 10/94, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 8a. Época, mayo de 1994, p. 18.

²Jurisprudencia 3/2005, *Compilación Oficial*, pp. 120 a 122.

³Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso González y otras (“Campo algodón”) vs. México”, sentencia de 16 de noviembre de 2009, en

alidad por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN);⁴ el litigio estratégico, o la adopción del Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género,⁵ entre otras cuestiones.

Hoy, en cambio, aunque persisten criterios insensibles al género,⁶ contamos con sentencias, tesis y jurisprudencias que derivan de un enfoque de género y que implican un importante avance. Hasta el momento, me parece que las más relevantes son la jurisprudencia 22 de 2016, de la Primera Sala de la SCJN,⁷ así como la emblemática sentencia 12624⁸ y las jurisprudencias 6, 7, 8 y 9 de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación⁹ (TEPJF), de las cuales hablaré más adelante.

La perspectiva de género

De acuerdo con el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género¹⁰ de la SCJN, la perspectiva de género es una categoría de análisis que:

- 1) Permite visibilizar la asignación social diferenciada de roles y tareas en virtud del sexo y/o género.
- 2) Revela las diferencias en oportunidades y derechos que siguen a esta asignación.
- 3) Evidencia las relaciones de poder originadas a partir de estas diferencias.
- 4) Se hace cargo de la vinculación que existe entre las cuestiones de género, la raza, la religión, la edad, las creencias políticas, etcétera. Es decir, de la interseccionalidad de estas categorías y su afectación en el ejercicio de los derechos.

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf; “Caso Fernández Ortega y otros vs. México”, sentencia de 30 de agosto de 2010, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf, y “Caso Rosendo Cantú y otra vs. México”, sentencia de 31 de agosto de 2010, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf.

⁴Tesis: P/J. 20/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. Época, tomo I, abril de 2014, p. 202.

⁵Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Protocolo para juzgar con perspectiva de género, haciendo realidad el derecho a la igualdad”, en <https://www.scjn.gob.mx/libreria/paginas/protocolos.aspx>

⁶Por ejemplo, el tristemente conocido caso de Yakiri Rubí Rubio Aupart, quien fue acusada del delito de homicidio en legítima defensa con exceso de violencia contra Miguel Ángel Ramírez Ayala, el hombre que la violó e intentó asesinarla. Esto le valió estar presa ochenta y seis días, después pudo seguir su proceso en libertad y, finalmente, obtuvo una sentencia absolutoria. En materia electoral también existen casos. En 2015 se resolvieron diversos recursos de reconsideración en la Sala Superior del TEPJF en los que se impugnaba la paridad horizontal y vertical a nivel municipal. Fue el caso de Nuevo León (SUP-REC-85/2015), Sonora (SUP-REC-90/2015 y su acumulado) y Estado de México (SUP-REC-97/2015). Una cuestión valiosa de estos asuntos fue que se consideró que las actoras tenían interés legítimo para impugnar aun cuando no eran candidatas. Sin embargo, al mismo tiempo, se determinó que dado lo avanzado del proceso electoral y de las campañas, no era posible invalidar el registro de las candidaturas aun cuando no cumplían con la paridad municipal (vertical y horizontal). Incluso en el momento en que el asunto se decidió, en el Estado de México no habían iniciado las campañas. Como parte de la Sala Superior estuve en contra y emití votos particulares.

⁷Tesis 1a./J. 22/2016, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. Época, tomo II, abril de 2016, p. 836.

⁸Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, recaída al juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, identificado con la clave SUP-JDC-12624/2011 y acumulados, de fecha 30 de noviembre 2011.

⁹Jurisprudencia 6/2015, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, año 8, núm. 16, 2015, pp. 24-26; Jurisprudencia 7/2015, *op. cit.*, pp. 26 y 27; Jurisprudencia 8/2015, *op. cit.*, pp. 18-20; Jurisprudencia 9/2015, *op. cit.*, pp. 20 y 21.

¹⁰Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, nota 5, p. 64.

- 5) Pregunta por los impactos diferenciados de las leyes y políticas públicas basadas en estas asignaciones, diferencias y relaciones de poder.
- 6) Determina en qué casos un trato diferenciado es arbitrario y en qué casos es necesario.

La perspectiva de género es un método de análisis que debe ser aplicado por quienes imparten justicia. Esto nos lleva al siguiente rubro.

Juzgar con perspectiva de género

El derecho de las mujeres a la igualdad, así como a una vida libre de discriminación y de violencia se traduce necesariamente en una obligación de toda autoridad de actuar con perspectiva de género.¹¹ Además del reconocimiento del derecho a la igualdad y a la no discriminación por razones de género, se desprende que todo órgano jurisdiccional debe impartir justicia con perspectiva de género, aun cuando las partes no lo soliciten,¹² así lo ha dicho la propia SCJN.¹³

El Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género¹⁴ señala que, para juzgar con perspectiva de género, es necesario asumir tres premisas básicas:

Primera. El fin del Derecho es combatir las relaciones asimétricas de poder y esquemas de desigualdad que determinan el diseño y ejecución del proyecto de vida de las personas.
Segunda. El quehacer jurisdiccional tiene un invaluable potencial para la transformación de la desigualdad formal, material y estructural. Quienes juzgan, son agentes de cambio en el diseño y ejecución del proyecto de vida de las personas.
Tercera. El mandato de la igualdad requiere de quienes imparten justicia un ejercicio de deconstrucción de la forma en que se ha aplicado e interpretado el Derecho.

Para juzgar con enfoque de género, la jurisprudencia de la Suprema Corte señala que “debe implementarse un método [...] a fin de verificar si existe una situación de violencia o vulnerabilidad que, por cuestiones de género, impida impartir justicia de manera completa e igualitaria”.¹⁵ Este método, consiste en:

- i) Identificar primeramente si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia;

¹¹Tesis 1a. CLX/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. Época, tomo I, mayo de 2015, p. 431.

¹²Tesis 1a./J. 22/2016, *op. cit.*, nota 7; Tesis 1a. LXXXVII/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. Época, tomo II, febrero de 2015, p. 1382, y Tesis 1a. C/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. Época, tomo I, marzo de 2014, p. 523.

¹³Tesis 1a./J. 22/2016, *op. cit.*, nota 7; Tesis 1a. LXXIX/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. Época, tomo II, febrero de 2015, p. 1397; Tesis 1a. C/2014 y Tesis 1a. XCIX/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. Época, tomo I, marzo de 2014, p. 523 y 524; Tesis 1a. XLV/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. Época, tomo I, febrero de 2014, p. 663; Tesis P.XX/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. Época, tomo I, septiembre de 2015, p. 235.

¹⁴Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, nota 5, p. 81.

¹⁵Tesis 1a./J. 22/2016, *op. cit.*, nota 7.

- ii) Cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género;
- iii) En caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones;
- iv) De detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, así como evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo al contexto de desigualdad por condiciones de género;
- v) Para ello debe aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente de los niños y niñas, y
- vi) Considerar que el método exige que, en todo momento, se evite el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, por lo que debe procurarse un lenguaje incluyente con el objeto de asegurar un acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género.¹⁶

Las tesis de la Suprema Corte señalan, además, que una parte fundamental del método para juzgar con perspectiva de género es la determinación de las reparaciones, las cuales no sólo deben ser integrales, sino, además, deben tener una vocación transformadora de la situación que generó el acto de discriminación y/o de violencia.

Perspectiva de género en materia jurisdiccional electoral

Desde mi experiencia como magistrada de la Sala Superior del TEPJF, puedo afirmar que la resolución de los casos pasó por el análisis de las obligaciones que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la CEDAW, la Convención de Belém do Pará, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales, entre otros instrumentos, imponen a quienes imparten justicia.

Además, por supuesto, se retomó lo que los comités de Naciones Unidas, sus relatorias y grupos de trabajo han interpretado respecto del alcance de los instrumentos citados. Igualmente por lo que se refiere a la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea, es decir, la argumentación jurídica del Tribunal se sustentó en los estándares internacionales.

La incorporación de los estándares internacionales tiene un objetivo muy claro: hacer realidad las aspiraciones de justicia de quienes acuden ante los tribunales nacionales, a través de lo establecido en la Constitución, los tratados y los estándares fijados por organismos internacionales en la resolución de casos similares.

Así, en la jurisprudencia 21/2015,¹⁷ el TEPJF determinó que “la aplicación de estándares y buenas prácticas reconocidas por los organismos internacionales [resulta

¹⁶*Idem.*

¹⁷Jurisprudencia 21/2015, aprobada en la sesión pública de la Sala Superior del TEPJF, celebrada el 29 de julio de 2015.

aplicable] siempre y cuando tengan como finalidad orientar la actividad del intérprete de la normativa correspondiente, para la ampliación de los derechos humanos contenidos en ella”. Prueba de ello son las jurisprudencias que, por un lado, han retomado estándares internacionales para conceptualizar las acciones afirmativas y que, por el otro, han mandado la implementación de tales acciones.

En la jurisprudencia 11/2015¹⁸ (véase también la 30/2014,¹⁹ la 43/2014²⁰ y la 3/2015²¹), se reconoce la “obligación del Estado mexicano de establecer acciones afirmativas en tanto constituyen medidas temporales, razonables, proporcionales y objetivas orientadas a la igualdad material”.

Por otro lado, en la Jurisprudencia 16/2012²² —antes de que la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, en su artículo 232.2 lo estableciera— se determinó, como una acción afirmativa tendiente a efectivizar las cuotas de género, que: “Las fórmulas que se registren [...] deben integrarse con candidatos propietario y suplente, del mismo género, pues, de resultar electos y presentarse la ausencia del propietario, éste sería sustituido por una persona del mismo género, lo que además trascenderá al ejercicio del cargo”.

En el mismo sentido, la Jurisprudencia 29/2013²³ estableció la alternancia como una acción afirmativa para las listas de representación proporcional. Asimismo, la jurisprudencia 48/2014²⁴ determinó que:

La autoridad administrativa electoral local tiene el deber jurídico de llevar a cabo las acciones necesarias para garantizar la vigencia de [la] igualdad en la participación de hombres y mujeres en los procedimientos electorales [...] en caso de ser necesario, en las elecciones regidas por el Derecho Consuetudinario, el órgano administrativo electoral del Estado debe organizar campañas a fin de informar y establecer un diálogo abierto, incluyente y plural con los integrantes de las comunidades indígenas, respecto de los derechos de votar y ser votadas de las mujeres en condiciones que garanticen la igualdad sustantiva y no sólo formal.

Una de las sentencias más relevantes en cuanto a la implementación de las cuotas fue la 12624²⁵ de 2011²⁶ la cual da cuenta de cómo, a pesar de que exista una norma expresa (en ese tiempo, la regla 40/60 para candidaturas al Congreso), era necesaria

¹⁸Jurisprudencia 11/2015, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, año 8, núm. 16, 2015, pp. 13, 14 y 15.

¹⁹Jurisprudencia 30/2014, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, año 7, núm. 15, 2014, pp. 11 y 12.

²⁰Jurisprudencia 43/2014, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, año 7, núm. 15, 2014, pp. 12 y 13.

²¹Jurisprudencia 3/2015, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, año 8, núm. 16, 2015, pp. 12 y 13.

²²Jurisprudencia 16/2012, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, año 5, núm. 10, 2012, pp. 19 y 20.

²³Jurisprudencia 29/2013, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, año 6, núm. 13, 2013, pp. 71-73.

²⁴Jurisprudencia 48/2014, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, año 7, núm. 15, 2014, pp. 68 y 69.

²⁵Esta resolución, ampliamente conocida, hizo al TEPJF acreedor al reconocimiento internacional de Womens Link Worldwide, quien otorgó a la sentencia el “Mallette de Bronce” en 2012 por ser una decisión que ayudó a promover la igualdad de género.

²⁶Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, recaída al juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, identificado con la clave SUP-JDC-12624/2011 y acumulados, de fecha 30 de noviembre 2011.

la intervención del Tribunal a fin de combatir las resistencias y simulaciones de los partidos políticos. En esos momentos, incluso había quienes consideraban que las cuotas eran inconstitucionales. Hoy, gracias a un gran esfuerzo y trabajo colegiado, este tipo de argumentos son impensables.

En este asunto, tres partidos en conjunto solicitaron un alegato. Los presidentes del PRI, PAN y PRD acudieron al Tribunal aduciendo, entre otras cosas, que no podían cumplir con la cuota puesto que no había mujeres para ser registradas. Al ver que los registros serían declarados inválidos si no se cumplía con esta regla y que incluso existía la posibilidad de que, el entonces Instituto Federal Electoral (IFE), determinara por sorteo a qué candidatos retirarles el registro, los partidos cumplieron con las cuotas. Como resultado de ello, la LXII Legislatura se integró con la representación de mujeres más alta de la historia hasta entonces,²⁷ es decir, 37 por ciento en la Cámara de Diputados (185 mujeres, 91 electas por mayoría relativa y 94 por representación proporcional).²⁸

Después, gracias a una lucha de muchísimo tiempo en la que estuvieron involucradas un gran número de mujeres (servidoras públicas, académicas, miembros de organizaciones de la sociedad civil, etcétera), se logró la reforma constitucional de 2014 en la que se estableció el principio de paridad.²⁹ Así, se obligó a los partidos políticos a postular un 50 por ciento de mujeres para las candidaturas de congresos federal y locales. Además, se establecieron, a nivel legal, reglas para instrumentar la paridad, tales como la prohibición de asignar distritos perdedores exclusivamente a un género,³⁰ así como incrementar anualmente el 3 por ciento del financiamiento público ordinario de los partidos en la capacitación, promoción y desarrollo del liderazgo político de las mujeres.³¹

Al no establecerse expresamente que la paridad abarcaba el ámbito municipal, se presentaron ante los órganos jurisdiccionales electorales de todos los niveles diversos tipos de impugnaciones que se tradujeron en cuatro jurisprudencias (números 6, 7, 8 y 9 de 2015), de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades electorales y actores políticos del país. En resumen, los cinco puntos centrales que en ellas se establecen son:

- 1) La postulación paritaria de candidaturas está encaminada a asegurar a ambos géneros el ejercicio efectivo al poder público, es decir, a garantizar auténticas condiciones de igualdad.
- 2) De acuerdo con los estándares convencionales y constitucionales, los partidos y las autoridades electorales deben garantizar la paridad de género en la postulación de candidaturas municipales desde una doble dimensión: vertical y horizontal.

²⁷La representación más alta fue la alcanzada en 2015 con el 42 por ciento.

²⁸En http://genero.ife.org.mx/legislativo_dip.html.

²⁹En ese momento, en la región únicamente Bolivia (artículo 278.II de la Constitución de Bolivia), Costa Rica (artículos 2, 60, 61 y 148 del Código Electoral, Ley 8765), Ecuador (artículos 65, 108, 116, 176, 179, 183, 217, 224 y 434 de la Constitución de Ecuador), Honduras (artículo 105. A de la Ley Electoral y de las Organizaciones Políticas.), Nicaragua (artículo 82 de la Ley Electoral, Ley 331) y Panamá (artículo 239 del Código Electoral de la República de Panamá), habían reconocido la paridad dentro de sus ordenamientos jurídicos.

³⁰Ley General de Partidos Políticos, artículo 3, numeral 5.

³¹Ley General de Partidos Políticos, artículo 51, numeral 1, inciso a), fracción V.

- 3) El principio de paridad emerge como un parámetro de validez que debe permear en la postulación de candidaturas para la integración de órganos de representación popular federales, locales y municipales, a efecto de garantizar un modelo plural e incluyente de participación política en los distintos ámbitos de gobierno.
- 4) Cuando se trata de impugnaciones relacionadas con la paridad cualquier mujer cuenta con interés legítimo, incluso cuando la norma no confiere la potestad directa de acudir a tribunales.
- 5) Cuando se trate de impugnaciones relacionadas con la tutela de principios y derechos de un grupo histórica y estructuralmente discriminado, cualquiera de sus integrantes puede acudir a juicio.

Además de temas de cuotas y paridad, en materia electoral se han tomado acciones relativas a la violencia política contra las mujeres.

Violencia política contra las mujeres

La violencia política contra las mujeres es una realidad que lamentablemente se constata con los hechos: existen 38 casos documentados por la Fiscalía Especializada para la Atención de Delitos Electorales en los procesos electorales celebrados en 2015.³² Actualmente no existe legislación específica sobre la materia³³ ni un marco concreto de políticas para atender la violencia política contra las mujeres.

En ese contexto, a iniciativa del TEPJF, en conjunto con el Instituto Nacional Electoral (INE), la Fiscalía Especializada para la Atención de Delitos Electorales (Fepade), la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación (Subsecretaría-DDHH), la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas (CEAV), el Instituto Nacional de las Mujeres (INMujeres) y la Fiscalía Especial para los Delitos de Violencia contra las Mujeres y Trata de Personas (Fevimtra), se elaboró el Protocolo para Atender la Violencia Política contra las Mujeres,³⁴ el cual tiene como fines:

- 1) Prevenir actos de violencia política contra mujeres;
- 2) Facilitar la identificación de la violencia política contra las mujeres;
- 3) Evitar daños mayores a las víctimas, sus familias y personas cercanas;

³²En México, la violencia política de género aún no constituye un delito, por ello las conductas que tuvieron lugar en dicho proceso, de acuerdo con la Fiscalía, podrían actualizar dos de los tipos penales previstos en el artículo 7 de la Ley General en Materia de Delitos Electorales, el de la fracción IV y el de la fracción XVI.

³³En la región, únicamente Bolivia cuenta con la Ley contra el Acoso y Violencia Política hacia las Mujeres, mientras que Costa Rica, Ecuador, México y Perú, sólo tienen iniciativas. Por su parte, el 15 de octubre de 2015 la Comisión Interamericana de Mujeres, en la Sexta Conferencia de los Estados Parte de la Convención de Belém do Pará, adoptó la “Declaración sobre la Violencia y el Acoso Políticos contra las Mujeres”. Actualmente, se encuentra trabajando una Ley Modelo Interamericana sobre Violencia Política contra las Mujeres, así como un protocolo para que los partidos políticos prevengan y atiendan este tipo de violencia. En México, Campeche y Jalisco han definido, dentro de sus leyes de violencia, la política. Por su parte, Oaxaca tiene pendiente de publicar una reforma en donde además, se tipifica.

³⁴El Protocolo fue presentado el 14 de marzo de 2016, en la Sala Superior del TEPJF, en: http://sitios.te.gob.mx/protocolo_mujeres/.

- 4) Generar una adecuada coordinación entre las instituciones responsables de hacer frente a casos de violencia política contra las mujeres, y
- 5) Servir de guía, a partir de un enfoque general, para atender la violencia política con elementos de género en todas sus vertientes, a nivel federal, estatal y municipal.

Este instrumento demuestra que aun cuando las mujeres cada vez han logrado obtener más espacios en el ámbito público, esto no ha significado que sus aspiraciones políticas y el ejercicio de sus cargos se de en condiciones de igualdad, libres de violencia y de discriminación.

En el Protocolo, la violencia política contra las mujeres se define como:

Todas aquellas acciones y omisiones —incluida la tolerancia— que, basadas en elementos de género y dadas en el marco del ejercicio de derechos político-electorales, tengan por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce y/o ejercicio de los derechos políticos o de las prerrogativas inherentes a un cargo público.³⁵

El Protocolo para Atender la Violencia Política contra las Mujeres está centrado en la atención inmediata a las víctimas y se estructura a partir de la respuesta a siete preguntas básicas:

- 1) ¿Qué es la violencia política contra las mujeres?
- 2) ¿Cuándo puede hablarse de violencia política con elementos de género?
- 3) ¿Cómo se detecta la violencia política contra las mujeres con elementos de género?
- 4) ¿Quiénes son las víctimas?
- 5) ¿Qué derechos tienen las víctimas?
- 6) ¿Cuáles son las instituciones competentes para brindar atención y a qué están obligadas?
- 7) ¿Qué acciones inmediatas deben tomarse en casos de violencia política?

La aportación de este Protocolo es, además de brindar valiosas herramientas conceptuales, establecer un diagrama de actuación que señala a qué autoridades acudir en casos de violencia política y cuáles son sus obligaciones.

En este instrumento damos cuenta de casos en los que, pese a que se reconoció la existencia de actos contrarios al derecho a la igualdad de las mujeres, no detectamos la violencia política de género:

- 1) *Elección de concejales municipales en San Bartolo Coyotepec, Oaxaca (2014-2016)*. Esta elección fue celebrada de acuerdo al sistema normativo interno de la comunidad y no se permitió la postulación de mujeres en las ternas correspondientes a la presidencia municipal y la sindicatura. La Sala Superior anuló la elección al afectarse el principio constitucional de participación de las mujeres en condiciones de igualdad.³⁶ En la elección ex-

³⁵Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, “Protocolo para Atender la Violencia Política Contra las Mujeres”, México, 2016, p. 19, en http://sitios.te.gob.mx/protocolo_mujeres/.

³⁶Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, recaída al recurso de recurso de reconsideración, identificado con la clave SUP-REC-16/2014, de fecha 5 de marzo de 2015.

traordinaria se permitió la participación de mujeres como candidatas y el cabildo se integró con cuatro mujeres y seis hombres.

2) *Elección municipal en San Miguel Tlacotepec, Oaxaca.* La Sala Superior del TEPJF consideró que el derecho de las mujeres a ser electas se restringió indebidamente, pues no fueron incluidas en ninguna de las planillas debido a que no habían cumplido con el tequio. La Sala Superior resolvió que, de acuerdo al derecho electoral indígena, el cumplimiento de las obligaciones comunales recae en el núcleo familiar y no en el individuo, por lo que para cubrir con tales requisitos es suficiente que alguno de sus miembros lo lleve a cabo, ya sea directamente la mujer o cualquier integrante de la familia.³⁷ Además, en este asunto la Sala Superior determinó que el cumplimiento de las obligaciones comunales debe armonizarse con las actividades que las mujeres cumplen en el ámbito familiar.

A partir del impulso que se le ha dado a este tema desde distintos ámbitos y de la emisión del Protocolo para Atender la Violencia Política contra las Mujeres, el TEPJF ha empezado a detectar y juzgar casos de violencia política contra las mujeres. Tal fue el caso de la sentencia del juicio de protección de derechos políticos del ciudadano 4370/2015³⁸ relacionado con actos de acoso y discriminación en contra de la única mujer magistrada que integra el Tribunal Electoral de San Luis Potosí.

En la sentencia se da cuenta de una serie de actos que tanto el presidente del Tribunal, otro magistrado que lo integra y el secretario general de Acuerdos, llevaron a cabo en contra de la magistrada como: solicitudes sin respuesta, no entrega de copias certificadas de actas del Pleno y de diversa documentación relacionada con las funciones del órgano jurisdiccional, así como condicionar el derecho de que sus manifestaciones o consideraciones constaran en el acta de la sesión del Pleno.

Resultaba muy claro que los actos que vivió la magistrada constituían violencia en términos de la Convención de Belém do Pará, en tanto tenían lugar al ser ella la única mujer que integra el Tribunal Electoral local. Estos actos le impidieron ejercer propiamente el cargo para el cual fue electa por el Senado de la República. Además, el acoso a la magistrada generó un ambiente de tensión que repercutió en todo el personal que labora dentro del Tribunal, principalmente entre quienes integraban su equipo de trabajo.

La forma en que se condujeron el magistrado presidente, su colega magistrado y el secretario general de Acuerdos, obedeció a la consideración de que las mujeres no pueden ser tratadas como si tuvieran los mismos derechos que ellos. Así, en la sentencia se acreditó “la comisión de acciones que han impedido el ejercicio de las funciones de la actora en su carácter de integrante del Tribunal Electoral del estado de San Luis Potosí”, y se dio vista al Senado de la República para que, “en su carácter de órgano responsable de la designación de los magistrados”, investigue y, en su caso, imponga las sanciones que corresponda por las conductas de violencia y acoso laboral en contra de la actora.

³⁷Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, recaída al recurso de recurso de reconsideración, identificado con la clave SUP-REC-4/2015, de fecha 11 de febrero de 2015.

³⁸Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, recaída al juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, identificado con la clave SUP-JDC-4370/2015, de fecha 30 de marzo de 2016.

Prospectiva

Después de años en los que muchas mujeres, desde distintos ámbitos, trataron de colocar en el debate jurídico el análisis del derecho con enfoque de género, hoy, este enfoque ha permeado en el quehacer estatal y, por supuesto, jurisdiccional.

La Sala Superior del TEPJF fue y ha sido sede de importantes discusiones en torno a la tutela del ejercicio de los derechos político-electorales de las mujeres con perspectiva de género. Desde mi punto de vista, el balance es a favor. Al mismo tiempo, me parece que las discusiones judiciales en materia electoral se vincularán a la efectividad de la paridad, así como a la forma en que debe atenderse y repararse, en sede judicial, la violencia política contra las mujeres. En este sentido, considero que uno de los principales retos será definir el alcance y la forma en que habrán de otorgarse las órdenes de protección.

Al mismo tiempo, me parece lamentable que los órganos judiciales electorales, a diferencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no hayamos integrado aún jurisprudencia sobre juzgar con perspectiva de género. Seguimos sin saber utilizar lenguaje incluyente y no estereotipado en nuestras sentencias; seguimos con magistrados que aún no son sensibles ni están interesados en estos temas, ojalá, esto cambie en un futuro cercano. Además, habrá de analizarse el impacto de género en las candidaturas independientes, ya que seguramente seguirán llegando temas de acoso laboral (incluso sexual), que constituyan violencia política de género y deban atenderse.

Finalmente, considero pertinente citar lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció en el caso “González y otras” (Campo Algodonero): la impunidad “envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia”.³⁹ Juzgar con perspectiva de género es una vía para combatir la impunidad.

Bibliografía

Doctrina

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género, haciendo realidad el derecho a la igualdad*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, en <https://www.scjn.gob.mx/libreria/paginas/protocolos.aspx>.

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, *Protocolo para Atender la Violencia Política Contra las Mujeres*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2016, en http://sitios.te.gob.mx/protocolo_mujeres/

³⁹Corte IDH, “Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”, véase *supra*, nota 3, párr. 400.

Instrumentos internacionales

Convención Americana de Derechos Humanos.

Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará).

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, 2012, disponible en http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/CEDAW_C_MEX_CO_7_8_esp.pdf.

Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Jurisprudencia nacional

Tesis 1a./J. 22/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo II, abril de 2016, p. 836.

Tesis 1a. CLX/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, mayo de 2015, p. 431.

Tesis 1a. LXXXVII/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo II, febrero de 2015, p. 1382.

Tesis 1a. LXXIX/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo II, febrero de 2015, p. 1397.

Tesis P. XX/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, septiembre de 2015, p. 235.

Tesis 1a. C/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, marzo de 2014, p. 523.

Tesis 1a. XCIX/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, marzo de 2014, p. 524.

Tesis 1a. XLV/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, febrero de 2014, p. 663.

Tesis: P/J. 20/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, abril de 2014, p. 202.

Tesis 1a./J. 10/94, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, mayo de 1994, p. 18.

Jurisprudencia 3/2015, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, año 8, núm. 16, 2015, pp. 12 y 13.

Jurisprudencia 6/2015, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, año 8, núm. 16, 2015, pp. 24, 25 y 26.

Jurisprudencia 7/2015, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, año 8, núm. 16, 2015, pp. 26 y 27.

Jurisprudencia 8/2015, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, año 8, núm. 16, 2015, pp. 18, 19 y 20.

- Jurisprudencia 9/2015, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, año 8, núm. 16, 2015, pp. 20 y 21.
- Jurisprudencia 11/2015, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, año 8, núm. 16, 2015, pp. 13, 14 y 15.
- Jurisprudencia 21/2015, aprobada en la sesión pública de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, celebrada el 29 de julio de 2015.
- Jurisprudencia 30/2014, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, año 7, núm. 15, 2014, pp. 11 y 12.
- Jurisprudencia 43/2014, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, año 7, núm. 15, 2014, pp. 12 y 13.
- Jurisprudencia 48/2014, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, año 7, núm. 15, 2014, pp. 68 y 69.
- Jurisprudencia 29/2013, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, año 6, núm. 13, 2013, pp. 71, 72 y 73.
- Jurisprudencia 16/2012, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, año 5, núm. 10, 2012, pp. 19 y 20.
- Jurisprudencia 3/2005, Compilación Oficial, pp. 120 a 122.

Jurisprudencia internacional

- Caso Fernández Ortega y otros *vs.* México http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf.
- Caso González y otras *vs.* México (“Campo Algodonero”), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf.
- Caso Rosendo Cantú y otra *vs.* México http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf.

Legislación

- Constitución de la República del Ecuador.
- Constitución Política de la República de Costa Rica.
- Constitución Política de la República de Honduras.
- Constitución Política de la República de Nicaragua.
- Constitución Política de la República de Panamá.
- Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.
- Ley contra el Acoso y Violencia Política hacia las Mujeres de Bolivia.
- Ley General de Partidos Políticos.
- Ley General en Materia de Delitos Electorales.

Páginas electrónicas

- http://genero.ife.org.mx/legislativo_dip.html.

Sentencias

- Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, recaída al juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, identificado con la clave SUP-JDC-4370/2015, de fecha 30 de marzo de 2016.
- Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, recaída al recurso de reconsideración, identificado con la clave SUP-REC-85/2015, de fecha 29 de abril de 2015.
- Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, recaída al recurso de reconsideración, identificado con la clave SUP-REC-90/2015, de fecha 29 de abril de 2015.
- Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, recaída al recurso de reconsideración, identificado con la clave SUP-REC-97/2015, de fecha 29 de abril de 2015.
- Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, recaída al recurso de recurso de reconsideración, identificado con la clave SUP-REC-16/2014, de fecha 5 de marzo de 2015.
- Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, recaída al recurso de recurso de reconsideración, identificado con la clave SUP-REC-4/2015, de fecha 11 de febrero de 2015.
- Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, recaída al juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, identificado con la clave SUP-JDC-12624/2011 y acumulados, de fecha 30 de noviembre 2011.

El redimensionamiento del derecho de participación política.
Un enfoque a partir de la convencionalidad

Los derechos fundamentales.
La función legislativa y el deber de interpretación
para su desarrollo

Las libertades fundamentales en que se sustenta un orden democrático exigen para alcanzar su materialidad, la conjunción de un deber complementario y dual. Por una parte, el legislador cumple una función primaria, atinente a delinear la fórmula normativa en la que se condensa y articula un determinado derecho fundamental, esto es, las normas delinear el alcance o dimensión que se le asigna a un derecho humano. Mientras al operador jurídico le compete la actividad de *habilitar* los referidos derechos, esto es, desarrollarlos en su correspondiente dimensión para conseguir su instrumentación.

Para Peter Häberle, esa duplicidad de actuación se puede calificar como una tarea conjunta de conformación y limitación de los derechos fundamentales. Desde su punto de vista la distinción entre ambas funciones es relativa y, por tanto, propone una función integral de ejecución para tales derechos. De este modo, toda limitación implica, al propio tiempo, una determinación del contenido y al contrario, toda determinación del contenido requiere necesariamente una fijación de sus límites.¹

A continuación se hará referencia a la evolución de la tutela de los derechos políticos en nuestro país, que en los años recientes se ha ceñido fundamentalmente a ese ejercicio dialéctico, en el cual, la actividad legislativa y el desarrollo jurisprudencial a través de la interpretación material de los operadores jurídicos se conjuntan como un binomio necesario para su desarrollo.

¹Cfr. Brage Camazano, Joaquín, *Los límites a los Derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004.

Sumario

Los derechos fundamentales.	
La función legislativa y el deber de interpretación para su desarrollo	995
Los derechos políticos como derechos humanos	996
La perspectiva interamericana	997
Las candidaturas independientes en la visión convencional del TEPJF.	999
La reforma constitucional de 2012 y el establecimiento expreso de las candidaturas independientes	1000
Las candidaturas independientes. Perspectivas sobre su eficacia y materialidad.	1001
La Comisión de Venecia. Una mirada en la evolución de las candidaturas independientes	1004
Conclusión	1004
Bibliografía	1006

En esta ocasión quisiera centrar el estudio en el artículo 35 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece los cauces esenciales de participación política, los que se han visto ensanchados, por un actuar conjunto del legislador y su intérprete.

Los derechos políticos como derechos humanos

Los derechos políticos tienen un papel preponderante como punto de encuentro entre la democracia representativa y los derechos humanos. La identidad entre ambos tipos de derechos fue establecida expresamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en la sentencia que resolvió el caso “Castañeda Gutman *vs.* Estados Unidos Mexicanos”, de la siguiente manera:

Los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático. La Corte destaca la importancia que tienen los derechos políticos y recuerda que la Convención Americana, en su artículo 27, prohíbe su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de éstos.²

La Corte IDH³ encuentra, como uno de los fundamentos esenciales de esa premisa, a la Carta Democrática Interamericana cuando dice “en el sistema interamericano la relación entre derechos humanos, democracia representativa y los derechos políticos en particular, quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana”.⁴

La elevada relevancia de los derechos políticos, y su carácter de derechos humanos, mereció su reconocimiento expreso en las normas de fuente internacional, tanto aquellas que rigen en el sistema interamericano, como en el universal, y que por los elementos que los componen, constituyen, en términos del artículo 2º de la Convención de Viena, tratados internacionales, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Así, a diferencia de la Carta Democrática Interamericana, cuya naturaleza podría encuadrar en lo que la doctrina del Derecho Internacional define como *soft law*;⁵ la

²Corte IDH, caso “Castañeda Gutman *vs.* Estados Unidos Mexicanos”, sentencia de 6 de agosto de 2008 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 140.

³*Ibidem*, párr. 142.

⁴Carta Democrática Interamericana, “Artículo 3. Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos”.

⁵No existe una definición clara a nivel normativo, que indique qué debe entenderse por *soft law*, ni tampoco sus alcances en cuestión de exigibilidad, respecto de su cumplimiento. Empero, la doctrina jurídica ha construido algunos elementos con los que cuentan las resoluciones internacionales, a las que se les atribuye este apelativo, como es el caso de la Carta Democrática Interamericana: 1) que están formulados en términos exhortatorios; 2) no exigen de la ratificación o la entrada

CADH resulta una norma jurídica exigible para los Estados que la hubiesen ratificado,⁶ en razón de su carácter vinculatorio; instrumento jurídico que dispone lo siguiente:

Artículo 23. Derechos Políticos 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Los derechos políticos son esenciales para garantizar todos los derechos humanos, por lo que su ejercicio efectivo se convierte en *un fin en sí mismo*.⁷ La gran trascendencia que para la sociedad constituye el respeto al derecho político de las personas es reconocida de igual modo por la Organización de las Naciones Unidas (ONU). En efecto, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos⁸ se expresa de la siguiente manera:

Artículo 25. Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2º, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

La perspectiva interamericana

Una de las causas que generaron la necesidad de que en nuestro país se diera un debate en torno a la expansión de los derechos políticos por medio de las candidaturas independientes, fue la sentencia de la Corte IDH en el caso “Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, aun cuando la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) ya había despuntado el debate en el orden nacional.

El caso referido, si bien es reconocido en cuanto al tema de la accesibilidad y efectividad de un recurso judicial para cuestionar leyes electorales, es sobre todo pa-

en vigor el ámbito doméstico; 3) no cuentan con un cuerpo de normas que regulen su creación, aplicación, interpretación, modificación, terminación y validez; 4) no tienen una limitación vinculada a la expresión del consentimiento, lo cual implica que si bien no vincula a los Estados que la formulan, tampoco permite que los mismos se desentiendan de ella. *cfr. Colmegna*, Pablo Damián, “Impacto de las normas de *soft law* en el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, año VI, núm. 8, 2012.

⁶La entrada en vigor para México se registra el 24 de marzo de 1981.

⁷Corte IDH, caso “Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, *op. cit.*, párr. 143.

⁸Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

radigmático en tanto que definió la viabilidad de las candidaturas ciudadanas a la luz de la CADH. Así, en la sentencia correspondiente, la Corte IDH determinó lo siguiente:⁹

Finalmente, la Corte considera que ambos sistemas, uno construido sobre la base exclusivamente de partidos políticos, y otro que admite también candidaturas independientes, pueden ser compatibles con la Convención y, por lo tanto, la decisión de cuál sistema escoger está en las manos de la definición política que haga el Estado, de acuerdo con sus normas constitucionales.

Asimismo, observó que:

[...] en la región existe una profunda crisis en relación con los partidos políticos, los poderes legislativos y con quienes dirigen los asuntos públicos, por lo que resulta imperioso un profundo y reflexivo debate sobre la participación y la representación política, la transparencia y el acercamiento de las instituciones a las personas; de ahí que:
[...] los Estados deben valorar de acuerdo con su desarrollo histórico y político las medidas que permitan fortalecer los derechos políticos y la democracia, y las candidaturas independientes pueden ser uno de esos mecanismos.

Sin duda, los criterios internacionales en la materia han ido permeando en la configuración de instituciones y leyes en nuestro país. Por supuesto que en materia de candidaturas independientes, lo estipulado por la Corte IDH en torno al caso Castañeda Gutman fue un poderoso catalizador para la apertura constitucional hacia esta vía ciudadana de participación.

La visión interamericana, puso en la mesa de debate una posición dual en torno a la necesidad de ponderar la implementación o no de candidaturas independientes, la cual fue acogida por el poder reformador de la Constitución para impulsar la reforma al artículo 35 constitucional, reconociendo con esto al ciudadano, como protagonista de la vida pública nacional.

Así es como se han venido desplegando novedosos instrumentos de participación política que pretenden ciudadanizar la vida institucional de nuestro país, abriendo la puerta, no sólo a las candidaturas independientes, sino también a otras vías de participación que maximizan los derechos políticos de las personas posibilitando su derecho a la iniciativa ciudadana y a la consulta popular.

Al respecto, será fundamental que no sólo se contemplen mayores mecanismos de participación ciudadana, sino que efectivamente se puedan instrumentar de la mejor manera, para que su desarrollo integral permita el ejercicio pleno de los derechos humanos, los cuales, de manera conjunta dan forma a la expresión popular que se manifiesta en las urnas.

⁹Corte IDH, caso “Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, *op. cit.*, párr. 204.

Las candidaturas independientes en la visión convencional del TEPJF

A lo largo de la historia del TEPJF se puede encontrar una verdadera vocación inscrita en clave de progresividad, es decir, en una postura que busca maximizar los derechos políticos como derechos humanos.

En esa tesitura, en cuanto a las candidaturas independientes concierne, su previsión constitucional se debe, en cierto sentido, a los debates originados en el seno de la justicia electoral, así como en la demanda de una mayor apertura democrática.

En ese sentido, la perspectiva de los derechos políticos debe dirigirse como el componente fundamental que sirve, a su vez, para el ejercicio de otros derechos humanos en una democracia.

En efecto, visto de esta forma, los derechos políticos resultan ser la médula de una perspectiva democrática, en tanto que pueden servir para potencializar otros derechos, tales como la libertad de expresión o el derecho a la información referida a generar una verdadera democracia deliberativa. Así, a partir del ejercicio del voto, y de preferir determinados candidatos con una más clara propuesta política, puede provocar una mejora en los condicionamientos sociales o económicos. Los derechos políticos pueden lograr conformar la decisión sobre la cosa pública.

De esta manera, la participación política puede ser presupuesto e incidir en aspectos que rebasan meramente ese ámbito y con ello, cumplir con los propósitos constitucionales en el sentido de que, tal como se afirma en el artículo 3º del texto fundamental, la democracia es considerada “no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”.

Este principio establecido en la Constitución no solo debe verse como simple retórica, sino que deben encontrarse cánones adecuados que sirvan para tener una efectiva materialización. La perspectiva convencional ayuda en esa vertiente.

Así, los diferentes diseños pueden dar instrumentación a tales postulados, de ahí que tanto las candidaturas independientes como la consulta popular, puedan establecer una distinta discusión pública que retribuya en mejores condicionamientos sociales. El gran reto será, precisamente encontrar fórmulas y mecanismos que tengan como objetivo lograr ese propósito que se encuentra ya en el ámbito constitucional y convencional.

Indudablemente esa característica cobra sintonía si se toma en cuenta que el nuevo régimen jurídico derivado de la reforma de junio de 2011, consistente en un redimensionamiento de los tratados internacionales de derechos humanos, puede leerse, de algún modo, como una fórmula democratizadora, esto, en el sentido de que mediante un control de convencionalidad (e incluso difuso) puede alcanzarse a más personas la tutela efectiva de sus derechos.

De esta manera, la previsión constitucional de las candidaturas independientes, aunado a su posterior pormenorización en ley, vino a resolver un problema permanente relativo a que, si bastaba o no, la previsión constitucional para su efectiva tutela.

Así, en el presente apartado quisiera concentrarme particularmente en uno de los conflictos surgidos de forma previa e inmediata a la promulgación de la reforma cons-

titucional del 9 de agosto de 2012, la cual tiene por objeto poner en la Constitución la posibilidad de participación política directa en asuntos públicos a través de las candidaturas independientes.

Dentro del proceso electoral presidencial de 2012 destaca el caso SUP-JDC-612/2012 y acumulados, el cual se une a una serie de eslabones jurisprudenciales que contribuyeron a la discusión en torno a las candidaturas independientes. La sentencia resalta por la peculiaridad en el planteamiento, pues además de sugerir la maximización del derecho a ser votado a la luz del régimen vigente, la tesis litigiosa se basa a partir de una lectura del artículo 1º constitucional en relación con el 35 del texto fundamental.

En esa línea, la reflexión que ello presentaba, significó la oportunidad de interpretar los derechos políticos como derechos humanos, a los cuales habrá que aplicar el principio *pro persona*, pero ello implicaba establecer en qué medida aplicarlas en relación con todo el entramado del sistema electoral.

Así, desde mi perspectiva (y asumiendo las posibles variables interpretativas que pueden derivar), en un *voto particular* se consideró que las posibilidades hermenéuticas deben recaer en una interpretación en la cual se conjuguen mutuamente, los principios contenidos en el artículo 1º y 35 constitucionales.

Por ello, tal y como lo manifesté en su momento, la interpretación del artículo 35 constitucional relativa al derecho a ser votado debe verse, de manera conjunta con el diverso 1º constitucional y también con el 23 de la CADH. El resultado de lo anterior significó la posibilidad de que un ciudadano que aspirara a obtener alguna candidatura para un puesto de elección popular, podría hacerlo a pesar de no tener una regulación en la ley.

Tal circunstancia revela la profunda vocación en aras de potenciar un derecho político a pesar de no existir una regulación pormenorizada. Esta lectura constitucional y convencional, contribuyó al debate sobre la viabilidad y necesidad de dichas candidaturas.

Finalmente, de esta forma, una interpretación de los derechos políticos (35 constitucional) a la luz del principio *pro persona* y de un control de convencionalidad, permitió contribuir a que posteriormente, se previeran las candidaturas independientes en nuestra Constitución, esto para despejar cualquier duda sobre su constitucionalidad.

La reforma constitucional de 2012 y el establecimiento expreso de las candidaturas independientes

El 9 de agosto de 2012 se publicó un decreto en el *Diario Oficial de la Federación*, mediante el que se reformaron diversas disposiciones de la Constitución Federal en materia política para efectos de prever entre otras cuestiones las consultas populares, la iniciativa ciudadana y preferente, las atribuciones de la Comisión Permanente del Congreso de la Unión y del Presidente de la República, así como casos de sustitución presidencial en su ausencia definitiva.

Adicionalmente, se reformó la fracción II del artículo 35 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

Artículo 35. Son derechos del ciudadano II. Poder ser votado para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley. El derecho de solicitar el registro de candidatos ante la autoridad electoral corresponde a los partidos políticos así como a los ciudadanos que soliciten su registro de manera independiente y cumplan con los requisitos, condiciones y términos que determine la legislación;

Con respecto a las candidaturas independientes, su regulación expresada en la citada porción normativa, deja atrás cualquier interpretación en donde había prevalecido una prohibición a su materialización vía independiente; por ende, se transitó de una virtual prohibición de las candidaturas a un reconocimiento pleno a nivel constitucional.

En este sentido, es trascendental señalar el lugar en que, mediante estas reformas, se está tratando de colocar al ciudadano en el centro del poder público del Estado, al hacerlo parte de las decisiones públicas mediante las consultas populares, las iniciativas ciudadanas o las candidaturas independientes.

Es la primera vez que en un texto constitucional federal se establecían estas prerrogativas para los ciudadanos, aunque no estuvieran afiliados a algún partido político, participaran como miembros del Congreso de la Unión o se encontraran dentro de alguno de los sujetos u órganos del Estado con la facultad de iniciar una ley.

De ahí deviene la trascendencia de las citadas reformas constitucionales, ya que conllevan un cambio de paradigma, de traslación del poder público, dirigido hacia el empoderamiento de la ciudadanía en la capacidad de iniciar leyes, tomar decisiones sobre temas específicos de la agenda pública o aspirar a una candidatura independiente.

Las candidaturas independientes. Perspectivas sobre su eficacia y materialidad

La reforma publicada el 9 de agosto de 2012 que modificó el artículo 35 constitucional para incluir la opción de las candidaturas independientes, fue sin duda un avance democrático que, a pesar de ello, tuvo para su instrumentación algunas dificultades.

A partir de la reforma referida que expandió los derechos políticos de las personas, se efectuó un desarrollo normativo en las diversas entidades de la república para que la novedosa figura de participación ciudadana fuera eficazmente incorporada, y con ello, privilegiar el pleno derecho a ser votado.

En ese contexto, el TEPJF conoció y resolvió diversos conflictos relacionados con los requisitos que las distintas legislaciones locales contemplaban para el registro de las candidaturas independientes, así, se utilizó el criterio interpretativo *pro persona*, el cual faculta a los operadores jurídicos a dejar atrás la interpretación literal para aplicar la norma que más beneficie a los derechos humanos.

En los años previos a la elección intermedia de 2015, la Sala Superior abordó diversos aspectos que reflejaban la problemática real a la que se enfrentaban quienes querían registrarse por esta vía de participación política. Algunos de los principales

conflictos vinculados con el acceso a este tipo de candidaturas, tenían que ver con la omisión de los congresos locales de legislar en la materia, otros, con requisitos excesivos para el registro de las mismas.

Fue así como la realidad mostró el verdadero obstáculo que tenían quienes deseaban participar como candidatas o candidatos a través de la vía ciudadana, ya que la instrumentación efectiva, no se puede materializar cuando se solicitan requisitos de registro desproporcionados que sólo las obstaculizan.

De este modo, en el año 2013 el Tribunal Electoral determinó en un caso del estado de Zacatecas, que exigir como requisito para el registro de candidaturas independientes la presentación de un *escrito de intención* y la acreditación del respaldo ciudadano a través de *instrumentos notariales*, es inconstitucional.¹⁰

En el año 2014 la Sala Superior declaró excesivo, innecesario y desproporcionado publicar un listado con los datos personales de quienes apoyan el registro de las candidaturas independientes.¹¹ Otro criterio relevante fue el que determinó que la ausencia de ley secundaria en materia de candidaturas independientes, obliga a las autoridades administrativas electorales adoptar las medidas necesarias para su materialización, pues la omisión de legislar en la materia, violenta el derecho político de las personas.¹²

Durante el año 2015 se dijo también que es desproporcionado exigir a los aspirantes a una diputación —vía candidatura independiente— la captura de los datos de los ciudadanos que la respalden en el sistema electrónico informático,¹³ también se señaló que el requisito de incluir el domicilio de las personas en el formato de apoyo ciudadano, falta a la regularidad constitucional.¹⁴

Así, a partir de ejercicios de ponderación de derechos y en atención al artículo 1º constitucional, se observa como el TEPJF resolvió diversos casos vinculados con el esquema de candidaturas independientes, siempre bajo el análisis y balance de los requisitos exigidos para alcanzar su instrumentalización.

De esta forma, se logró garantizar el efectivo derecho político de las personas, protegiéndolo ampliamente a través del bloque de constitucionalidad, buscando con ello favorecer al máximo la promoción y tutela de los derechos humanos con apego a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad que traza nuestra Constitución.

Hoy, la figura de la candidatura independiente es una realidad que se ha ido consolidando como una auténtica alternativa de participación.¹⁵ Sin duda, la adopción del principio *pro persona* permitió fortalecer la interpretación que mejor protege los derechos humanos, con lo cual, se ha logrado favorecer la implementación efectiva de los

¹⁰SUP-JDC-41/2013 de la que se derivan las tesis VIII/2013 y VII/2015.

¹¹SUP-RAP-203/2014 de la que se deriva la tesis IV/2015.

¹²SUP-JDC-357/2014 de la que se derivan las tesis V/2015 y LXXXII/2015.

¹³SUP-JDC-151/2015 de la que se deriva la tesis III/2015.

¹⁴SUP-JDC-838/2015 de la que se deriva la tesis LXVII/2015.

¹⁵En las distintas elecciones realizadas en 2015 se obtuvieron importantes triunfos en los tres niveles de los cargos de elección que se renovaron: Jaime Rodríguez (gubernatura), Manuel Clouthier (diputación federal), Pedro Kumamoto (diputación local), Alfonso Martínez, José Alberto Pérez y César Valdés (alcaldías municipales), sólo por mencionar algunos.

mecanismos de participación ciudadana que contempla nuestro sistema electoral, reconociendo de este modo, su máxima tutela.

Desde la perspectiva de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), la nueva forma de participación, producto de la incorporación de las candidaturas independientes en el orden jurídico nacional, se vio inmediatamente cuestionada para su materialización, por cuanto a los requisitos que para acceder a ellas exigían las diversas legislaciones de las entidades federativas.

Ello, porque la reforma constitucional del 9 de agosto de 2012 no obligó a las legislaturas de los estados a incluir en sus constituciones y leyes las garantías para que los ciudadanos pudieran solicitar su registro para acceder a un cargo de elección popular por la vía independiente, sino que de manera genérica, en su artículo 3º transitorio estableció el deber de adecuar al decreto la legislación secundaria al término de un año, y de ahí, que algunas legislaturas locales no lo hicieran y otras tantas legislaran estableciendo amplios requisitos que a la postre fueron calificados como desproporcionados por la Sala Superior en diversas sentencias.

En Quintana Roo, por ejemplo, aun cuando las candidaturas independientes fueron incorporadas oportunamente en su legislación, su regulación fue cuestionada ante la SCJN,¹⁶ que fijó su postura respecto a la constitucionalidad relacionada con el requisito de apoyo exigido para su registro.

Fue hasta la reforma constitucional del 27 de diciembre de 2013, que modificó los artículos 41 y 116 constitucionales, cuando las entidades federativas tuvieron que adecuar obligadamente sus sistemas electorales para armonizar el sistema de partidos políticos en cuanto a las candidaturas independientes.

De esa forma, hubieron legislaciones que contemplaron un umbral de 3 por ciento de personas inscritas en las listas nominales correspondientes, en ese tenor, la SCJN se pronunció validando leyes como las de Nuevo León, Guanajuato, Sonora y Guerrero.¹⁷ Desde esa perspectiva destaca el juicio SUP-JDC-1004/2015, en el cual, el TEPJF consideró la inaplicación de la norma que exigía el 4 por ciento de firmas como requisito para participar a través de las candidaturas independientes y no el 3 por ciento como se contemplaba en otras legislaciones, tal criterio coincide con las recomendaciones estipuladas en el *Código de buenas prácticas en materia electoral* emitido por la Comisión de Venecia.¹⁸

¹⁶Acción de inconstitucionalidad 67/2012 y acumuladas.

¹⁷En las acciones de inconstitucionalidad A.I. 38/2014, A.I. 43/2014 y acumuladas, A.I. 49/2014 y acumuladas y A.I. 65/2014 y acumuladas, respectivamente.

¹⁸Creada en 1990 como órgano consultivo del Consejo de Europa en materia constitucional. Está integrada por expertos independientes con experiencia en instituciones democráticas o que han contribuido al desarrollo del derecho y la ciencia política. La Comisión de Venecia cuenta con 57 Estados miembros: los 47 Estados pertenecientes al Consejo de Europa y otras diez naciones de Asia, África y América.

La Comisión de Venecia. Una mirada en la evolución de las candidaturas independientes

La Comisión Europea para la Democracia por el Derecho —Comisión de Venecia— es un órgano consultivo especializado del Consejo de Europa, cuyo fin, señala en sus documentos constitutivos, evoca a *defender los derechos humanos y la democracia así como el Estado de Derecho*. Este organismo se ha constituido como un importante referente constitucional internacional en el desarrollo de los sistemas democráticos.

En ese sentido, dentro del espacio de sus funciones consultivas, la Comisión de Venecia ha contribuido en el análisis y debate de temas cruciales para la protección de los derechos humanos, entre ellos, el de las candidaturas independientes.

La participación del Estado mexicano como miembro de la Comisión de Venecia,¹⁹ ha traído ventajas a nuestro país, principalmente en dos aspectos: *a)* al considerarlo como un importante referente internacional en el reconocimiento de las buenas prácticas para el derecho electoral y, *b)* en el aprovechamiento de experiencias y conocimientos especializados sobre temas de relevancia para nuestro sistema democrático.

Ello, ha implicado la colaboración a través de estudios específicos en temas de interés para las instituciones mexicanas. Participar en la deliberación y divulgación de las opiniones de la Comisión de Venecia ha representado para el Estado mexicano un ejercicio de valoración en el replanteamiento de asignaturas pendientes que se han puesto en la discusión central de nuestra democracia como elementos cardinales para su consolidación.

La importancia de la perspectiva internacional, como *parámetro orientador*,²⁰ ha favorecido la consolidación de criterios para la ampliación de los derechos, siempre bajo el principio *pro persona*, al que obliga nuestra Constitución y que compete principalmente a los operadores jurídicos. Desde la óptica internacional, las buenas prácticas electorales tienen como único fin el ensanchamiento de las prerrogativas ciudadanas en la aspiración por desarrollar y consolidar la democracia.

Conclusión

El ejercicio del derecho político a votar y ser votado representa la expresión de la dimensión individual y social que tienen las personas para participar políticamente en cualquier Estado democrático contemporáneo. Así lo reconoce la CADH cuando refiere:

Artículo 23. Derechos Políticos. 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secre-

¹⁹ A partir de su adhesión en marzo de 2010.

²⁰ Jurisprudencia 21/2015. ORGANISMOS INTERNACIONALES. CARÁCTER ORIENTADOR DE SUS ESTÁNDARES Y BUENAS PRÁCTICAS.

to que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Desde la óptica convencional, los derechos políticos no sólo incluyen el derecho a votar y ser votado, también involucran a aquellos que permitan la participación plena en los asuntos públicos, para lo cual, el Estado deberá garantizar las condiciones reales —en condiciones de igualdad— para su efectivo goce.²¹

De esta forma, el derecho al sufragio activo y pasivo es uno de los elementos esenciales para la existencia de cualquier democracia y una de las vías que tienen los ciudadanos para ejercer su derecho a la participación política y así, poder involucrarse en los asuntos públicos de su comunidad.

Es por eso que la participación ciudadana a través del derecho a ser elegido, supone la posibilidad de hacer uso efectivo de candidaturas electorales en condiciones de igualdad, para en su caso, poder ocupar y ejercer las tareas que la voluntad expresada en las urnas les asigne.

En términos generales, al reconocer los derechos políticos como derechos humanos, la CADH protege el derecho de los ciudadanos a ejercer el *sufragio activo*, como también su oportunidad a ejercitar el *sufragio pasivo*, lo cual se encuentra tutelado de igual forma en el Convenio para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en el espacio europeo) y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en el ámbito universal).

En ese orden, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde el caso Mathieu-Mohin and Clerfayit, ha establecido que los derechos políticos protegidos por el artículo 3º del Protocolo 1 adicional al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales incluyen tanto el *derecho a votar* como el *derecho a presentarse a elecciones*.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en sus Observaciones Generales sobre el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, estableció que el Pacto reconoce y resguarda a todo ciudadano su derecho a votar y ser votado, e impone a los Estados la obligación de adoptar las medidas legislativas o de otro tipo que puedan ser necesarias para garantizar que el ciudadano tenga efectivamente la posibilidad de gozar los derechos que le ampara.

Hoy, la gama de derechos que pueden concebirse como inherentes a la participación política, exige un proceder conjunto a través del actuar legislativo y jurisdiccional. Desde esta perspectiva, el legislador cuenta con una amplia libertad de configuración normativa, la cual es propia de su carácter deliberativo y legitimación democrática, pero que no puede ser ilimitada, porque cuando deba legislar en materia de derechos

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Yatama vs. Nicaragua”, sentencia del 23 de junio de 2005 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párrafos 194, 197, 198, 199 y 200.

humanos, tal facultad debe dirigirse a que el desarrollo normativo se intensifique a favor de los derechos fundamentales.

Mientras que, el operador jurídico, al aplicar los derechos fundamentales, deberá sujetar su actuación a tres principios rectores: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Esto es, que el medio empleado para conseguir el fin perseguido sea “el más adecuado”, para que con su ayuda se alcance el fin pretendido (adecuación). Además, que se elija de entre medios *igualmente adecuados*, aquel que sea el más liviano (necesidad). Finalmente, la proporcionalidad implica que los medios deben ser acordes y apropiados para alcanzar una meta, lo cual requiere ponderar la intervención entre los afectados frente a los intereses que derivan del interés público.

En materia electoral, es patente que la instrumentalización del derecho político a participar mediante candidaturas independientes, requirió un actuar conjunto del poder legislativo y judicial, en donde se ponderó, por este último, la razonabilidad de sus alcances para dotar a esta vía de participación ciudadana, de eficacia plena.

Bibliografía

- BARAK, Aharon, *Un Juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*, México, SCJN, 2008.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Los límites a los Derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004.
- COLMEGNA, Pablo Damián, “Impacto de las normas de soft law en el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, año VI, número 8, 2012.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2002.
- Corte IDH, caso “Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, sentencia del 6 de agosto de 2008 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párrafo 143.
- Corte IDH, caso “Yatama vs. Nicaragua”, sentencia del 23 de junio de 2005 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párrafos 194, 197, 198, 199 y 200.
- Código de buenas prácticas en materia electoral. Directrices e informe explicativo, Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), México, TEPJF, 2011.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica.
- Jurisprudencia 21/2015. ORGANISMOS INTERNACIONALES. CARÁCTER ORIENTADOR DE SUS ESTÁNDARES Y BUENAS PRÁCTICAS.
- Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales*, 2014, México.
- Tesis relevante número VII/2013 de rubro CANDIDATURAS INDEPENDIENTES. LA NORMA QUE EXIGE ACREDITAR EL RESPALDO CIUDADANO A TRAVÉS DE INSTRUMENTOS NOTARIALES, ES INCONSTITUCIONAL (LEGISLACIÓN DE ZACATECAS).

El desarrollo jurisprudencial de los derechos de los pueblos
y comunidades indígenas en materia electoral

Introducción

¿Qué es el derecho indígena? Es la pregunta que cualquier estudioso del Derecho, e incluso cualquier persona se haría cuando se enfrenta con un título como el del presente artículo o cualquier otro similar, que se refiera a los pueblos indígenas.

Desde la conquista y hasta nuestros días los pueblos y comunidades indígenas han tenido un desarrollo propio, marcado por la cosmovisión propia de los pueblos y comunidades indígenas, pero también por la marginación y discriminación de que han sido objeto desde la Colonia.

Escribir de instituciones de derecho indígenas no implica retrotraernos en el tiempo y desentrañar las normas que rigieron a la vida en sociedad antes de la conquista. Al respecto, Rodolfo Stavenhagen considera como simplista el criterio que define al Derecho indígena como un conjunto de normas “ancestrales” inmutables desde la época colonial, pues si bien se pueden encontrar elementos precolombinos, también contiene otros de origen colonial, así como otros surgidos en la época contemporánea.¹

El derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas, así como los derechos que derivan del mismo, gozan de un amplio reconocimiento tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como en los tratados internacionales. Sin embargo, su implementación por parte del legislador

Sumario

Introducción	1007
El bloque de constitucionalidad y los derechos indígenas	1008
Juzgar con perspectiva intercultural	1011
El derecho al autogobierno como manifestación de la autonomía indígena	1015
Derecho a la consulta	1016
Participación política de las mujeres indígenas	1018
Conclusiones	1020
Bibliografía	1021

¹Rodolfo Stavenhagen, “Derecho consuetudinario indígena en América Latina”, en Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde (coords.), *Entre la ley y la costumbre. El Derecho consuetudinario indígena en América Latina*, México, Instituto Indigenista Interamericano/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990, p. 22.

secundario ha dejado vacíos que han tenido que llenarse por los tribunales constitucionales de nuestro país.

En este caso se encuentra, especialmente, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, pues uno de los derechos fundamentales derivados de la libre determinación es el autogobierno, que comprende el derecho a determinar libremente su condición política en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, y elegir de acuerdo con sus sistemas normativos internos a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno.

El principal problema surge al momento de determinar el contenido del derecho indígena, pues cuenta con una construcción jurídica resultado de la cosmovisión indígena, con reglas, instituciones y principios distintos a los sistemas jurídicos de tradición romano-germánica (*civil law*), al cual pertenece el Derecho, producto de un proceso legislativo formal² que ordinariamente es aplicado por las autoridades e interpretado por las y los jueces.

Por tanto, la solución de controversias que involucren al Derecho indígena requiere juzgar con una perspectiva intercultural, para lo cual es necesario remover inercias, tanto propias como ajenas, que permitan un nuevo entendimiento sobre el problema que se está resolviendo, con el fin de lograr una protección eficaz de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, congruente con los parámetros establecidos por el artículo 1º constitucional.

El punto de partida de este ensayo es una breve descripción del marco jurídico constitucional y convencional en el que se reconocen los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, para luego abordar el tema de un juzgamiento con perspectiva intercultural, en la tutela de los derechos políticos y electorales. En los últimos tres apartados se abordan derechos específicos de los pueblos y comunidades indígenas.

El bloque de constitucionalidad y los derechos indígenas

En materia de derechos humanos, el bloque de constitucionalidad, o el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al lenguaje utilizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN),³ se integra por las normas contenidas en el capítulo I del Título Primero de la Constitución, así como por los tratados internacionales de la materia.

El reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas

En materia de derechos de los pueblos y comunidades indígenas, la Constitución ha sido objeto de dos grandes reformas: la de 1992 y la de 2001. La primera fue resultado

²Me refiero a las leyes aprobadas por el Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados, así como a las normas generales sustentadas en ellas.

³Tesis: P/J. 20/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo I, abril de 2014, p. 202.

Tesis: 1a./J. 29/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo I, abril de 2015, p. 240.

de la adhesión del Estado mexicano al Convenio de la Organización Internacional del Trabajo Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, con el fin de adecuar la Carta Magna a dicho tratado. La segunda fue resultado de las pláticas conciliatorias entre el Estado mexicano y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), artífice del levantamiento armado en Chiapas de 1994.

Con motivo de la reforma de 1992, el artículo 4º quedó como sigue:

Artículo 4o. La nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.

Con esta reforma México se inscribe definitivamente en la tendencia internacional del pluriculturalismo, con lo cual rompió con la tradición liberal del Estado-nación homogéneo. Si bien esta reforma representó un gran avance, sobre todo en la concepción del Estado sobre los pueblos y comunidades indígenas, pues reconoce la existencia que les había sido negada desde la Independencia, y se aparta de la tendencia integracionista que imperó desde la Revolución de 1910, no reconoce expresamente un ámbito de autonomía, ni garantiza el derecho a la libre determinación. Dicho precepto constitucional en realidad era letra muerta, pues se reconocía un hecho real; la composición pluricultural de la nación,⁴ sin decir nada de las autonomías, del autogobierno, de la tierra o territorios, que constituyen la base fundamental de la cosmovisión indígena.

La segunda reforma suprime el artículo 4º y modifica el artículo 2º. Se trata de una reforma mucho más amplia, que recoge muchos de los puntos de los Acuerdos de San Andrés Larráinzar, firmados el 16 de febrero de 1996 entre el EZLN y el Gobierno federal, así como de la propuesta de reforma constitucional de la Comisión para la Concordia y Pacificación (Cocopa).⁵ Esta reforma sí reconoce el derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas, el derecho a la consulta libre previa e informada, así como la “autoadscripción”, como criterio fundamental para determinar la calidad de indígena de un pueblo, comunidad o individuo. Asimismo, en el apartado A establece un conjunto de derechos específicos, como la autonomía, el autogobierno y el derecho para elegir representantes ante los ayuntamientos, cuando las elecciones se celebren por el sistema de partidos políticos. Por su parte, en el apartado B se prevén obligaciones de los tres ámbitos de gobierno para abatir la situación estructural que los coloca en una posición de vulnerabilidad, así como las prácticas discriminatorias que padecen, a fin de garantizar la vigencia de sus derechos. Si bien esta reforma tuvo muchos aciertos, no tocó temas fundamentales, como lo relativo a las tierras y territorios comunales, en los términos de autonomía contenidos en la propuesta de reforma constitucional de la Cocopa.⁶

⁴Jorge Alberto González Galván, “La validez del derecho indígena en el derecho nacional”, en Miguel Carbonell y Karla Pérez Portilla (coords.), *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002, p. 39.

⁵Comisión legislativa bicameral conformada desde marzo de 1995 encargada de ayudar en el proceso de diálogo en el contexto del levantamiento zapatista.

⁶Francisco López Bárcenas, *Autonomía y derechos indígenas en México*, en Miguel Carranza (ed.), 5a. ed., México, 2009, pp. 136-139.

La autonomía y libre determinación en el ámbito internacional

El primer antecedente en el ámbito internacional fue el Convenio 107 sobre Poblaciones Indígenas, Tribales y Semitribales formulado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1957, que fue ratificado por México en 1959.

Este Convenio es un claro reflejo de las políticas integracionistas imperantes en ese entonces a nivel mundial, pues suponía que los pueblos indígenas y tribales eran sociedades temporales destinadas a desaparecer con la modernización, cuyas condiciones sociales y económicas corresponden a una etapa menos avanzada que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad nacional, lo cual imponía la obligación a los Estados parte de protegerlos y fomentar su integración progresiva a la vida en sociedad.

Durante la década de los años setenta, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) comenzó a reexaminar la situación de los pueblos indígenas y tribales, por lo que la orientación del Convenio 107 fue objeto de cuestionamientos.⁷ Al respecto, la Comisión de Expertos convocada por la OIT en 1986 concluyó que el “enfoque integracionista del Convenio estaba obsoleto y que su aplicación era perjudicial en el mundo moderno”.⁸

Así, el Convenio 107 fue objeto de revisión para dar lugar al Convenio 169⁹ de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el cual fue formulado con un enfoque pluricultural, pues considera a los indígenas propiamente como pueblos, esto es, como sociedades permanentes con características culturales y étnicas permanentes, que coexisten al interior de un país y merecen respeto a sus formas ancestrales de organización social, con lo cual transitó de una propuesta de integración al etnodesarrollo.¹⁰

El 13 de septiembre de 2007, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Al ser una declaración y no un tratado internacional, no posee un carácter jurídico obligatorio para los Estados. Sin embargo, al ser un instrumento aprobado por la Asamblea General de la ONU, con el voto de la gran mayoría de sus Estados miembros, crea compromisos y obligaciones para los gobiernos, en el sentido de generar las condiciones para erradicar la violación de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas.

Más que adicionar nuevos derechos colectivos a los reconocidos por el Convenio 169, la declaración precisa y amplía los ya reconocidos en dicho Convenio, por lo que se refuerzan mutuamente y constituyen el marco internacional para la protección de

⁷María del Carmen Alanís Figueroa, “Jurisprudencia, reformas constitucionales y legales en materia electoral (mujeres e indígenas), tesis doctoral, 2013, p. 217.

⁸*Idem.*

⁹Aprobado por el Senado de la República el 11 de julio de 1990 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de agosto de 1990; entró en vigor el 5 de septiembre de 1991.

¹⁰José Emilio Ordoñez Cifuentes, “Antecedentes doctrinarios del Derecho Internacional Público moderno: integracionismo e indigenismo de participación”, en Aragón Andrade, Orlando (coord.), *Los derechos de los pueblos indígenas en México. Un panorama*, México, División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho-Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo/Secretaría de Cultura del Gobierno del Estado de Michoacán/Congreso del Estado de Michoacán, 2008, p. 95.

los derechos colectivos indígenas. Además, la Declaración es citada frecuentemente por organismos internacionales tanto en el sistema universal como en el interamericano,¹¹ razón por la cual se le puede considerar como parte de la costumbre internacional y, por ende, como fuente de obligaciones de carácter universal.

Juzgar con perspectiva intercultural

Una de las herramientas interpretativas que han permitido determinar el contenido de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas es el juzgamiento con perspectiva intercultural.¹² Su sustento es el reconocimiento constitucional y convencional del derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas, pues implica una obligación para cualquier juzgador para tener en cuenta los sistemas normativos indígenas propios de la comunidad involucrada al momento de resolver controversias, así como reconocer sus especificidades culturales, las instituciones que son propias y tomar tales aspectos al momento de adoptar la decisión.

Lo anterior implica la aceptación del pluralismo jurídico que de facto existía desde antes de la reforma, al reconocer la existencia de sistemas jurídicos distintos al legislado formalmente, por lo que los mecanismos indígenas de producción del derecho se incorporan a las fuentes del derecho del Estado mexicano.

Una de las implicaciones de la citada reforma fue dejar atrás al *monismo jurídico* como corriente jurídica que considera que únicamente debe haber un sistema jurídico jerarquizado y centralizado, porque todo es producido por el Estado.¹³ Por esta razón no se acepta cualquier otro sistema de normas que pueda competirle, pues la única fuente válida es la del soberano que promulga el derecho,¹⁴ para incluirse en el *pluralismo jurídico*, el cual se construye sobre la base de que el Derecho no solo está conformado por el derecho estatal, en tanto que se reconoce que la única fuente del

¹¹Convención sobre los Derechos del Niño, Observación General N° 11 del Comité de los Derechos del Niño-(2010), que trata sobre los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); Consejo Económico y Social, Observación general N° 21 (2009), Derecho de toda persona a participar en la vida cultural [artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto citado]; Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso del pueblo Saramaka. *vs.* Suriname”, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de noviembre de 2007, serie C No. 172; Caso pueblo indígena Kichwa de Sarayaku *vs.* Ecuador, Fondo y reparaciones, sentencia de 27 de junio de 2012, serie C No. 245; Caso Masacres de Río Negro *vs.* Guatemala, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 4 de septiembre de 2012, serie C No. 250; Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) *vs.* Chile, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de mayo de 2014, serie C No. 279, y Caso de los pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros *vs.* Panamá, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 14 de octubre de 2014, serie C No. 284, párr. 118.

¹²El juzgamiento con perspectiva de género se ha utilizado en muchas sentencias del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; sin embargo, considero que la concepción más acabada se encuentra en la emitida en el recurso de reconsideración SUP-REC-6/2016, que se utilizará en el presente apartado.

¹³Daniel Bonilla Maldonado, *Propiedad extra legal, monismo y pluralismo jurídico*, p. 1, en http://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Articulo_SELA_2008-Pluralismo-Juridico.pdf.

¹⁴Hans Kelsen, *Teoría general del Estado*, México, Editorial Nacional, 1970, p. 137.

Derecho no es el Estado sino la sociedad, por lo cual las fuentes del Derecho reconocidas pueden ser diversas.

En este sentido, bajo la nueva concepción del sistema jurídico nacional, que reconoce los derechos indígenas como parte de él, es posible concebirlo como columnas colocadas de forma paralela: la primera integrada por la normatividad creada por la vía legislativa formal, y la otra, compuesta por todos los sistemas normativos indígenas vigentes en el país, sin que entre ellas exista subordinación. Sobre ambos sistemas se encuentra el bloque de constitucionalidad integrado por la Carta Magna y el Derecho internacional de los derechos humanos contenido en los tratados internacionales.

Lo anterior no significa una disociación entre ambos sistemas, sino la intersección de distintos órdenes legales, que Boaventura de Sousa Santos denomina como “interlegalidad”,¹⁵ pues entre ellos se establecen vías de comunicación, esto es, procedimientos para que los actos celebrados en cada uno de ellos tengan efectos jurídicos en el otro.

La comprensión del derecho indígena implica el reconocimiento de sistemas jurídicos diversos, con instituciones que le son propias, lo cual implica para el juzgador la deconstrucción de puntos de vista previamente concebidos, con el fin de evitar la imposición de instituciones creadas bajo la lógica del sistema legislado.

Por su parte, Teresa Valdivia considera que el derecho indígena tiene como finalidad la protección de la forma de vida de los pueblos indígenas, culturalmente diferenciada, para la reproducción y continuidad de su comunidad, el cual esté basado en la visión del mundo que tiene una etnia o pueblo, en su manera de vivir y hacer su vida, así como en su forma y manera de regular normativamente su existencia.¹⁶

Por tanto, un elemento fundamental de la autonomía indígena constituye el reconocimiento y aplicación de los sistemas normativos internos en los juicios que involucren a los pueblos y comunidades indígenas y a sus miembros, de acuerdo a las especificidades que le son propias. Entre estas especificidades podemos mencionar su forma particular de conformación, su oralidad y dinamismo.

María Teresa Sierra y Victoria Chenaut consideran que la oralidad “es una característica definitoria del derecho indígena, aunado a la vitalidad y flexibilidad que tiene, en relación con los procesos identitarios y de cambio social que viven los pueblos indígenas”.¹⁷

En este sentido, Teresa Valdivia estima que el derecho indígena es flexible, cambiantes a las nuevas necesidades sociales, cuenta con la participación plena de los ciudadanos y se basa en el consenso.¹⁸

¹⁵Santos Boaventura de Sousa, “Cuando los excluidos tienen derecho: Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad”, en Santos, Boaventura de Sousa y Exeni Rodríguez, José Luis (eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad*, Ecuador, Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala, 2012, p. 37.

¹⁶Teresa Valdivia Dounce, “En torno al sistema jurídico indígena”, en *Anales de Antropología*, Instituto de Investigaciones Antropológicas-UNAM, vol. 35, 2001, pp. 68 y 69.

¹⁷María Teresa Sierra y Victoria Chenaut, “Los debates recientes y actuales en la Antropología jurídica: las corrientes anglosajonas”, en Krotz, Esteban, *Antropología jurídica: Perspectivas socioculturales en el estudio del Derecho*, Anthropos/UAM-Iztapalapa, México, 2002, p. 125.

¹⁸T. Valdivia, *op. cit.*, p. 67.

Estas descripciones ponen en evidencia características propias del Derecho indígena detectadas por la doctrina especializada, por lo que juzgar con perspectiva indígena implica reconocer esas características, entender su esencia, el contexto en el cual se desarrollan y, por ende, no imponer instituciones que resulten ajenas al sistema normativo vigente en el pueblo o comunidad indígena de que se trate, ya sea que provenga del derecho legislado o de otros sistemas normativos indígenas.

Ahora, para identificar el contexto del sistema electoral indígena particular, la Guía de actuación para juzgadores en materia de Derecho Electoral Indígena, elaborada por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, propone las herramientas adecuadas para tal fin, como acudir a las fuentes bibliográficas existentes, solicitar informes y comparecencias de las autoridades comunitarias, así como peritajes jurídico-antropológicos, realización de visitas *in situ* y aceptar las opiniones especializadas presentadas en forma de *amicus curiae*.

Uno de los asuntos resueltos con perspectiva intercultural fue el relacionado con la destitución de los concejales municipales realizada por la Asamblea General comunitaria de Tlalixtac de Cabrera, Oaxaca, al cual ya me referí en la introducción.¹⁹ En este caso, dicha Asamblea se declaró nula por incumplir un conjunto de formalismos y requisitos para la destitución, mismos que, de acuerdo al criterio de la Sala Superior, no correspondían a las instituciones y normas vigentes del sistema normativo indígena de la comunidad, lo cual se tradujo en una violación del derecho a la libre determinación y al autogobierno, al imponer normas ajenas al derecho indígena, que además resultaban innecesarias para el respeto de la garantía de audiencia de las autoridades comunales destituidas.

Ya es una práctica generalizada en la Sala Superior admitir *amicus curiae* en el trámite de estos asuntos y sobre este tema emitió la jurisprudencia 17/2014, de rubro: *AMICUS CURIAE. SU INTERVENCIÓN ES PROCEDENTE DURANTE LA SUSTANCIACIÓN DE MEDIOS DE IMPUGNACIÓN RELACIONADOS CON ELECCIONES POR SISTEMAS NORMATIVOS INDÍGENAS*.²⁰

En la resolución relativa al cumplimiento de la sentencia emitida en el expediente SUP-JDC-364/2015 y su acumulado,²¹ la Sala Superior tomó en cuenta tres de las herramientas para conocer el sistema normativo indígena vigente en la comunidad purépecha de Cherán, Michoacán.

Como se detallará más adelante, esta comunidad elige a sus autoridades municipales de acuerdo a su sistema normativo interno. En 2014 diversos ciudadanos solicitaron a la autoridad electoral local la celebración de una consulta para determinar el método de elección de sus autoridades municipales. En la sentencia de la Sala Superior se determinó que el órgano con facultades para responder la solicitud era la Asamblea

¹⁹Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, recaída al recurso de reconsideración, identificado con la clave SUP-REC-6/2016, de fecha 17 de febrero de 2016.

²⁰Jurisprudencia 17/2014, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, año 7, núm. 115, 2014, pp. 15 y 16.

²¹Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, recaída al juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, identificado con la clave SUP-JDC-364/2015 y acumulado, de fecha 4 de marzo de 2015.

General comunitaria, en su calidad de autoridad máxima dentro de la comunidad, y no el Concejo mayor, por lo que se ordenó que la petición se sometiera a dicha Asamblea.

Para dar cumplimiento a dicha sentencia, se celebraron asambleas en cada uno de los cuatro barrios que integran a la comunidad, en los cuales se determinó que se continuara con la elección mediante el derecho indígena de la comunidad.

Con base en la bibliografía existente, citada en la sentencia, en el *amicus curiae* presentado, así como lo manifestado por las y los integrantes del Consejo Coordinador de Barrios, y de la Comisión de Enlace y Diálogo de dicha comunidad, en su calidad de autoridades comunitarias, se concluyó que conforme al sistema normativo indígena de Cherán, la adopción de decisiones en las cuatro asambleas de barrio constituye la forma ordinaria en la cual se logran los acuerdos en la comunidad; en tanto que la Asamblea General comunitaria, únicamente se reúne en situaciones extraordinarias, por lo que las decisiones adoptadas en uno y otro caso tienen la misma validez.

Lo anterior, toda vez que en ambos casos confluyen en su diseño tanto las normas del derecho indígena propio de Cherán, como el principio constitucional de participación universal en la toma de decisiones. Por tanto, se consideró que la determinación adoptada por las asambleas de los cuatro barrios tiene el mismo valor jurídico que si se hubiera hecho en una Asamblea General comunitaria, por lo que la sentencia debía tenerse por cumplida.

El juzgamiento con perspectiva intercultural también ha llevado a la Sala Superior a reconocer las instituciones propias del derecho indígena, como la Asamblea General comunitaria al ser, por regla general, el máximo órgano de autoridad y toma de decisiones.²²

El ejercicio del derecho constitucional a la libre determinación ha sido conceptualizado por diversos intelectuales como la teoría de la comunalidad, que es la forma en la cual los pueblos indígenas entienden su ejercicio en sus comunidades, y el diseño que éstos se han dado al interior.²³

Juan José Rendón Monzón considera que los elementos fundamentales son: el territorio comunal, el trabajo comunal, el poder político comunal, la fiesta comunal y la asamblea comunal. A esta última la define como la instancia en donde la voluntad comunal cobra forma mediante la deliberación y la toma de decisiones, a las que ordinariamente se llega por consenso y se encarga de atender todos los asuntos que atañen a la vida comunal relativos al territorio, al poder político, al trabajo colectivo, la fiesta comunal, o cualquier otro relacionado como la vida de la comunidad.²⁴

Asimismo, estima que en las asambleas se elige al poder político comunal, como encargados de ejercer la voluntad de la comunidad, a través de los sistemas de cargos, que comprenden autoridades, comisiones y comités, tanto civiles como religiosos.²⁵

²²Tesis XIII/2016. ASAMBLEA GENERAL COMUNITARIA. LA DECISIÓN QUE ADOPTE RESPECTO DE LA RATIFICACIÓN DE CONCEJALES PROPIETARIOS O LA TOMA DE PROTESTA DE SUS SUPLENTEs, SE DEBE PRIVILEGIAR, CUANDO SEA PRODUCTO DEL CONSENSO LEGÍTIMO DE SUS INTEGRANTES. Pendiente de publicación.

²³Floriberto Díaz Gómez, *Comunalidad, energía viva del pensamiento mixe*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, col. La Pluralidad Cultural en México, núm. 14, pp. 34-40.

²⁴Juan José Rendón Monzón, *La comunalidad. Modo de vida en los pueblos indios*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 2003, pp. 39-44.

²⁵*Ibidem*, p. 43.

Para Jaime Martínez Luna la Asamblea General es uno de los ejercicios más claros de autodeterminación indígena, ya que se realiza a través de una organización de forma tal que la instancia de participación es clara y precisa, y al respecto menciona:²⁶

La asamblea es la máxima autoridad en la comunidad, es la reunión de todos los jefes de familia, en la que intervienen también mujeres. En ella participan los mismo silentes que parlantes, lo mismo trabajadores del campo que artesanos y profesionales. En la asamblea se trabaja siempre por consenso, aunque en muchos casos y por cuestiones prácticas se use el mayoriteo. La elección de autoridades no refleja ninguna intención o lineamiento partidista, se fundamenta en el prestigio y éste en el trabajo.

Lo anterior pone de relieve que conforme a la cosmovisión de los pueblos y comunidades indígenas, y conforme a su derecho ancestral, la Asamblea General comunitaria es el máximo órgano de decisión al interior de la comunidad, y a la cual corresponde adoptar las decisiones que resulten trascendentes para la comunidad.

El derecho al autogobierno como manifestación de la autonomía indígena

El derecho al autogobierno como manifestación concreta de la libre determinación tiene sustento en los artículos 2º, apartado A, fracciones I, II, III, VII y VIII, de la Constitución; 7 y 8, párrafo 2, del Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, y 4, 5, 20 y 33 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

De acuerdo a la jurisprudencia 19/2014²⁷ de la Sala Superior, el derecho al autogobierno comprende:

- 1) El reconocimiento, mantenimiento y defensa de la autonomía de los citados pueblos para elegir a sus autoridades o representantes acorde con sus sistemas normativos (usos y costumbres) y respetando los derechos humanos de sus integrantes;
- 2) El ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, siguiendo para ello sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a efecto de conservar y reforzar sus instituciones políticas y sociales;
- 3) La participación plena en la vida política del Estado, y
- 4) La intervención efectiva en todas las decisiones que les afecten y que son tomadas por las instituciones estatales, como las consultas previas con los pueblos indígenas en relación con cualquier medida que pueda afectar a sus intereses.

El derecho al autogobierno ha sido objeto de protección a pesar de la falta de una regulación secundaria a nivel estatal, que establezca el cauce para la realización de

²⁶ Jaime Martínez Luna, *Eso que llaman comunalidad*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes/Gobierno del Estado de Oaxaca/Fundación Alfredo Harp Helú Oaxaca, A.C., 2010, p. 48.

²⁷ Jurisprudencia 19/2014, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, año 7, núm. 14, 2014, pp. 24, 25 y 26.

las elecciones por sistemas normativos internos. La Sala Superior ha resuelto tres casos paradigmáticos sobre el derecho al autogobierno y la falta de regulación local: el relacionado con las comunidades purépecha de Cherán,²⁸ y San Francisco Pichátaro,²⁹ en Michoacán, y el relativo al municipio de San Luis Acatlán,³⁰ Guerrero.

En los casos de Cherán y San Luis Acatlán, la Sala Superior determinó que, a pesar de la falta de regulación legislativa, la autoridad electoral local debía respetar el derecho al autogobierno de las comunidades y atender la petición de cambio de régimen electivo. En tales resoluciones, se ordenó la realización de procedimientos de consulta a fin de que la ciudadanía decidiera sobre el cambio de régimen.

En el caso de Cherán, el resultado de la consulta fue por el cambio de régimen y el 22 de enero de 2012, la comunidad purépecha de Cherán eligió a los 12 *K'eri's*, que integran el *K'eri Janaxkaticha* (Concejo mayor de Gobierno). En cambio, en San Luis Acatlán, el resultado de la consulta fue en el sentido de permanecer en el sistema de partidos políticos.

Respecto a la comunidad indígena purépecha de San Francisco Pichátaro, Michoacán, que se encuentra en el municipio de Tingambato; la localidad del mismo nombre es la cabecera municipal y su población es fundamentalmente mestiza. La comunidad indígena de San Francisco Pichátaro solicitó al Ayuntamiento de Tingambato la entrega directa de la parte proporcional del presupuesto federal asignado al municipio, en términos del artículo 2º, apartado B, fracción I, de la Constitución, en donde se establece que las autoridades municipales determinarán equitativamente las asignaciones presupuestales que las comunidades administrarán directamente para fines específicos. Esta solicitud fue negada por el Cabildo municipal.

La Sala Superior resolvió que los derechos colectivos a la autodeterminación, autonomía y autogobierno, vinculados con sus derechos de participación política efectiva, garantizan a las comunidades indígenas el derecho a determinar libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural, mediante el establecimiento de ciertas garantías mínimas que materialicen dichos derechos y, por lo tanto, decidir sobre la administración directa de los recursos económicos que le corresponden conforme al artículo constitucional citado.

Derecho a la consulta

El derecho a la consulta se encuentra previsto en los artículos 6, 15.2, 17.2 y 28.1 del Convenio 169 de la OIT. El artículo 6 establece la regla general sobre la consulta, re-

²⁸Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, recaída al juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, identificado con la clave SUP-JDC-9167/2011, de fecha 2 de noviembre de 2011.

²⁹Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, recaída al juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, identificado con la clave SUP-JDC-1865/2015, de fecha 18 de mayo de 2016.

³⁰Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, recaída al juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, identificado con la clave SUP-JDC-1740/2012, de fecha 13 de marzo de 2013.

lativa a que el Estado debe recabar el parecer de los pueblos indígenas antes de adoptar cualquier ley o medida administrativa que les pueda afectar, directa o indirectamente. Los otros tres supuestos, que bien caben en la regla general, buscan enfatizar supuestos en donde la consulta es indispensable tales como: explotación de suelo y subsuelo (15.2), enajenación de tierras de propiedad comunal (17.2), y en materia de planes educativos (28.1).

El artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece que antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, los Estados deberán consultar y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas.

Se trata pues de cualquier incidencia o impacto que, desde el exterior, pueda modificar la cultura de los miembros de los pueblos y comunidades indígenas, esto es, la forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, en su cosmovisión, religiosidad y, por ende, en su identidad cultural.³¹

James Anaya considera que el derecho a la consulta no es un derecho aislado, pues más bien tiene por finalidad salvaguardar los derechos sustantivos de los pueblos y comunidades indígenas, susceptibles de afectación por las decisiones administrativas o legislativas de los Estados.³²

En sus resoluciones, la Sala Superior se ha ocupado en determinar el estándar de consulta necesario para considerar válido el proceso conforme a los parámetros internacionales. Por ejemplo, ha establecido la obligación del Estado de proporcionar información veraz con anterioridad a la consulta, a fin de que los miembros de la comunidad estén en condiciones de manifestar su voluntad de una forma libre, previa e informada, así como su realización mediante procedimientos apropiados y, en particular, a través de instituciones representativas con el fin de alcanzar su consentimiento.³³

Sin embargo, falta determinar con claridad los efectos de la consulta previa, esto es, si su resultado es o no vinculante para la autoridad. En el caso de Cherán, si bien no se dijo expresamente, resulta evidente que si la comunidad decidía que la elección de sus autoridades municipales se hiciera mediante el sistema normativo indígena vigente, el resultado de la consulta era vinculante para la autoridad, pues la elección de sus autoridades tradicionales es un derecho humano reconocido por el bloque de constitucionalidad.

Lo mismo se decidió en el caso de San Francisco Pichátaro, pues la administración directa de asignaciones presupuestales a las comunidades indígenas es un derecho reconocido expresamente por la Constitución, por lo que se determinó que si el resultado de la consulta a la comunidad era en el sentido de administrar directamente sus recursos, esa decisión resultaba vinculante para las autoridades municipales y estatales.

³¹Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay”, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de agosto de 2010, serie C No. 214, párr. 175.

³²James Anaya, “El deber estatal de consulta a los pueblos indígenas dentro del Derecho internacional”, en <http://bit.ly/1WD3oey>.

³³Jurisprudencia 37/2015 y Tesis LXXXVII/2015, pendiente de publicación.

En cambio, en el caso de la demarcación territorial de los distritos electorales uninominales locales de Oaxaca aprobada por el Consejo General de Instituto Nacional Electoral, la Sala Superior decidió que los efectos de la consulta a las comunidades indígenas a ese respecto no eran vinculantes.³⁴

De acuerdo al artículo 6.2 del Convenio 169 de la OIT, el resultado de la consulta debe ser llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas propuestas. Asimismo, el artículo 19 de la Declaración de la ONU establece que antes de la aplicación de las medidas legislativas o administrativas que afecte a los pueblos indígenas, se debe obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha considerado que cuando se trata de planes de desarrollo o inversiones a gran escala, que tendrían un mayor impacto dentro de los territorios indígenas, el Estado tiene la obligación, no sólo de realizar consulta, sino también debe obtener su consentimiento libre, informado y previo,³⁵ pues además de consultarlos conforme a los estándares internacionales, tiene la obligación de obtener su consentimiento libre, previo e informado según sus costumbres y tradiciones.³⁶ Por tanto, si no se obtiene el consentimiento, no es posible realizar el acto administrativo.

La Corte Constitucional de Colombia retomó ese criterio y consideró que en estos casos, debido a la grave afectación que pueden resentir las comunidades indígenas, las decisiones resultado de la consulta pueden llegar a considerarse vinculantes.³⁷

De lo anterior se puede concluir que es posible hacer una distinción sobre el efecto vinculante del resultado de las consultas. Cuando se trate de actos administrativos que puedan afectar gravemente a los pueblos indígenas, o se trate del ejercicio de los derechos expresamente reconocidos por el bloque de constitucionalidad, tiene efectos vinculantes. Por tanto, en cada caso concreto deberá determinarse si el resultado de la consulta es vinculante, al actualizarse alguno de los supuestos antes mencionados.

Participación política de las mujeres indígenas

Uno de los muchos prejuicios que padece la cultura indígena es que la victimización de la mujer es resultado de los mal llamados “usos y costumbres” y la opresión de género visto como algo connatural a lo indígena.

Y pareciera que los casos resueltos por la Sala Superior demuestran esa condición. Por ejemplo, el caso de Santiago Choapam, Oaxaca,³⁸ en el que se alegó que de acuer-

³⁴Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, recaída al recurso de apelación, identificado con la clave SUP-RAP-677/2015 y sus acumulados, de fecha 23 de octubre de 2015.

³⁵Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso del pueblo Saramaka. vs. Suriname”, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de noviembre de 2007, serie C No. 172, párr. 134.

³⁶*Ibidem.*, párr. 137.

³⁷Sentencia T-769/09, en <http://bit.ly/1TNmUrb>.

³⁸Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, recaída al juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, identificado con la clave SUP-JDC-1148/2013, de fecha 4 de diciembre de 2013.

do a su derecho ancestral, las mujeres no tienen el derecho de participar en las asambleas generales comunitarias, argumento que desde luego fue rechazado. O el caso de San Bartolo Coyotepec,³⁹ también en Oaxaca, donde también fue rechazado el argumento en el cual se adujo que las mujeres no podían ser electas como autoridades comunales, por mencionar algunos.

En este contexto, a iniciativa de la diputada Eufrosina Cruz Mendoza, se reforma el artículo 2° constitucional para especificar que “[e]n ningún caso las prácticas comunitarias podrán limitar los derechos políticos y electorales de los y las ciudadanas en la elección de sus autoridades municipales”.

Es indudable que en las comunidades indígenas, al igual que en el resto del país, existen patrones machistas que discriminan y violentan a las mujeres. Sin embargo, éstos no se deben a la cosmovisión indígena, sino a conductas impuestas durante la Colonia, mediante la catequización forzada que les impuso los principios vigentes en ese entonces en Occidente, entre ellos, los patrones patriarcales que se reafirmaron en el periodo poscolonial.⁴⁰

En cambio, si bien no en todas las comunidades indígenas de Mesoamérica es posible identificar una matriz central común a todas ellas como existencia de un par divino como elemento fundamental del estilo de pensar; una unidad dual, a la vez femenina y masculina; un concepto de dualidad que penetraba toda realidad, desde las prácticas diarias hasta la cosmogonía.⁴¹

Si bien existe un reconocimiento formal de los derechos indígenas, hay una gran resistencia para respetarlos, pues implica una modificación sustancial del orden establecido. Esto impone a las mujeres indígenas la enorme tarea de demandar al Estado el respeto de los derechos colectivos de sus pueblos y disputar, al interior de sus comunidades, el respeto de sus derechos como mujeres.

Esta doble lucha obliga a las mujeres indígenas a jugar en dos frentes: por una parte, cuestionando las visiones universalistas que descalifican los derechos colectivos y culturales por estimarlos opresivos para las mujeres; y, por otro lado, desarrollar estrategias para incluir una visión de género en sus comunidades.⁴²

Establecer modelos homogéneos sobre el concepto de género, sobre todo desde un punto occidental, genera el riesgo de dejar de lado la experiencia de racismo, exclusión y colonialismo que impacta las vidas de las mujeres indígenas de forma estructural.⁴³ Es necesario, pues, proponer nuevos referentes para pensar el género desde

³⁹Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, recaída al recurso de reconsideración, identificado con la clave SUP-REC-16/2014, de fecha 5 de marzo de 2014.

⁴⁰Aura Estela Cumes, “Mujeres indígenas, patriarcado y colonialismo: un desafío a la segregación comprensiva de las formas de dominio”, p. 12, en <http://bit.ly/23Z4z19>.

⁴¹Sylvia Marcos, *Tomado de los labios: género y eros en Mesoamérica*, Quito, Ediciones Abya-Yala, 2011, pp. 21 y 44.

⁴²María Teresa Sierra, “Redefiniendo los espacios de género desde la diversidad cultural: Las mujeres indígenas frente a la justicia y los derechos en México y América Latina”, en Juliana Ströbele-Gregor y Dörte Wollard (eds.), *Espacios de género*, Buenos Aires, Asociación Alemana de Investigación sobre América Latina/Fundación Friedrich Ebert/Fundación Foro Nueva Sociedad, 2013, p. 239.

⁴³Cfr. Mohanty, Chandra Talpade, “Under Western Eyes’ Revisited: Feminist Solidarity Through Anticapitalist Struggles”, *Sings, Journal of Women and Culture and Society*, Chicago, vol. 28, núm. 2, 1985, pp. 499-535 y Suárez-Navaz, Li-

la diversidad cultural de los pueblos y comunidades indígenas, así como sus cosmovisiones, como también de los discursos globales en torno a los derechos de las mujeres.⁴⁴

En Latinoamérica, algunas académicas que han colaborado estrechamente con mujeres indígenas acuñaron a principios de la década pasada la fórmula *feminismo indígena*; “[e]ste particular feminismo surge de una reflexión teórica de las prácticas feministas de las mujeres indígenas”.⁴⁵ Así pues, la definición de este feminismo indígena o comunitario corresponde principalmente a las mujeres indígenas, en el seno de su comunidad, al adecuar a sus realidades los conceptos previamente elaborados.

Por tanto, juzgar estos temas con una perspectiva intercultural, implica buscar armonizar las instituciones propias del derecho indígena con la participación de las mujeres en la vida política de la comunidad. Ejemplo de ello es la reivindicación del trabajo femenino al interior de las comunidades determinado por la Sala Superior en el caso de San Miguel Tlacoltepec,⁴⁶ Mixe, Oaxaca, en donde se concluyó que las obligaciones comunales relativas al tequio y demás cargos recaen en cada núcleo familiar. De este modo, satisfecho su cumplimiento por cualquiera de los miembros, esto cuenta para todos sus integrantes, pues el hecho de que las mujeres se queden en casa al cuidado de las labores del hogar, así como de las y los hijos, hace posible que los hombres puedan cumplir con los cargos y el tequio.

Bajo esta perspectiva, si algún miembro de la familia a la cual pertenecen las mujeres —con intención de participar como candidatas— ha cumplido puntualmente con las obligaciones comunales, esto es suficiente para cubrir el requisito exigido por sistema normativo indígena. Esto significa que las habilidades y los recursos que las mujeres desarrollan en el ámbito privado, en el que por diversas razones estructurales son ubicadas, aportan a la posibilidad de ser electa. Por tanto, esta experiencia cuenta al momento de valorar la trayectoria de quien pretende ocupar un puesto público.

Conclusiones

Se han dado pasos importantes en la interpretación progresiva de derechos específicos de los pueblos y comunidades indígenas, como el derecho al autogobierno y el derecho a la consulta. El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha jugado un papel fundamental en este proceso mediante la impartición de justicia con perspectiva intercultural, que ha sido fundamental para el reconocimiento, tutela y ejercicio pleno de los derechos de las mujeres y hombres indígenas.

liana y Hernández Castillo, Rosalva Aída, *Descolonizando el feminismo: teorías y prácticas desde los márgenes*, Madrid, Cátedra, 2008.

⁴⁴María Teresa Sierra, *op. cit.*, p. 242.

⁴⁵Juliana Ströbele-Gregor, *Conquistando ciudadanía con enfoque de género*, en Juliana Ströbele-Gregor y Dörte Wollard (eds.), *op. cit.*, p. 82.

⁴⁶Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, recaída al recurso de reconsideración, identificado con la clave SUP-REC-4/2015, de fecha 11 de febrero de 2015.

Sin embargo, hay muchos temas pendientes en materia de participación política de los pueblos indígenas. A la fecha, no pueden ejercer su derecho al autogobierno al interior de sus comunidades (elección de sus autoridades tradicionales) por falta de una legislación adecuada. Sirva de ejemplo Chiapas, una de las entidades con mayor población indígena, que únicamente establece el derecho de elegir a los candidatos que postulan los partidos políticos, sin reconocer el derecho de hacerlo mediante asambleas generales comunitarias. Salvo algunas excepciones, esta situación prevalece en todo el país.

Asimismo, en materia de representación política México sigue en deuda con sus mujeres y hombres indígenas, pues a pesar del reconocimiento del derecho a participar plenamente en la vida política del Estado, no se ha concretado en una representación real en los espacios materiales de toma de decisiones públicas.

Además, siempre existe el riesgo de retrocesos, pues existen inercias muy arraigadas producto de las políticas integracionistas del siglo pasado en la aplicación de la perspectiva intercultural, por lo que resulta urgente su institucionalización a nivel nacional y en los tres niveles de gobierno, tanto en la impartición de justicia, como en los procesos legislativos, la elaboración de políticas públicas y su aplicación.

Bibliografía

- ALANÍS FIGUEROA, María del Carmen, “Jurisprudencia, Reformas Constitucionales y Legales en Materia Electoral (Mujeres e Indígenas), tesis doctoral, 2013.
- ANAYA, James, El deber estatal de consulta a los pueblos indígenas dentro del Derecho Internacional, en <http://bit.ly/1WD3oeY>.
- CUMES, Aura Estela, *Mujeres indígenas, patriarcado y colonialismo: un desafío a la segregación comprensiva de las formas de dominio*, p. 12, en <http://bit.ly/23Z4z19>.
- DÍAZ GÓMEZ, Floriberto. *Comunalidad, energía viva del pensamiento mixe*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, colección la Pluralidad Cultural en México, núm. 14.
- GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto, “La Validez del derecho indígena en el derecho nacional”, en Carbonell, Miguel y Pérez Portilla, Karla (coords.), *Comentarios a la Reforma Constitucional en Materia Indígena*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, México, Editorial Nacional, 1970.
- LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, *Autonomía y Derechos Indígenas en México*, en Carranza, Miguel (ed.), 5a. ed., México, 2009.
- MARCOS, Sylvia, *Tomado de los labios: género y eros en Mesoamérica*, Quito, Ediciones Abya-Yala, 2011.
- MARTÍNEZ LUNA, Jaime. *Eso que llaman comunalidad*. México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, gobierno del estado de Oaxaca y Fundación Alfredo Harp Helú Oaxaca, A. C., 2010.
- MOHANTY, Chandra Talpade, “Under Western Eyes’ Revisited: Feminist Solidarity Through Anticapitalist Struggles”, en Sings, *Journal of Women and Culture and Society*, Chicago, vol. 28, núm 2, 1985, pp. 499-535 y Suárez-Navaz, Liliana y Rosalva Aída Hernández Castillo, *Descolonizando el feminismo: teorías y prácticas desde los márgenes*, Madrid, Cátedra, 2008.

- ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio, “Antecedentes Doctrinarios del Derecho Internacional Público Moderno: integracionismo e indigenismo de participación”, en Aragón Andrade, Orlando (coord.), *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en México. Un panorama*, México, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo-División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho, Secretaría de Cultura del Gobierno del Estado de Michoacán y Congreso del Estado de Michoacán, 2008.
- RENDÓN MONZÓN, Juan José. *La comunalidad. Modo de vida en los pueblos indios*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, “Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad”, en Santos, Boaventura de Sousa y Exeni Rodríguez, José Luis (eds.) *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad*, Ecuador, Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala, 2012.
- SIERRA, María Teresa y Chenaut, Victoria; Los debates recientes y actuales en la Antropología Jurídica: las corrientes anglosajonas; en Krotz, Esteban; Antropología Jurídica: Perspectivas socioculturales en el estudio del Derecho, Anthropos-UAM Iztapalapa, México 2002.
- SIERRA, María Teresa, “Redefiniendo los espacios de género desde la diversidad cultural: Las mujeres indígenas frente a la justicia y los derechos en México y América Latina”, en Ströbele-Gregor, Juliana y Wollard, Dörte (eds.), *Espacios de género*, Buenos Aires, Asociación Alemana de Investigación sobre América Latina-Fundación Friedrich Ebert- Fundación Foro Nueva Sociedad, 2013.
- STAVENHAGEN, Rodolfo; “Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina”, en Stavenhagen, Rodolfo e Iturralde, Diego (coords.), *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, México, Instituto Indigenista Interamericano-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.
- STRÖBELE-GREGOR, Juliana, *Conquistando ciudadanía con enfoque de género*, en Ströbele-Gregor, Juliana y Wollard, Dörte (eds.), *Espacios de género*, Buenos Aires, Asociación Alemana de Investigación sobre América Latina-Fundación Friedrich Ebert- Fundación Foro Nueva Sociedad, 2013.
- VALDIVIA DOUNCE, Teresa, “En torno al Sistema Jurídico Indígena”, en *Anales de Antropología*, Instituto de Investigaciones Antropológicas-UNAM, vol. 35, 2001.

Procedimiento especial sancionador:
una herramienta de control de regularidad constitucional y convencional

La libertad de expresión en el modelo
de comunicación política

Como todo modelo de comunicación, el que se emboca sobre los procesos electorales tiene que ver principalmente con la regulación de las diversas expresiones —ya sean orales o escritas— que se pueden generar válidamente para promover el intercambio de las ideas. Su objeto es pautar las condiciones atinentes al quién, qué, cómo, cuándo y dónde de la legitimidad del discurso político en la arena comicial.

Así, por ejemplo, se establecen amplias libertades de expresión para la ciudadanía en general, mientras que diversos actores sociales encuentran restricciones al respecto. Se promueve la discusión sobre aspectos relevantes para la vida democrática, al mismo tiempo que se prohíbe el uso de expresiones calumniosas. Se garantiza a los actores políticos el acceso a los medios de comunicación electrónica para la transmisión de su propaganda, en tanto se restringe la contratación particular de tales espacios. Se establecen plazos exclusivos para las campañas de promoción electoral, además de periodos de prohibición respectiva. Se crean reglas para el uso de espacios públicos con motivos comiciales —lo que incluye también, por supuesto, a los que ocupa el aparato institucional del Estado.

A pesar de que a la anterior la lista se le pudiera agregar un larguísimo etcétera, en la medida en que los tópicos abarcados por la regulación del modelo de comunicación política son de la más amplia variedad, lo cierto es que todos ellos encuentran un punto en común en la finalidad que persiguen. En efecto, subyace un principio de corte esencialmente democrático en la regulación de las distintas formas de expresión en el mar-

Sumario

La libertad de expresión en el modelo de comunicación política	1023
La configuración tutelar del procedimiento especial sancionador	1024
Libertad de expresión	1026
Derechos de terceros	1028
Tutela judicial efectiva	1030
A manera de conclusión	1031
Bibliografía	1031

co de los procesos electorales: el deber de velar por la promoción y preservación de la equidad en la contienda electoral.

Si desde una perspectiva puramente procedimental se puede concebir a los sistemas democráticos como aquellas formas de organización social caracterizadas por el respeto a la voluntad de las mayorías, no resulta sorprendente que las reglas atinentes a la formación de tal voluntad mediante la elección de órganos de representación popular se encuentren totalmente empapadas del valor de la igualdad, pieza fundamental de la construcción del discurso democrático.

Hablar de la equidad en la contienda, entonces, es referirse a una igualdad sostenida entre los candidatos en el marco del proceso de competencia por el voto popular, lo que se traduce en la protección de las condiciones para la acción política y de las oportunidades en la conquista del sufragio.

En esta tesitura, el resguardo del modelo de comunicación política se proyecta como una tarea fundamental, en la medida en que tiene como premisa subyacente la noción de que los diversos discursos que se vierten en la arena electoral impactan la percepción de la ciudadanía acerca de los respectivos actores políticos, y con ello, se configura su intención electiva. Dicho de otra forma: lo que se expresa en el marco de las elecciones tiene la fuerza contingente para impactar lo que se decide en las urnas.

Luego, si existe un conjunto de reglas acerca de la producción y difusión discursiva legítima en los procesos electorales, y éste se violenta, su consecuencia natural es el impacto —en mayor o menor medida— en las condiciones de equidad de la competencia, lo que de suyo trastoca la tarea de construcción de instituciones representativas legítimas: de aquellas que se generan a partir de procesos en los que todos los contendientes tuvieron igualdad de condiciones y oportunidades para obtener la preferencia de un electorado debidamente informado.

Pues bien, éste es el contexto en que debe entenderse la esencia de la actual configuración del procedimiento especial sancionador: como un mecanismo de naturaleza administrativa y jurisdiccional destinado a la salvaguarda de los vínculos y límites de la libertad de expresión en el marco del intercambio ideológico político-electoral. Es decir, es un control jurisdiccional de regularidad constitucional y convencional de los asuntos sometidos a su competencia.

La configuración tutelar del procedimiento especial sancionador

En su actual configuración, a nivel federal, el procedimiento especial sancionador es un mecanismo tutelar que se tramita por el Instituto Nacional Electoral, órgano administrativo electoral que funge como ente investigador de las quejas y denuncias que se reciben por presuntas violaciones al modelo de comunicación política: violaciones a lo establecido en la base III del artículo 41 constitucional; transgresiones al párrafo octavo del artículo 134 constitucional; contravenciones a la regulación sobre propaganda política o electoral; así como la presunta realización de actos anticipados de precampaña o campaña (Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, art. 470).

Luego de su debida tramitación, el resultado de la investigación se comunica a la Sala Regional Especializada del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación,¹ quien es el órgano jurisdiccional encargado de resolver la pretensión de los promoventes de las quejas y denuncias, a la luz de las garantías del debido proceso y la tutela judicial efectiva.

Estas dos últimas garantías procesales deben entenderse a partir de su naturaleza interdependiente con el resto de los derechos fundamentales consagrados tanto en la Constitución federal como en los tratados internacional de la materia de los cuales México forma parte.

En efecto, habría que recordar que el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tal y como lo ha advertido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, “reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte, [mismos que] constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano”.²

En este sentido, los órganos jurisdiccionales adquieren un compromiso ineludible con el material constitucional y convencional en sus resoluciones, pues deberán ejercer de forma oficiosa un control revisor de las normas que aplican y de los criterios que emiten de tal forma que se logre la máxima promoción, respeto, protección y garantía de los derechos fundamentales, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Esto, indudablemente, se hace extensivo a las diversas herramientas procesales que están bajo su competencia. Así, si bien el procedimiento especial sancionador es una figura que está explícitamente diseñada para la protección de la libertad de expresión en el marco del modelo de comunicación política en los procesos electorales, lo cierto es que su operatividad requiere de una visión acorde con el paradigma de protección de la totalidad de los derechos fundamentales que conforman el bloque de constitucionalidad y convencionalidad en nuestro país.

Es decir, el procedimiento especial sancionador protege de manera interdependiente el resto de derechos fundamentales que pudieran verse afectados con motivo del ejercicio de la libertad de expresión en materia electoral.

En un célebre ensayo, el otrora juez de la corte constitucional de Israel, Aharon Barak, sostuvo que la principal preocupación de un tribunal constitucional en una democracia es la más amplia acción correctiva de todo el sistema, la cual se debe enfocar en dos problemas principales: cerrar la brecha entre el derecho y la sociedad, y proteger la democracia (2008: 1).

¹En lo conducente, Sala Especializada.

²Tesis: P/J. 20/2014 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro “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”. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 5, abril de 2014, tomo I, p. 202. Código IUS: 2006224.

Siguiendo esta visión, el procedimiento especial sancionador se erige como una auténtica herramienta procesal de protección de la democracia al alcance de la Sala Especializada en el marco del ejercicio de la libertad de expresión, pues prioriza la salvaguarda y maximización de los derechos humanos de la ciudadanía, así como la protección del buen funcionamiento de aquellos aspectos que impactan directamente en el juego democrático electoral, a través de una visión tutelar en cuanto a los aspectos que permiten ampliar el margen de libertades individuales y una tarea garantista de la igualdad en los comicios.

Para muestra de ello, se repasarán de manera muy breve diversos criterios sobre algunos derechos fundamentales que han sido garantizados a través del actual procedimiento especial sancionador. Ello dará oportunidad de poner de relieve el carácter progresivo y liberal con el cual esta figura procesal funge como garantía de la protección de los derechos en materia político electoral, a través de su operación como un control de regularidad constitucional y convencional.

Libertad de expresión

En primer término, se referirá un tema sobre el cual gran parte del despliegue de protección del procedimiento especial sancionador se concentra: la libertad de expresión.

Y ello es así, porque este derecho fundamental ocupa un lugar privilegiado para la construcción de la democracia.

Entendida desde su carácter procedimental, la democracia es un sistema de reglas basado en el principio de las mayorías: esto es, integrarán los órganos de gobierno quienes sean elegidos mayoritariamente mediante el voto popular. A su vez, este mismo sistema permite que las minorías puedan convertirse, a su vez, en mayorías.

Sin duda alguna, en la obtención del voto ciudadano, el papel de la comunicación juega un rol fundamental para la transmisión de las ideas. En el asidero constitucional es donde la libertad de expresión se pone de relieve como un aspecto imprescindible para la construcción de la democracia.

En efecto, la libertad de expresión tiene su rasgo distintivo en fungir como un vehículo para la libre manifestación de las ideas, con la finalidad de garantizar el adecuado desarrollo de una comunicación pública. Mantiene abiertos los canales para el disenso y el cambio político, al contribuir a la formación de la opinión pública sobre asuntos políticos y a la consolidación de un electorado debidamente informado, en la medida en que representa el escrutinio ciudadano a la labor pública.

En el actual procedimiento especial sancionador, han sido de particular interés social los asuntos que se han resuelto en donde se cuestiona la labor comunicativa de los periodistas, pues han permitido sostener que el periodismo en una sociedad democrática representa una de las manifestaciones más importantes de la libertad de expresión e información, ya que son los periodistas y los medios de comunicación quienes mantienen informada a la sociedad sobre lo que ocurre y sus distintas interpretaciones, condición necesaria para que el debate público sea fuerte, informado y vigoroso.

Por ello, se ha determinado que una prensa independiente y crítica es un elemento fundamental para la vigencia de las demás libertades que integran el sistema democrático, particularmente porque cumple una función de cara al derecho fundamental a la información de la sociedad.

El alcance dado a la protección del derecho fundamental a la libre expresión, y por consiguiente, al diverso derecho a la información de la ciudadanía, ha sido tan amplio bajo la consideración de que ello juega un papel fundamental para la construcción de una democracia madura. Así, de forma ejemplificativa:

1. Se ha protegido el discurso crítico, satírico, mordaz e irónico en la difusión de opiniones acerca de contenido de carácter noticioso.³
2. Se reconoció a la parodia como una forma legítima de estilo en la difusión de las noticias.⁴
3. Se amparó de forma robusta la libertad en la elección del contenido noticioso.⁵
4. Se ha garantizado una amplia libertad en los cuestionamientos que los periodistas llevan a cabo como parte de su labor.⁶
5. Se determinó que incluso una fuente de financiamiento público de los noticiarios no es un elemento relevante para poner candados en la libertad del ejercicio periodístico.⁷
6. Se privilegió la información noticiosa en torno a temas de interés público, como relevante y necesaria para el escrutinio de las propuestas electorales, y con ello, como un elemento válido de la propaganda política.⁸

En cuanto a su aspecto individual, se ha reconocido que la libertad de expresión sirve como garante de otro tanto cúmulo de derechos fundamentales, tales como el libre desarrollo de la personalidad, el derecho al honor, a la propia imagen e incluso a la generación de igualdad entre la ciudadanía.

En el procedimiento especial sancionador también se han emitido criterios que han servido para imponer vínculos y límites al ejercicio de la libertad de expresión en su dimensión individual. Así:

7. Se reconoció una amplia libertad a los actores políticos para expresar sus ideas en el marco de las entrevistas.⁹
8. Se determinó que la verdad es un elemento legitimador en la construcción de los discursos críticos.¹⁰
9. Se protegió el honor de las personas ante las calumnias: esto es, las que tratan sin más de imputar hechos que se saben falsos o que son consideradas delictivos.¹¹

³SRE-PSC-70/2015 y SRE-PSC-147/2015. Todas las sentencias de la *Sala Especializada* se encuentran disponibles para su consulta en www.te.gob.mx.

⁴SRE-PSC-70/2015.

⁵SRE-PSC-263/2015.

⁶SRE-PSC-102/2015 y SRE-PSC-204/2015.

⁷SRE-PSC-70/2015.

⁸SRE-PSC-126/2015.

⁹SRE-PSC-102/2015.

¹⁰SRE-PSC-58/2015, SRE-PSC-185/2015 y SRE-PSC-139/2015.

¹¹SRE-PSC-257/2015.

10. Pero también se permitió que se discutan públicamente las conductas que se encuentran en investigación ante las autoridades.¹²

11. Se consideró que la información que circula en los medios de comunicación debe ser ampliamente protegida en cuanto a su posibilidad de discusión pública, incluso en la propaganda.¹³

12. Se fijó como un límite a la propaganda el uso de la imagen de otros sin su consentimiento.¹⁴

13. Se catalogó a las redes sociales como un espacio privilegiado donde las personas pueden expresar libremente sus ideas, incluso si éstas son de carácter electoral.¹⁵

El modelo de comunicación política debe estar basado en el intercambio, en la discusión, en el contraste y en la razón. Por ello, lejos de criterios que promuevan actitudes de censura, un análisis de las sentencias de la Sala Especializada en el procedimiento especial sancionador evidencia que se ha interpretado liberalmente el andamiaje constitucional y convencional, de tal forma que se privilegie la libertad en la circulación de la información de cara a la sociedad.

Derechos de terceros

Otro aspecto de la mayor relevancia en la operatividad del actual procedimiento esencial sancionador ha sido el de la máxima protección a los derechos constitucionales de los terceros. Esto es, de aquellos que no forman parte central de las contiendas electorales, y que, sin embargo, se han visto agraviados por las prácticas destinadas a la obtención del voto.

Con ello, se ha asumido completamente el carácter reivindicador que un procedimiento conformado para la defensa del bloque de constitucionalidad y convencionalidad debe tener. No sólo se trata de proteger a las partes que claman justicia, sino procurar la máxima protección a la sociedad en su conjunto, lo que desde luego incluye a cada uno de sus ciudadanos.

14. A manera de ejemplo, en el procedimiento especial sancionador bajo tutela de la Sala Especializada se sostuvo que el derecho humano de la mujer a una vida libre de violencia y discriminación es interdependiente del derecho a la igualdad, porque este último funge como presupuesto básico para el goce y ejercicio de otros derechos y porque los derechos humanos de género giran en torno a los principios de igualdad y no discriminación por condiciones de sexo o género.¹⁶

15. Así, desde la óptica de la perspectiva de género, se estimó que censurar expresiones en la propaganda que hagan referencia a alguien como *un hombre que golpea*

¹²SRE-PSC-139/2015 y SRE-PSC-43/2015.

¹³SRE-PSC-2/2014 y SRE-PSC-43/2015.

¹⁴SRE-PSC-94/2015 y SRE-PSC-43/2015.

¹⁵SRE-PSC-168/2015 y SRE-PSC-174/2015.

¹⁶SRE-PSC-257/2015.

mujeres sería tanto como invisibilizar una situación de interés público (específicamente del electorado), tal y como lo es un supuesto acto de agresión hacia una mujer, máxime cuando ello ha sido parte de la información que circula en los medios noticiosos y que incluso ha sido objeto de investigaciones de índole penal.¹⁷

16. De esta forma, se asumió un criterio de máxima transparencia en los asuntos con incidencia en la violencia de género, para permitir su discusión en la arena pública a través de la propaganda de los diversos contendientes en el proceso electoral, eliminando toda forma de exclusión del debate social.¹⁸

Por otra parte, igualmente se tuvo la oportunidad de pronunciamiento acerca de un tema de importancia fundamental, como es el interés superior del menor y los derechos de la niñez.

17. Desde una visión protectora de este grupo vulnerable, se consideró que la aparición de infantes en la propaganda electoral es ilícita si ésta se realiza sin el consentimiento expreso por parte de quienes ejercen la patria potestad sobre los mismos.¹⁹

18. Incluso, se fue más allá de ponderar derechos estrictamente electorales al proteger los derechos de los menores de edad, ante la posibilidad de que su aparición en la propaganda sea en contra de su voluntad, al reconocer que éstos también tienen opinión respecto de lo que quieren hacer.²⁰

19. Bajo este escenario, y conforme al desarrollo de un principio general de *in dubio pro infante*, se determinó implementar que en la aparición de menores de edad en los promocionales se deben tomar todas aquellas medidas que sirvan para evitar que se presenten situaciones de riesgo potencial que pudiesen afectar el interés superior del menor, por lo que incluso se desarrolló una lista de requisitos para permitir su participación, siguiendo los estándares internacionales en la materia.²¹

También es de destacar la protección legítima de los derechos de terceros que, a pesar de no formar parte de los procedimientos especiales sancionador en carácter de denunciante, se ven afectados por el indebido ejercicio de la libertad de expresión en la materia.

20. En protección a la ciudadanía que cuenta con alguna discapacidad auditiva, se ordenó que todos los promocionales que se transmitan como parte del uso de las prerrogativas en televisión a la cual tienen acceso los actores políticos, incluyan subtítulos que permitan la eficaz transmisión de las ideas y diálogos que se despliegan en la propaganda electoral.²²

Con ello, la Sala Especializada develó al procedimiento especial sancionador como una herramienta particularmente garante del interés superior de los menores, reconociendo que éste debe imperar en toda situación, incluidas las de la materia electoral.

¹⁷*Idem.*

¹⁸*Idem.*

¹⁹SRE-PSC-121/2015.

²⁰*Idem.*

²¹*Idem.*

²²SRE-PSC-27/2016.

Tutela judicial efectiva

Finalmente, habría que reflexionar que los criterios jurisdiccionales en torno al procedimiento especial sancionador de nada servirían si éstos no fueran asequibles y efectivos.

En efecto, una buena medida de la calidad de la justicia en el sistema jurídico se mide a través de la posibilidad real de que la ciudadanía pueda acceder a ella, así como de la eficacia del cumplimiento de las resoluciones que se obtengan a partir de los procedimientos judiciales.

Es esta la dimensión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, mismo que impone a las autoridades jurisdiccionales el interpretar los requisitos de acceso a la justicia de tal forma que sean tan amplios como razonablemente sea posible, así como establecer los mecanismos necesarios y suficientes para que sus sentencias se acaten cabalmente y logren los efectos que pretenden.

En esta tesitura, la Sala Especializada ha sostenido diversos criterios tendientes a hacer efectivas las determinaciones del procedimiento especial sancionador, entre los que se pueden mencionar los siguientes:

21. Se ampliaron los supuestos de legitimación procesal, tanto activa como pasiva, para instaurar el procedimiento especial sancionador en el caso de la calumnia.²³

22. Se interpretaron de forma generosa los requisitos para acreditar la representación de las partes en conflicto.²⁴

23. Se reconoció la posibilidad de defensa de intereses tuitivos en el caso de protección de los derechos de la niñez.²⁵

24. Se establecieron mecanismos de difusión para dar a conocer a la ciudadanía los sujetos que han sido sancionados, transparentando así la labor del órgano jurisdiccional y dando carácter efectivo a las amonestaciones públicas.²⁶

25. Se dio al procedimiento especial sancionador una nueva dimensión al dotarlo de efectos plenamente reparadores, tales como la restauración de la pintura de bardas ante la colocación ilegal de propaganda en ellas²⁷ o la recaptación de propaganda ilegalmente distribuida.²⁸

26. En la restitución del derecho al honor, se ordenó la difusión de desplegados para aclarar contenidos ilegítimos que hubiesen aparecido en la propaganda electoral, dotando con ello también de reparación del derecho a la información de la ciudadanía en el marco de la comunicación política.²⁹

27. Y ante asuntos que escaparon del ámbito de su legal poder de jurisdicción, se ordenó dar vista a los órganos administrativos y judiciales pertinentes, privilegiando así la efectividad en el acceso a la justicia de la ciudadanía.³⁰

²³SRE-PSD-30/2015.

²⁴SRE-CA-146/2015.

²⁵SRE-PSC-121/2015.

²⁶ENTRE OTROS, SRE-PSC-13/2015 Y SRE-PSD-318/2015.

²⁷SRE-PSD-142/2015.

²⁸SRE-PSD-105/2015.

²⁹SRE-PSC-45/2016.

³⁰SRE-PSC-17/2015, SRE-PSC-19/2015 Y SRE-PSC-16/2015.

Con acciones de este tipo, se ha asumido al procedimiento especial sancionador como una herramienta tutelar de control constitucional y convencional del siglo XXI, efectiva en cuanto a sus alcances y eficaz en lo que hace a sus efectos.

A manera de conclusión

Jorge Carpizo alguna vez afirmó que la finalidad última de la interpretación constitucional debe ser proteger y defender lo más valioso que existe para cualquier hombre: su libertad y su dignidad (1971: 385).

Si se asume una visión enteramente protectora de los derechos fundamentales y de las reglas que permiten el sano debate en el juego democrático, el procedimiento especial sancionador opera como una auténtica garantía procesal de la regularidad constitucional y convencionalidad cuya finalidad es hacer efectivos los derechos de los actores políticos y de la ciudadanía en materia electoral, al conformarse como una herramienta destinada a la tutela de las razones de ser de la sociedad democrática: fundamentalmente la libertad, la igualdad y la dignidad de la ciudadanía en el marco de la comunicación en la materia político-electoral.

Bibliografía

Libros

- BARAK, Aharon, 2008, *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- CARPIZO, Jorge, 1971, “La interpretación constitucional en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año IV, núm. 12.

Leyes

- Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, 2014, México.

Jurisprudencia

- Tesis: P/J. 20/2014 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 5, abril de 2014, tomo I, p. 202. Código IUS: 2006224.

Sentencias de la Sala Regional Especializada del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

SRE-CA-146/2015. SRE-PSC-2/2014. SRE-PSC-13/2015. SRE-PSC-16/2015. SRE-PSC-17/2015. SRE-PSC-19/2015. SRE-PSC-43/2015. SRE-PSC-58/2015. SRE-PSC-70/2015. SRE-PSC-94/2015. SRE-PSC-102/2015. SRE-PSC-121/2015. SRE-PSC-126/2015. SRE-PSC-139/2015. SRE-PSC-147/2015. SRE-PSC-168/2015. SRE-PSC-174/2015. SRE-PSC-185/2015. SRE-PSC-204/2015. SRE-PSC-257/2015. SRE-PSC-263/2015. SRE-PSD-30/2015. SRE-PSD-105/2015. SRE-PSD-142/2015. SRE-PSD-318/2015. SRE-PSC-27/2016. SRE-PSC-45/2016.

Fuero constitucional: inmunidad de los parlamentarios

En derecho mexicano, la palabra *fuero* arroja una multiplicidad de significados, que refieren a antecedentes lejanos de nuestras instituciones (al remontar incluso al derecho de Indias, *i.e.* de la distinción que procuró Carlos III para separar el *fuero* militar del político). Nuestro derecho independiente lo empezó refiriendo al reconocimiento del *fuero eclesiástico* (en la Constitución de 1836), o bien a la noción de jurisdicción (*fuero militar*) o de ámbito de competencias (*fuero común* o *fuero federal*).¹ Al particularizarse en la expresión *fuero constitucional*, adquiere una mayor actualidad y sentido, que en esta colaboración pretende ponerse en sintonía con las nociones de la convencionalidad.

En espera de una reforma constitucional al artículo 61, aprobada por la Cámara de Diputados² pero pendiente de votación tanto en el Senado como en las legislaturas de los estados, en este comentario se va prescindir del análisis del régimen de responsabilidades políticas de los servidores públicos de la más alta jerarquía en la administración pública (cf. Juicio Político y Declaración de Procedencia),³ para recentrar el tema

¹Soberanes Fernández, “Fuero”, en el *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM/Editorial Porrúa, 3a. ed., 1989, tomo I, p. 1184.

²Con 376 votos a favor, 56 en contra y 5 abstenciones, el Pleno de la Cámara de Diputados aprobó, en lo general y con modificaciones, el dictamen a la minuta que reforma los artículos 61, 111, 112 y 114 de la Constitución Política, en materia de inmunidad de servidores públicos. Con las reformas al artículo 61, se cambia el término ‘fuero constitucional’ por el de ‘inmunidad constitucional’, entendida ésta como un instrumento jurídico que la Constitución otorga a los legisladores en función de su ejercicio, con el único afán de consolidar la función legislativa”. Cámara de Diputados, Boletín núm. 1030, 5 de marzo de 2013.

³Para una revisión de ese otro aspecto véase Manuel González Oropeza, “Juicio político”, en Ferrer *et al.*, *Diccionario constitucional y convencional*, 2a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/SCJN, 2015, p. 801.

Sumario

Francisco Tortolero Cervantes.	1033
Fuero constitucional; inmunidad de los parlamentarios	1033
Fuero constitucional como inmunidad legislativa	1034
Imposición de contornos a la libertad de expresión	1041
Interpretación doméstica y supranacional sobre inmunidades.	1044

del régimen de las inmunidades que protegen el ejercicio de las funciones de los parlamentarios.

Fuero constitucional como inmunidad legislativa

La noción de fuero constitucional, en la parte que concierne al régimen de inmunidades de los legisladores, tiene por objeto evitar la intromisión del Ejecutivo y del Judicial en la esfera de actuación del legislativo. Su esencia, entendida en torno al legislador, se dirige a *evitar intromisiones externas sobre el control interno de la asamblea*.⁴

Los parlamentarios de todo el mundo gozan de un régimen de inmunidades destinado a garantizarles el libre ejercicio del mandato. No como privilegio que se les otorga en lo individual, sino como seguridad atribuida a la asamblea de la que son integrantes, con el propósito de lograr que su buen funcionamiento no se vea afectado.⁵ La inmunidad refiere a la ausencia de responsabilidad (civil, penal), que protege a cada legislador contra cualquier acción ligada al ejercicio de su función representativa.

Esto es, de las opiniones o votos emitidos durante el periodo en que ha sido legislador. Pero se extiende incluso más allá, una vez que el mandato se ha extinguido. Y sin embargo, no es un derecho absoluto, pues se enfrenta con límites (léase, poderes disciplinarios) que puedan imponerse internamente; *i.e.* por el presidente de la Mesa.

Los estándares internacionales aplicables a este tema no son discrepantes con el derecho interno. El tipo de inmunidad que protege a los parlamentarios no debe entenderse como sinónimo de impunidad, que vuelva intocable a un grupo de la población. Tampoco se debe entender como un obstáculo encaminado a impedir la impartición de justicia.

En un estudio donde se analizan las inmunidades parlamentarias en los países pertenecientes al Consejo de Europa, la Comisión de Venecia determinó que “el ámbito de protección instituida [a favor de los legisladores] depende en gran medida de la práctica parlamentaria, pero también del papel de la opinión pública y de la evolución de las mentalidades. El papel de la prensa y una cierta deontología influyen de manera determinante en la aplicación del régimen de las inmunidades”.⁶

En México, los hilos conductores del régimen legal de las inmunidades de los legisladores del artículo 61 constitucional coinciden con la manera en que este tratamiento jurídico se ha conformado, entre tradición constitucional y práctica cotidiana.

⁴La libertad para expresarse abarcaba además las etapas posteriores al ejercicio del mandato. No se podría ser reconvenido por las expresiones durante el periodo en que se era electo, ni tampoco después. Abarcaba lo dicho o escrito, no obstante que lo expresado pudiera configurar faltas o delitos como injuria, difamación o calumnia. Esto, para permitirles desempeñar sus funciones sin ninguna clase de condicionamientos o presiones. Para una revisión histórica del régimen de las inmunidades legislativas en México véase en Susana Thalfá Pedroza de la Llave, “Fuero constitucional”, en *Los derechos del pueblo mexicano*, vol. VII, p. 356, 360-371.

⁵G. Soulier, *L'inviolabilité parlementaire en droit français*, Lyon, Editions de l'AFEC, 1964, cit. por Robert, Jacques, “Immunité Parlementaire”, *Dictionnaire Constitutionnel*,

⁶Comisión para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), *Rapport sur le Régime des Immunités Parlementaires*, documento núm. 1996/CDL-INF (1996)007-f, disponible en [http://www.venice.coe.int/docs/1996/CDL-INF\(1996\)007-f.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/1996/CDL-INF(1996)007-f.pdf), núm. 205, p. 22.

Pero antes de entender los tipos de inmunidad de los parlamentarios, es preciso revisar si este atributo pudiera implicar una contradicción frente a las condiciones de igualdad inherentes al régimen constitucional.

¿Es pertinente asimilar la inmunidad parlamentaria a un privilegio?

Hasta el siglo XVIII, la Corona inglesa no podía ser cuestionada ante tribunales si no era mediando su propio consentimiento.⁷ Al instaurar el régimen federal, la construcción de la Unión americana hizo transferir ese bagaje protector hacia las entidades celulares del pacto confederal: los estados de la Unión.⁸ De esa forma, los estados quedaban inmunizados de la posibilidad de ser llevados a tribunales por ciudadanos de otros estados. ¿Cómo se explica que fuera sobre aquellos gobiernos sus nacionales que podía recaer la inmunidad de jurisdicción?

Como respuesta, se puede afirmar que ni las instituciones federales ni los gobiernos estatales podían ser considerados como absolutamente soberanos. Sólo el pueblo (*We the People*) lo sería. Es decir, el atributo que en Inglaterra se había reconocido como exclusivo de la monarquía parlamentaria (*the King in parliament*), considerada por consiguiente la fuente de todo derecho. Ninguna norma podría ser aceptada contra la voluntad del monarca o del parlamento. Pero en los Estados Unidos, el pueblo (*the people*), materializado por cada estado de la Unión, a través de su constitución, había dispuesto ciertas reglas que sin duda limitaban la actuación del gobierno federal. En el momento en que un agente o entidad del gobierno violaba la constitución, ese gobierno no podía ser considerado soberano,⁹ por lo que no podía reclamarse ejerciendo una inmunidad soberana.

En Europa continental, desde las épocas de la Revolución Francesa, se ha considerado impropio calificar de “privilegio” a las inmunidades conferidas constitucionalmente a funcionarios públicos y representantes populares. Tal como lo estableció la Asamblea Nacional francesa el 23 de junio de 1789, la intención de tales inmunidades era resolver cualquier conflicto entre parlamentarios y miembros del gobierno frente a los tribunales.¹⁰ Su objeto se encaminaba entonces a reforzar el estatus de independencia de los representantes populares.

Que la inmunidad se concibiera como un privilegio significaba desconocer los postulados del artículo VI de la Declaración de Derechos del Hombre, que instauraba

⁷“Immunité parlementaire”, en Duhamel, Olivier e Ives Mény (eds.), *Dictionnaire Constitutionnel*, París, Presses Universitaires de France, 1992, p. 487.

⁸La XI Enmienda estableció así que “El poder judicial de los Estados Unidos no debe interpretarse que se extiende a cualquier litigio de derecho estricto o de equidad que se inicie o prosiga contra uno de los Estados Unidos por ciudadanos de otro Estado o por ciudadanos o súbditos de cualquier Estado extranjero”.

⁹Lo mismo cuando un estado transgrediera leyes federales, que por definición, habían sido diseñadas por el propio soberano: el pueblo; en Akhil Reed Amar, *America's Constitution: A Biography*, Nueva York, Random House, 2005, p. 335.

¹⁰“No se trata de un privilegio conferido para el beneficio de una categoría de individuos; se trata de una medida de orden público para colocar al poder legislativo por encima de los ataques del poder ejecutivo”. Pierre Eugene, *Traité de Droit Politique, électoral et parlementaire (1903)*, reed. París, Editorial Loysel, 1989, núm. 1059.

el principio de igualdad de todo individuo ante la ley.¹¹ Fue de esta manera que el constitucionalismo francés estableció que el régimen de las así llamadas inmunidades parlamentarias no protege a la persona, sino a la Asamblea. Al día de hoy, y en repetidas ocasiones, el presidente de la Asamblea Nacional Francesa ha hecho llamados al orden en contra de parlamentarios que en una sesión solicitaron renunciar a dicha inmunidad para enfrentar acusaciones de sus opositores.¹²

En otros países, se ha aceptado sin mucho recelo el empleo legislativo e incluso constitucional del término “privilegio”.¹³ Lo anterior lo aclaró el Tribunal Constitucional español, al determinar que el estatus de parlamentario requiere de un régimen diferenciado, pero que no se debe confundir la calificación de “privilegio” con el sentido corriente del término, puesto que es la propia constitución la que ha otorgado a estos representantes una función digna de ser protegida con reglas especiales (STC 22/1997). Así, la jurisprudencia constitucional española ha impuesto una prohibición expresa al legislador, quien no puede extender ese régimen de protección ampliada más allá de los supuestos existentes (STC 186/1989) ni pueden interpretarse de forma analógica para beneficio de algunos otros funcionarios (STC 51/1985).¹⁴ El carácter restringido de tal “privilegio” radica en proteger, de manera reforzada, la libertad, la autonomía y la independencia de los órganos constitucionales.

Ahora bien, al otorgar el referido trato diferenciado a los parlamentarios, los tribunales constitucionales también se ha cuestionado si, considerado un tipo de privilegio, el régimen de las inmunidades parlamentarias es materia de mera oportunidad política, sujeta al juicio de las mesas directivas de las legislaturas, o si dicho régimen tiene que ceñirse a determinados lineamientos constitucionales que puedan ser exigidos por órganos exteriores al legislativo.¹⁵ Sólo se podría cuestionar jurisdiccionalmente el reconocimiento de este trato diferenciado si existieran dudas sobre la finalidad para la

¹¹ Artículo VI.- La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione. Como todos los ciudadanos son iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos.

¹² Al parecer, el tema ha dejado de tener actualidad luego de la reiteración de esta regla respecto del estatuto individual de parlamentarios específicos, como Catayee (6 de mayo de 1960), Rives-Henrys (22 de noviembre de 1971); Dassault (26 de mayo de 1976), Nucci (11 de agosto de 1986) y Boucheron (28 de noviembre de 1990).

¹³ M. Caamaño Domínguez, “Espagne”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 2001, p. 183.

¹⁴ Esta decisión es congruente con la tendencia de países europeos, en donde es cierto que el ámbito de aplicación de la inmunidad se puede extender (por ejemplo, a todos aquellos que participen en debates dentro del recinto parlamentario, sin necesidad de ser representantes populares, como en Inglaterra, Holanda o Irlanda). Pero por regla general, debe existir una disposición normativa que expresamente reconozca dicha inmunidad más allá de las funciones de los parlamentarios; por ejemplo, se reconoce a favor de los miembros de las asambleas regionales o *Landtage* en Austria; se extiende a favor de los miembros de los Consejos de la Comunidad y de las Regiones, o a favor de los ministros en Bélgica. Dirección General de Estudios del Parlamento Europeo, *La inmunidad parlamentaria en los Estados miembros de la Comunidad europea y del Parlamento Europeo*, Serie Affaires Juridiques, w4, 1993; y de la Comisión para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), el *Rapport sur le Régime des Immunités Parlementaires*, documento núm. 1996/CDL-INF(1996)007-f, disponible en [http://www.venice.coe.int/docs/1996/CDL-INF\(1996\)007-f.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/1996/CDL-INF(1996)007-f.pdf)

¹⁵ A este respecto, el Tribunal constitucional español estableció que la decisión de reconocer un trato diferenciado a favor de un parlamentario en un caso concreto no puede ser revisado en el fondo; la intervención del tribunal en ese sentido se limitaría a verificar que se produjo una decisión parlamentaria de manera lo suficientemente “racional y argumentada” al

cual se otorgase dicho reconocimiento. Esto es lo que nos lleva a diferenciar entre dos tipos de inmunidad.

Los tipos de inmunidad

Del atributo protector de los legisladores se derivan dos vertientes: la inmunidad *funcional* o *material* y la inmunidad *personal* o inviolabilidad. Tanto la inmunidad material como la inviolabilidad de los parlamentarios establecen un trato desigual irrenunciable, que se confiere no a título individual: “el interesado no puede abdicar a él, pues se confiere por su carácter público”.¹⁶

En el mismo sentido, para el derecho internacional, el régimen de las inmunidades debe entenderse diferenciado en idénticas dos especies: por un lado, la inmunidad funcional o material; por otro, la inmunidad personal o inviolabilidad. Esta dualidad tradicional de las inmunidades, aplicable en términos generales a todos los altos funcionarios del Estado, suele también referirse como “inmunidades *ratione Materiae*”, “inmunidades de función” o “inmunidades orgánicas” para las primeras, frente a las “inmunidad *ratione personae*”; “inviolabilidad” o “inmunidades de jurisdicción” para las segundas.¹⁷ La inmunidad funcional se liga al mandato; esto es, al desempeño de atribuciones normativas del ámbito legislativo, así especificado en la legislación vigente.

Inmunidad material o funcional

La inmunidad *ratione materiae* o funcional tiene por objeto proteger a la institución; léase, a las dos cámaras del Congreso. Por el interés que este régimen representa, impone un obstáculo absoluto y definitivo de cualquier clase de pretensión jurídica (sea civil o penal), que se extiende incluso a la conclusión del mandato del representante. El diputado o senador en cuestión no puede ser distraído de su encargo precisamente porque su actuación, por virtud del mandato popular conferido, encarna la actuación del Estado.

Como consecuencia de la inmunidad material, los legisladores de ambas cámaras no podrán ser perseguidos o reconvenidos, ni durante ni después de que termine el mandato,¹⁸ pero *únicamente* por las conductas producidas al emitir opiniones o al emitir su voto.

reconocer en el caso concreto que el parlamentario en cuestión deba o no deba ser desposeído de dicho carácter para luego ser sometido a juicio por responsabilidad civil o penal (STC 206/1992 Cs 4).

¹⁶Declaraciones del procurador Dupin ante las perquisiciones intentadas contra el diputado Ledru Rollin, Corte de Casación, 1842.

¹⁷V. A.Cassese, “Peut-on poursuivre des hauts dirigeants des Etats pour des crimes internationaux? A propos de l’affaire ‘Congo c. Belgique’ (CIJ)”, *Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé*, 2002, p. 479.

¹⁸El carácter absoluto de la inmunidad funcional ha observado muy raras excepciones. Si bien se han presentado casos en los que un parlamentario sufra consecuencias jurídicas después de terminado su mandato, éstos se han presentado en etapas de excepción. Concretamente, la ordenanza administrativa emitida por el gobierno francés el 6 de abril de 1945 determinó la cesación del mandato de aquellos diputados y senadores de la República que votaron la ley que confirió plenos

Si bien no hay una lista cerrada de las actividades que entran en la función parlamentaria, los actos que revisten esa calidad necesariamente se deben referir a la función del diputado o senador, que en nombre del Estado actúa como representante popular. Como lo establece limitativamente el primer párrafo del 61 constitucional, la inmunidad material protege a diputados y senadores “en el desempeño de sus cargos”. En algunos países se ha optado por definir algunos actos que exceden de la función parlamentaria, aunque hasta ahora, no ha sido éste el caso de México.

Inmunidad personal o inviolabilidad

Como segunda especie, los representantes populares pueden verse involucrados en actos antijurídicos. Pero debe dejarse en claro que esta clase de inmunidad cubre aquellos actos distintos a la expresión de ideas o de votos en el hemiciclo (que como ya se vio, se incorporan a la primera especie de la inmunidad material). Por ende, la esfera de protección (descrita en la especie como inviolabilidad) se ve reducida sustancialmente, al entenderse al estatuto personal del representante. También tiene por objeto evitar obstrucciones a su actuación regular, si bien, limitada mientras dure su cargo de representante.

Al referirse directamente a su persona,¹⁹ esta clase de inmunidad desaparece al término del mandato; es decir, cuando el entonces diputado o senador haya dejado de actuar como parte del Estado. Es en ese sentido que se estableció en México la declaración de procedencia como modalidad específica dentro del Congreso para retirar la inmunidad temporal que protege la persona del representante antes de que termine su mandato. Por este motivo, la declaración de procedencia del artículo 111 Constitucional no es aplicable a los actos protegidos por las inmunidades materiales descritas anteriormente. Para diferenciarla de las anteriores, las inmunidades funcionales son un obstáculo sustancial y definitivo, en tanto que la inviolabilidad es un obstáculo adjetivo y temporal.

Zonas grises de las inmunidades parlamentarias

En cada país existe un margen interpretativo distinto para definir hasta dónde se extienden los privilegios que se confieren a los parlamentarios,²⁰ si bien el piso común para todos ellos reconoce que un parlamentario no puede ser objeto de responsabilidad

poderes al Mariscal Pétain el 10 de julio de 1940. Pierre Avril y Jean Gicquel, *Droit Parlementaire*, París, Montchretien, 2a. ed., 1996, p. 46.

¹⁹Esta inmunidad no se puede extender a otros atributos de su personalidad, como al patrimonio del representante popular. En derecho francés, si hubiera una orden de cateo de su domicilio o se ordenara un embargo de sus bienes, no podría alegar irresponsabilidad frente al derecho común. Y en materia penal, la mayoría de países europeos consideran viable la detención de algún parlamentario solamente si se trata de delitos graves. Pero en derecho de los Países Bajos o de Inglaterra la única inmunidad aplicable corresponde a la materia civil; Hervé Isar, “Immunités parlementaires ou impunité des parlementaires?”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 20, 1994, p. 682.

²⁰Comisión para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), *Rapport sur le Régime des Immunités Parlementaires*, documento núm. 1996/CDL-INF(1996)007-f, disponible en [http://www.venice.coe.int/docs/1996/CDL-INF\(1996\)007-f.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/1996/CDL-INF(1996)007-f.pdf), nú. 30-33, p. 7.

por las opiniones que expresa, ya sea oralmente o por escrito, o bien en la sede del parlamento, en una comisión parlamentaria o en razón de los actos o las misiones que le han sido expresamente encargados por el Parlamento.²¹ Desde luego, el sentido de sus votos se considera dentro de esta especie de opiniones protegidas.

La separación constitucional de las inmunidades, entre el ámbito personal y material del legislador, frente a las consideraciones del espacio físico del recinto parlamentario (artículo 61), plantea situaciones en las que uno y otro no se podrían disociar. Aunado a lo anterior, no existe un acuerdo unánime sobre el espacio físico en que deba considerarse válida una protección a la libre expresión de los legisladores. Mientras que en Inglaterra el criterio de delimitación es la sede física del Parlamento, en otros países, como en Bélgica, la legislación aplicable determina excluyente del ejercicio de las funciones parlamentarias la expresión de opiniones en reuniones políticas de índole distinta al ámbito legislativo, como la intervención oral de un parlamentario fuera del recinto legislativo; esta regla se aplica incluso en el instante en que se transcribe en medios no autorizados o por sí mismo lo dicho previamente en el hemiciclo.²² Por su parte, en Turquía, hasta antes de una reforma reciente, se permitía a los diputados reproducir en cualquier momento o lugar lo expresado en una sesión del parlamento sin que aquello les privase de su inviolabilidad; tras la reforma aludida, el régimen de las inmunidades se ha visto prácticamente desaparecido en ese país.²³

Lo anterior contrasta con lo ocurrido en los regímenes parlamentarios, que durante años habían construido una jurisprudencia que ampliaría cada vez más la libertad de expresión de los parlamentarios. Sin embargo, ahí mismo encontramos que las declaraciones públicas de un diputado en espacios distintos al recinto parlamentario (como en los medios de comunicación) no siempre implican la cobertura de la inviolabilidad parlamentaria.

En ocasiones, ha sido el propio legislador quien impone limitaciones a los actos protegidos por la inviolabilidad de los parlamentarios; *i.e.*, este atributo no permite al legislador el empleo de un tono irrespetuoso al momento de formular documentos oficiales o de llevar ese tono a otras expresiones. En Francia, la legislación electoral ha determinado que el régimen especial de esta especie de protección no cubre a los parlamentarios por discursos públicos emitidos fuera del recinto, como tampoco por las opiniones expresadas en artículos de prensa (artículo 144 del Código Electoral).

En el plano jurisdiccional, la lista de las conductas que cubre este atributo suele quedar sujeta a interpretación. Por su parte, el Consejo Constitucional del mismo país

²¹ Véanse las actas del coloquio dedicado a este respecto en “Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, vol. XVII, 2001, París, Economica, p. 1124.

²² M. Verdussen, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 621.

²³ Una muy criticada reforma constitucional de 20 de mayo de 2016 suprimió por completo la inmunidad de los parlamentarios turcos, quienes de ahora en adelante podrán ser requeridos por cualquier acto que realicen, opinión o voto que externen dentro y fuera del hemiciclo. Se dice que fue impulsada como consecuencia de la “propaganda pro-terrorista” expresada por diputados del partido pro-kurdo HDP. La prensa estima que 138 diputados que enfrentan averiguaciones de parte del régimen del primer ministro Erdogan podrían ser sujetos a procesos civiles y penales a partir de ahora. Dicho sea de paso, esta medida encarna una primicia entre los países pertenecientes al Consejo de Europa, tomado de *www.ladepeche.fr* de 30 de mayo de 2016.

declaró inconstitucional una ley en donde se establecía que si el gobierno nombraba a algún parlamentario a que en su nombre acuda a alguna misión diplomática concreta, lo expresado en sus informes no se entendía dentro de los actos protegidos por la inviolabilidad parlamentaria.²⁴ Para el parlamentarismo de aquel continente, tampoco suele asumirse como actuación protegida por la inviolabilidad lo dicho por un representante popular en un programa de televisión, siendo incluso que estaba describiendo los detalles de los trabajos parlamentarios ocurridos horas antes (en un primer caso, se trataba del relato periodístico firmado por un diputado francés, donde narraba el papel desempeñado ante una comisión de investigación,²⁵ y en otro, de las declaraciones difamatorias que un diputado italiano había externado en la sesión matutina contra otro diputado, y que había repetido palabra por palabra en un programa de televisión por la noche). Los comentarios emitidos en reuniones partidistas o con el electorado, así como encuentros privados o actividades periodísticas suelen más bien quedar fuera del ámbito de privilegios de los parlamentarios.

En ocasiones, las injurias o señalamientos de carácter difamatorio se excluyen del campo de protección de las inmunidades parlamentarias. En estos casos, los parlamentarios de las democracias occidentales han sido sujetos de reparación del daño en el mismo plano que lo serían los ciudadanos. Ahora bien, cuando esa clase de declaraciones injuriosas se llegan a producir dentro del recinto parlamentario, existen sanciones que están previamente establecidas, a efecto que los órganos internos eviten excesos en lo expresado por los diputados.

Las mesas directivas de algunos parlamentos, como el británico, han sido reforzadas con funciones materialmente jurisdiccionales con las cuales se pueden llevar a cabo investigaciones susceptibles de desembocar en sanciones contra los propios parlamentarios. En Alemania, la Comisión electoral, de inmunidades y de reglamento del Bundestag puede retirar la inmunidad a algún parlamentario que encuadre un caso de “difamación anticonstitucional”, confiriendo al Ministerio Público la posibilidad de iniciar un proceso por vía penal o administrativa contra el parlamentario en cuestión. Sobre estas zonas grises, pareciera entonces que la organización interna de los parlamentos se basta a sí misma para corregir (*intra muros*) los excesos en que pudiera incurrir un parlamentario al ejercer sus funciones. Una forma ilustrativa de entender estos contornos la encontramos en la forma en que, primero en el Parlamento británico, y luego en la jurisprudencia estadounidense, se fue moldeando la libertad de expresión, para erigirse como el lindero natural de este régimen protector de los legisladores. Se hace esta mención porque ha sido en esta misma dirección que parece orientarse, como veremos más adelante, la jurisprudencia constitucional mexicana.

²⁴CC 89-262, de 7 de noviembre de 1989. En este país, donde la administración tiene una solidez paradigmática, se ha incluso opinado que como contraparte de la inviolabilidad, los parlamentarios que son designados por el gobierno a cumplir una “misión” deben observar un deber de reserva propio de la administración. Fue así como el diputado Michel Ornano, presidente de la Comisión de Finanzas, consideró en sesión pública como “inaceptables” los términos en que otro diputado, M. Martinez, redactó el reporte sobre presupuesto en materia educativa para 1986 (sesión de 3 de noviembre de 1986, RAN, p. 5696).

²⁵Decisión de la Corte de Casación de 7 de marzo de 1988, TGI París, Guyard, 21 de marzo de 2000; G. Bergougous, “Le Statut du Parlementaire”, *Revue du Droit Public*, núm. 200, 2001, p. 340

Imposición de contornos a la libertad de expresión

Si bien se pudo entender la necesidad de potenciar el libre discurso desde los primeros tiempos de las democracias occidentales, el régimen de las inmunidades legislativas no se ha previsto para ser conferidas a los representantes de manera ilimitada. Las asambleas legislativas han siempre dispuesto límites (tanto internos como externos) para encuadrar el tipo de debate que se estima apegado a las reglas generales del sistema. Pero para entender esos límites, veamos primero cuál fue el sentido de proteger la libertad de expresión de los legisladores.

La expresión de los parlamentarios en el Viejo y en el Nuevo Mundo

Se mencionaba más arriba que tanto en Inglaterra como en Estados Unidos, el privilegio que se otorgó a los legisladores tenía por objeto garantizar que las asambleas permanecieran como foros creados para robustecer el debate público. En ambos países, las reglas adoptadas buscaban que ni el Poder Ejecutivo ni el Judicial pudieran sancionar a los legisladores por las alocuciones expresadas en la sede parlamentaria. Así había quedado establecido literalmente, tanto en el Bill of Rights británico de 1689²⁶ como en la Constitución estadounidense de 1787.

Ahora bien, con el paso del tiempo, algunas diferencias sustanciales se suscitaron a ambos lados del Atlántico respecto de la libertad de expresión de los parlamentarios, generando dos concepciones más o menos estables hasta el día de hoy. Desde luego, que el primer punto que se plantea a continuación se liga con el segundo párrafo del artículo 61 de la Constitución mexicana, que refiere a la inviolabilidad del recinto parlamentario.

La tradición británica había proclamado el establecimiento de una absoluta libertad de expresión dentro del recinto parlamentario (que cubría incluso a aquellos que no fueran miembros del Parlamento). Pero en México, aquella lectura no permeó de la misma manera. Ciertamente se retomó parte de la tradición estadounidense, que al final quedó plasmada, adicionalmente, en el artículo constitucional referido.

Derivado de la efervescencia independentista del nuevo continente, los antiguos colonos estadounidenses planteaban la necesidad de extender la libertad de expresión hacia fuera de las asambleas representativas como forma de reafirmar que la soberanía radicaba esencialmente en el pueblo.

Mejor dicho por Madison en 1794 en un discurso ante el Congreso: “si atendemos a la naturaleza del gobierno republicano, deberemos advertir que el poder de censurar lo ejerce el pueblo sobre el gobierno y no el Gobierno sobre el pueblo”.²⁷

²⁶En términos actuales, esta disposición concierne las opiniones que se expresen ante la respectiva cámara, por más ofensiva o injuriosa que pueda resultar frente a los individuos, o aun en aquellos casos en los que, de emitirse la opinión fuera del recinto de la cámara, constituiría un ilícito difamatorio inclusive desde el punto de vista criminal; sin embargo, en todo caso se ha puntualizado la obligación de los miembros del parlamento de ejercitar sus privilegios de manera responsable; en Erskine May's *Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, Lexis Nexis, Reino Unido, p. 95.

²⁷“If we advert to the nature of Republican Government, we shall find that the censorial power is in the people over the Government, and not in the Government over the people”, Sr. Joseph Gales (ed.), *The Debates and Proceedings in the Congress of the United States (Annals of the Congress of the United States)*, 1834, vol. 4/(24 vols.), p. 934.

El primer efecto que se provocó en las trece colonias fue el de imponer límites al legislador, a efecto de que éste no interfiriera innecesariamente en las libertades individuales, con una posibilidad correlativa otorgada al ciudadano para criticar las acciones de los representantes populares y de los miembros del gobierno. De los dos modelos descritos anteriormente, mientras los ingleses fortalecían la libertad de debate dentro de su asamblea parlamentaria, asignaban a la libertad de expresión fuera del recinto un grado de vulnerabilidad y restricción mucho mayor al que se vivía desde entonces en Estados Unidos.

Ahora bien, la total libertad que se otorgó en un inicio a los pobladores estadounidenses para criticar las acciones del Congreso no permaneció intocada. Luego de estos primeros años, siguió un animado debate entre quienes, como convencidos depositarios de la soberanía popular, insistían en la necesidad de ampliar al máximo la posibilidad de criticar al gobierno, y quienes entendían que al igual que en Inglaterra, debía concebirse al Parlamento como la manifestación prístina de la voluntad colectiva. Entre los partidarios de la soberanía popular (donde encontramos a Jefferson y al propio Madison), este último afirmaba en 1798 que las elecciones estadounidenses dependen de la igual libertad de examinar y discutir los méritos y deméritos de los respectivos candidatos. En su discurso añadía: "...no tiene sentido que quienes ya son congresistas y gozan de una absoluta libertad de expresión, puedan competir frente a otros individuos que, dada la restricción legal sobre su libertad de expresión, no podrían contender en términos de igualdad durante las elecciones. Tal efecto se extendería aun más teniendo en cuenta que la absoluta libertad de los congresistas pueda operar dentro, pero también fuera del recinto".²⁸

La retórica madisoniana no podía resistir al dominante argumento contra-mayoritario, heredado desde las instituciones británicas a las Colonias estadounidenses, siendo hasta 1965²⁹ cuando la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos volvió a plantear la disociación de niveles desiguales de la libertad de expresión.³⁰ Es entonces que se puede advertir que la expresión de diputados y senadores también es susceptible de ser restringida.

Los límites a la expresión de los legisladores

De los límites internos, que evidentemente se centran en la actividad de los órganos parlamentarios, se pueden referir a título indicativo las mociones de orden; la imposibilidad de usar lenguaje impropio e incluso la suspensión temporal de la función de algún diputado por conducirse inadecuadamente en el recinto. Evidentemente, los

²⁸ Jonathan Elliot (ed.), *The Debates in the Several State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution*, 1888, vol. 4(5), pp. 569, 575, 576.

²⁹ Véase en *New York Times vs. Sullivan*, 376 U.S., 254, 273-76, 282-83.

³⁰ Una revisión del caso en Harry Kalvin Jr, "The New York times case: a note on the 'Central Meaning' Of the First Amendment, *Supreme Court Law Review*, 1964, p. 91.

parlamentos han evitado llevar este control al plano de cada parlamentario que se encuentra fuera del recinto, aunque más por cuestiones prácticas.

Es pues en este plano externo que ningún actor (político o jurisdiccional) parecía autorizado a cuestionar la actuación de un diputado o senador. En el contexto estadounidense, prevaleció la imposibilidad de imponer restricción alguna a la libertad de expresión.

Esta situación quedó prácticamente sin cambios hasta mediados del siglo XIX. Fue apenas en los años de la Guerra Civil cuando el presidente Lincoln propuso al Congreso una ley de excepción que sancionaba con pena privativa de libertad a todo individuo que desconociera la existencia de la Unión de Estados, o a quien manifestara consideraciones pro-esclavistas.³¹ Aunque la disposición no se aplicaba de la misma manera a los representantes populares, la ley contemplaba la expulsión como miembro del Congreso a aquellos parlamentarios que incurrieran en la hipótesis de la ley antes descrita.³²

No era para menos desconfiar de esta justificación: afirmar que la libertad de expresión podía restringirse cuando pudiera producir una “mala tendencia” de las prácticas sociales. Con el tiempo, la percepción de los estadounidenses fue cambiando. Durante la Segunda Guerra mundial, cualquier persona (fuese o no legislador) podría pronunciarse sobre la bondad o maldad de una guerra, aunque quien debía ser castigado era el soldado desertor, y no el instigador de esas conductas.³³ De lo contrario, en tiempo de guerra, el gobierno podría válidamente declarar proscrita toda posibilidad de crítica.

En plena guerra de Vietnam, la Corte Suprema determinó que la Legislatura local de Georgia no podía impedir que un diputado recién electo asumiera su función dado que había favorecido medidas contra el reclutamiento en los jóvenes. La Corte expresamente rechazó los alegatos del estado de Georgia, donde se argumentaba que a los legisladores se les debía exigir un mayor grado de lealtad de lo que se debía exigir a cualquier ciudadano: “el poder estatal no puede ser utilizado para restringir el derecho de los legisladores de disentir de una política local o nacional, ni exponerse a que una mayoría de sus colegas juzguen su lealtad frente a la Constitución”.³⁴ De todos estos trazos de la tradición estadounidense, podemos continuar el análisis del marco normativo mexicano haciendo un contraste con el que se había venido interpretando de este lado del río Bravo hasta hace unos pocos años.

³¹Michael Kent Curtis, “Lincoln, Vallandigham and anti-war speech in the Civil War”, *William & Mary Bill of Rights Journal*, núm. 7, 1998, p. 105.

³²Esta ley fue aplicada contra Clement Vallandigham, militante racista que un año antes había dejado de ser congresista y que en ese momento llevaba a cabo su campaña para gobernador de Ohio. En un discurso pronunciado en Mont Vernon el 1 de mayo de 1863, criticaba la guerra emprendida por la federación y abiertamente abrazaba la causa sureña de dar por terminada esa guerra (“a wicked, cruel and unnecessary war; a war not being waged for the preservation of the Union; a war for the purpose of crushing out liberty and erecting a despotism; a war for the freedom of blacks and the enslavement of the whites. That if the administration had so wished, the war could have been honorably terminated months ago”), *idem*. La sanción impuesta se basaba en que su discurso se encuadraba en la declaración de sentimientos y opiniones desleales, encaminados a debilitar el poder del Gobierno Federal en sus esfuerzos de acallar la rebelión de los Estados del Sur.

³³*Bridges v. California*, 314 U.S. 252, 278 (1941).

³⁴*Bond v. Floyd*, 385 U.S.116 (1966).

Interpretación doméstica y supranacional sobre inmunidades

Detrás de valores tan fundamentales como la libre expresión pública de las ideas, que debe servir de constante entre diputados y senadores, las autoridades judiciales de nuestro país debieron aplicar de forma reiterada algunos criterios que quedaron plasmados en tesis jurisprudenciales de la Suprema Corte durante décadas.

Cabe señalar la manera en que dichos criterios se fueron formulando, al ritmo en que el trabajo del Poder Legislativo empezó a desmarcarse del Ejecutivo (recordemos que el esquema de gobiernos divididos inició en 1997). No es casualidad que el rol de los legisladores empezó a adquirir notoriedad dentro de las decisiones políticas más importantes del país. Para muestra, refiero un primer criterio que sirvió para disuadir a las autoridades jurisdiccionales locales y federales, que cumplieran su deber de no interferir indebidamente con el trabajo de los legisladores. Como parte que se entendía inherente a la inmunidad personal de los legisladores, la libertad de expresión permaneció, durante décadas, como criterio absoluto.

la inviolabilidad es una garantía de orden público, que resulta indisponible para el legislador a la que no puede renunciar con el fin de que la persecución judicial se inicie y, por lo mismo, deberá ser invocada de oficio por el juzgador, cualquiera que sea la fase en que se encuentre el juicio, esto es, cuando se llama al terreno jurisdiccional a un legislador para que responda civilmente de los *daños y perjuicios causados por las opiniones que vertió* y de los hechos expuestos, *se deriva que aquéllos pudieron haber ocurrido bajo las circunstancias en que opera la inviolabilidad*, y desde ese momento debe el Juez dilucidar tal cuestión, pues en el caso de que el examen sea positivo, *ni siquiera debe admitirse la demanda...*³⁵

Esta tesis de la Suprema Corte recoge un contenido que se venía aplicando años atrás, de forma sistemática por autoridades judiciales y administrativas de nuestro país; con el riesgo de interferir en las competencias soberanas del legislador, la lectura apuntada parecía difícil de revertir. Sin embargo, se puede también detectar cómo fue que esta tendencia empezó a cambiar en años recientes.

Contrastes del control convencional a la expresión de los parlamentarios

Las interpretaciones emanadas de jurisdicciones supranacionales pueden sin duda servir de parámetro de autoridad (el primero ilustrativo, el segundo vinculante) para nuestros tribunales nacionales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al analizar el alcance del artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos,³⁶ venía sosteniendo reiteradamente que la libertad de expresión constituye

³⁵*Amparo Directo en revisión 2214/98*. Ramón Sosamontes Herreramoro y otro. 24 de mayo de 2000. Cinco votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel (énfasis añadido).

³⁶Art. 10. Libertad de Expresión. (1.) Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de

uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su progreso y para la realización de cada individuo. En este sentido, la libertad de expresión no se aplica únicamente en relación con información o ideas que sean recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también respecto de aquellas que puedan ofender, alarmar o disturbar; ya que tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y la apertura ideológica sin las que no existe la sociedad democrática. De esta manera, dicho tribunal europeo ha sostenido que en términos del artículo 10 señalado, las excepciones a la libertad de expresión deben ser analizadas estrictamente, y la necesidad de su restricción debe establecerse de manera convincente.

No sobra decir que en aquel continente existe un ámbito muy estrecho de restricción, y que los límites de la crítica permisible se amplían tratándose de cuestiones relacionadas con el gobierno. En relación con un ciudadano o incluso un político, la existencia del sistema democrático implica que las acciones y omisiones del gobierno deban ser sometidas al escrutinio más severo, no únicamente por parte de las autoridades jurisdiccionales y legislativas, sino también por parte de la opinión pública.³⁷

Tampoco el sistema interamericano parecía proclive a limitar las expresiones del legislador en cuanto a sus contenidos. Según la opinión consultiva sustentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también condición *sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes pueden influir sobre la colectividad, puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no esté bien informada no es plenamente libre.³⁸

Pareciera entonces que en nuestro continente siguiera hasta hace poco vigente el predominio de una libertad sumamente amplia para la expresión de los legisladores, mientras que el paradigma dominante en Europa pareciera contrastando con una progresión del ámbito de aplicación de la responsabilidad política de los funcionarios y representantes populares. En aquel continente, los privilegios que tradicionalmente se

autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. (2.) El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

³⁷Véase por ejemplo: Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Karatas vs. Turquía*, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafos 48 y 50.

³⁸Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Colegación Obligatoria de Periodistas* (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, solicitada por Costa Rica, párrafo 70.

les habían conferido se han reducido de manera sostenida.³⁹ Tal efecto se debe a que el ciudadano se ha situado, gradualmente, en un plano de mayor cercanía frente a los órganos del Estado.

Cambios de rumbo interpretativo en México

Como ya se dijo, la libertad de expresión reconocida a los legisladores había sido interpretada como un criterio absoluto, que se extendía más allá de las opiniones o los votos emitidos por los legisladores. La garantía de continuidad del órgano justificaba entender un plano intocable a las inmunidades funcionales y personales a favor de los representantes populares.

Como consecuencia del apego a los criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte, citados previamente (que parecían incuestionables), los tribunales de las entidades federativas mexicanas reiteraban la lectura absoluta de la inmunidad de los legisladores, a cada nueva oportunidad. Para cualquier juez, todo legislador era intocable. Pero ciertamente, quedaban espacios por definir con mayor precisión respecto de las dos manifestaciones de las inmunidades. Uno de estos espacios se refería al ámbito físico o material en el que este régimen especial debía extenderse. Por su parte, para el ciudadano común se volvió prácticamente imposible imaginar que algún diputado o senador pudiera ser llamado a responder civil o penalmente; y ya no digamos por sus dichos o por sus votos, sino por sus actuaciones (o malas actuaciones) dentro y fuera de su tarea como legisladores. Cabe resaltar la resolución de dos sentencias relacionadas, que emitió la Suprema Corte de Justicia de la Nación en años recientes, para entender el replanteamiento que parece recaer en la comprensión de los linderos de las inmunidades de los parlamentarios.

En esta gama de percepciones sobre la posibilidad que detentan los legisladores para expresarse es que podemos situar un litigio iniciado en México por un anterior secretario de Gobernación luego de las elecciones presidenciales de 2006, que generó estas dos sentencias; una en 2010 y otra en 2014.

Amparo directo en revisión 27/2009 (de 22 de febrero de 2010)

Parafraseando la versión estenográfica de la sesión del Tribunal Pleno de 22 de febrero de 2010, se desprende este cambio de criterio en voz del ministro ponente, Juan Silva Meza, al plantear abiertamente una reversión del criterio predominante, que como decíamos, evitaba a toda costa cuestionar la absoluta libertad de expresión de los legisladores.

Manuel Bartlett Díaz, anterior secretario de Gobernación, ejerció la acción de reparación de daño moral en contra del diputado Germán Martínez Cáceres, fundando

³⁹Como ejemplo, el Tribunal Constitucional español resolvió en una sentencia de 1981 que las Asambleas de las Comunidades Autónomas no podían extender el régimen de protección de los diputados y senadores al ámbito de sus representantes a nivel regional (STC 36/1981).

su acción en el hecho de que durante la sesión del Consejo General del Instituto Federal Electoral (de 31 de mayo de 2006), participando como representante del Partido Acción Nacional, el diputado confrontó al ex-secretario, describiéndolo como el *artífice del fraude electoral de 1988*, y también como el *presunto homicida* del periodista Manuel Buendía, en 1984.

El Juez Décimo de lo Civil del Distrito Federal dictó sentencia definitiva, absolviendo al diputado Martínez por considerar que había justificado sus excepciones de ausencia de dolo o malicia efectiva y de falta de acción. Esta sentencia fue apelada por Bartlett.

La Décima Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, al resolver dicha apelación absolvió de nuevo a Martínez, considerando procedente la falta de legitimación pasiva en la causa, al gozar de la inviolabilidad parlamentaria consagrada en el artículo 61 constitucional. Bartlett promovió entonces juicio de amparo directo. Dando razón a sus agravios, el Séptimo Tribunal Colegiado del Primer Circuito determinó que la inviolabilidad parlamentaria no cobraba eficacia por el simple hecho de que Martínez tuviera el cargo de diputado federal al momento de la agresión verbal, por lo que ahora se le podría exigir que demostrara que tales opiniones presuntamente denigratorias habrían sido emitidas en desempeño de una labor legislativa.

Como lo indica la ley de amparo, el tribunal federal devolvió el expediente a la Sala [civil], quien no obstante, en su nueva sentencia, volvió a absolver al diputado Martínez; esta vez, por considerar que Bartlett carecía de legitimación procesal para demandar. Lo anterior, debido a que el carácter de diputado federal de Martínez no podía distinguirse de las calidades de representante del Partido Acción Nacional ante el IFE.

Inconforme, Bartlett interpuso recurso de revisión, que fue atraído por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para su resolución. Con base en los artículos 41, 61 y 73 constitucionales, el máximo tribunal del país tendría que pronunciarse sobre la aplicación de la inmunidad parlamentaria.

Contrariando por primera vez las interpretaciones que venían confirmándose sobre la absoluta libertad de expresión de los diputados, la Corte determinó que las expresiones del diputado no eran susceptibles de protección, en los términos literales de la inviolabilidad: "...si bien es cierto un parlamentario se encuentra facultado para intervenir en cualquier debate político, ello no significa que dicha intervención constituye el desempeño de la labor parlamentaria, pues para ello tendría que determinarse, en todo caso, por el contexto y que se trate y por el foro en que se realice, si actúa en ejercicio de las atribuciones del órgano parlamentario o si interviene, como lo haría cualquier ciudadano".

Así, la Corte reconoció que aunque la absoluta libertad del legislador había parecido indiscutible, tenía que imperar al final un cambio en la percepción de la libertad de expresión de los legisladores, estableciendo por primera vez un rango protector (que va de la total protección a la restricción a determinados casos). En suma, se determinó que las expresiones ante el IFE bien podrían ser objeto de un juicio de daño moral. Y si bien no se entró al fondo de la cuestión (sobre la magnitud de las supuestas injurias contra Bartlett), la sentencia de la Suprema Corte ordenó que dicho juicio civil se

podiera llevar a cabo. La segunda sentencia, resuelta cuatro años después, tiene que ver con ese segundo juicio.

Amparo directo en revisión 284/2011 (de 21 de noviembre de 2012)

En esta segunda resolución (que fue derivada de la anterior), Germán Martínez fue absuelto del pago de compensación por daño moral por sus dichos contra Manuel Bartlett, debido a que al ser este último funcionario público, debía entenderse sujeto de un grado más profundo de escrutinio que el que debe procurarse por el derecho al honor de un ciudadano común. Este estándar que a partir de ahora asume el derecho mexicano, implica un sistema de protección individual de dos parámetros.

El argumento central de la sentencia descartó por completo el argumento de la inviolabilidad absoluta, y en cambio, se centró en la ponderación entre el derecho al honor y la libertad de expresión. La veracidad o falta de ella, en la expresión analizada por el tribunal, no puede consistir en un ataque a la libertad de información. La veracidad de los contenidos es un elemento limitado a los profesionales de la información. No pasa de ser una opinión emitida dentro del contexto de un debate político.

El quejoso no acreditó el estándar definido por la Corte como “malicia efectiva”. No fue posible determinar que las expresiones analizadas lo fueran para dañar frontalmente a este presunto agredido. De esa forma, la Suprema Corte determinó sin embargo que la dificultad de calificar una injuria o un insulto sobrepasando el derecho a expresarse o a exigir cuentas a los funcionarios y representantes populares planteaba un riesgo de dejar al tribunal la apreciación de un elemento totalmente subjetivo. ¿Dónde terminaría la difamación y empezaría la vejación?

Aunque estas preguntas exceden el objeto de la inviolabilidad de los parlamentarios, la decisión es relevante en la medida en que determinó que la libertad de expresión debe permanecer en una posición preferente en tanto se ejerza en conexión con un asunto de interés general, como la discusión en el Consejo General del IFE. Es sobre este último punto en donde existen elementos que de nuevo se ligan con el análisis de la inviolabilidad de los parlamentarios.⁴⁰ De esta manera, se determinó por primera vez que la autonomía de órganos constitucionales (como el IFE) no debe entenderse como equiparable a la inviolabilidad de los legisladores.

Entonces, la Corte concluyó que la función del representante del Congreso y de los partidos ante el Consejo General del IFE no tiene carácter legislativo sino administrativo; se entendía como revocado lo resuelto por la Sala [civil] del Tribunal del DF en el toca de apelación 922/2007/5, donde se afirmaba que “el demandado emitió opiniones en su calidad de diputado federal”. De esta suerte, quedó determinado que la inviolabilidad no llega hasta allá. Si un diputado o senador ocupa un asiento en el referido Consejo General, en ese momento, debe entenderse que forma parte de otro colegio, de una asamblea que no es ni la Cámara de Diputados ni el Senado. El Con-

⁴⁰Dado que en el Consejo General del IFE los representantes de los partidos y/o los del Congreso tienen voz pero no voto, una opinión parlamentaria o partidista no puede invadir la esfera administrativa de las decisiones del IFE. En nuestro orden constitucional, la presencia de estos representantes fue establecida en el artículo 41 con el propósito de informar a los ciudadanos que fungen como Consejeros y que tienen derecho a votar.

sejo General del IFE es un foro ciudadano. Y aunque la realidad lo ha convertido en un foro político-partidista, los partidos no pueden utilizar este foro para hacer proselitismo ni capitalizar políticamente el espacio mediático.

* * *

El viraje en que se inscribió nuestra Suprema Corte tras las dos resoluciones aludidas (que más bien puede plantearse como resultado de una evolución jurisdiccional normal) surge al menos de dos situaciones que se anuncian como procesos con explicaciones propias, unos distantes de la actualidad y otros, más bien recientes.

Primero, de la voluntad constitucional heredada de la Revolución Francesa consistente en hacer efectivo el principio de igualdad de todos ante la ley; y en segundo lugar, al reposicionamiento del centro de gravedad del derecho internacional e interno, que se desplazan desde el Estado hacia el individuo (lo cual da muestra de un Soberano que devuelve poder al ciudadano, que como sujeto de derechos amplía gradualmente su ámbito de actuación). La responsabilidad civil y penal a la que pueden estar sometidos los ciudadanos, los representantes populares y los funcionarios públicos tiende a acercarse.⁴¹ En conclusión, las democracias tienden a restringir el ámbito de las inmunidades personales, evitando que el legislador pretenda confundir la inviolabilidad con un espacio de impunidad, en tanto refuerzan el ámbito de las inmunidades funcionales o materiales en beneficio de la libre expresión de los legisladores, de reafirmar el sentido de sus votos y de contribuir al funcionamiento adecuado del órgano representativo.

⁴¹Genevieve Giudicelli, "Justice pénale et décisions politiques", *Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé*, núm. 2, junio 2003, pp. 247-249.

Designación de los ministros de la scj en México

Introducción

En la medida en que los máximos tribunales se convierten en actores políticos protagónicos la designación de sus miembros pasa a ser un acontecimiento público, y México no es la excepción.

Justamente, debido a la relevancia política de estos tribunales, la forma de elección de los ministros ha recibido atención académica también. Existe consenso en afirmar que el proceso de designación de los ministros de los máximos tribunales tiene especial relevancia para comprender el comportamiento de los mismos, y sobre todo sus formas de relación con los otros poderes y la sociedad.

La designación de los miembros de los máximos tribunales es un mecanismo de control ex ante de estos órganos; una manera de reclutar a personas alineadas con las agendas de quiénes designan.

El análisis comparado permite identificar diferentes modelos de nominación y designación. Algunos otorgan máxima libertad al Poder Ejecutivo para la designación de los ministros; otros lo restringen a través de designaciones encargadas a organismos meritocráticos o bien son definidas a través del voto popular. Entre estas opciones encontramos diferentes combinaciones de participación de poderes políticos o técnicos con mayor o menor formalización de la vigilancia pública.

Sin embargo, más allá del valor expresivo de estas formas de designación acerca de la concepción del poder y la justicia en un orden político, está claro que es el contexto político y social el que dota de contenido a estos diseños. No es lo mismo elegir ministros en un contexto autoritario con concentración política, que hacerlo en uno democrático con un espacio político frag-

Sumario

Introducción	1051
Comprender los procesos de designación de ministros.	1052
La designación de ministros en un sistema autoritario en la transición a la democracia y en la postransición	1055
La evolución de los mecanismos de designación	1056
Conclusiones.	1063
Bibliografía	1064

mentado. El caso de México desde 1917 hasta nuestros días es ilustrativo porque ha pasado de ser un régimen autoritario a una democracia electoral.

En este estudio se considerará la forma de nominación y designación de los ministros ~~el~~ resultado de las necesidades del régimen político en diferentes momentos. Se presentan los diferentes modelos de designación de los ministros a lo largo de los cambios en el régimen, desde la entrada en vigor de la Constitución de 1917 hasta la última reforma en la materia que tuvo lugar en 1994. Se planteará que el modelo de designación de ministros vigentes es un resabio del proceso de liberalización política durante el gobierno autoritario pero que no se adapta a los requerimientos del proceso político democrático, en la medida en que otorga al presidente capacidad para manejar las ternas de candidatos y la última palabra en caso de disidencia, y no contempla mecanismos de consulta institucionalizados con la sociedad.

Este estudio se estructura como sigue: en primer lugar, se hará una revisión de las diferentes formas de designación de ministros y los debates relacionados con el tema; en segundo, ~~lugar~~ se presentarán las dimensiones de análisis del proceso de designación de acuerdo con la revisión de literatura y los sistemas clasificatorios presentados; en tercer lugar, se realizará una revisión de los mecanismos de designación de ministros del máximo tribunal desde 1917 hasta hoy; en cuarto, ~~a~~ su adecuación a los cambios en el régimen político, y finalmente, se presentarán las conclusiones derivadas del análisis.

Comprender los procesos de designación de ministros

Los procesos de designación de los miembros de los máximos tribunales ha recibido atención en el campo de la ciencia política y la teoría política. Mientras que en la primera la aproximación es positiva, los trabajos abordan las diferencias que existen entre los mecanismos de selección en diferentes países, la disputa entre poderes por la selección de los postulantes, los mecanismos informales para mantener una corte acorde, etcétera; en la segunda, las preocupaciones son normativas, y responden a la pregunta: ¿cuál es el mejor sistema de designación de acuerdo a los valores y principios que se quieren garantizar? Por ejemplo; la democracia, los derechos de ciudadanos, la descentralización del poder, etcétera.

Desde esta perspectiva, que es la que se adopta en este estudio, se asume que, cuando los procesos de designación son políticos o a través del voto popular, éstos suponen un juego político intenso entre las partes intervinientes. En pocas palabras, es un proceso político que implica negociación entre partes y que busca la selección de un candidato que mejor represente los requerimientos de la agenda de quién designa en un determinado momento. Dado que en México desde 1917 han predominado mecanismos de nominación y designación políticos, nos concentraremos en las particularidades de éstos.

En todos estos casos se considera el proceso de designación política de los ministros como uno en el cual lo que está en juego es la capacidad de control *ex ante* del

máximo tribunal,¹ (Brinks, 2009), proceso que por su importancia supone un alto grado de disputa respecto de a quién se nombra y posteriormente cómo se los designa (Epstein y Segal, 2005). Esta modalidad de control puede ser vista como un mecanismo de reducción de riesgos y costos *ex post*, como la destitución de ministros a través de juicios políticos.

Es un proceso en el que se determina quiénes serán los máximos jueces de un país, sus preferencias y perfil. Sin embargo, las reglas para articular este mecanismo de control no pueden comprenderse a cabalidad sin tomar en cuenta las necesidades del sistema y el lugar que ocupa el máximo tribunal de justicia en éste.

Numerosa literatura se ha concentrado en el análisis de la política formal e informal en el proceso de selección en los Estados Unidos (Binder y Maltzman, 2009); sin embargo, la importancia que han adquirido los poderes judiciales a nivel mundial ha llevado a extender la preocupación por el tema a otros tipos de regímenes políticos e incluso a democracias menos estables y con otros diseños institucionales (Clark, 2010; Hirschl, 2009; Llanos y Schibber, 2008; Montoya, 2013).

Desde una perspectiva positiva, además del interés por las reglas de designación y nominación, se asume que la manera en que ésta opera depende del contexto político, autoritario o democrático, y en específico del grado de fragmentación y de las necesidades en diferentes momentos.

Si bien en funcionamiento de los poderes judiciales en las nuevas democracias ha recibido atención creciente, el rol de estas instituciones en regímenes autoritarios ha sido un nuevo foco de atención (Ginsburg y Moustafa, 2008; Schedler, 2010). En ambos casos, el supuesto de partida es que las cortes son actores importantes en diferentes tipos de regímenes, dejando de lado la asunción de que en regímenes autoritarios o en democracias “iliberales” estas instituciones son una extensión mecánica de las preferencias del gobierno. En América Latina, los casos de Chile, Argentina y Brasil durante dictaduras militares son un ejemplo del rol que pueden asumir los máximos tribunales en estos regímenes y la importancia de los procesos de designación de sus miembros (Hilbink, 2007; Iaryczower, Spiller, y Tommasi, 2002), o México (Magaloni, Beatriz, 2008) han recibido atención y a partir de los mismos se han desplegado diferentes explicaciones.

Más allá de estos matices el mecanismo de selección de ministros del máximo tribunal se considera central en la medida en que existe la expectativa de que permitirán seleccionar a los jueces “adecuados” para las necesidades del régimen. El disciplinar a la burocracia, la legitimidad, el control de las élites, etcétera, en los regímenes autoritarios (Ginsburg y Moustafa, 2008) o resolución de diferentes conflictos entre diferentes actores en regímenes políticos pluralistas.

En contextos de democracias iliberales, de regímenes autoritarios, así como de democracias recientes, los sistemas de selección de ministros han recibido atención. La referencia a mecanismos informales para incidir en la selección, como por ejemplo;

¹D. M. Brinks, “Faithful Servants of the Regime-The Brazilian Constitutional Court’s Role under the 1988 Constitution”, en *APSA 2009, Toronto Meeting Paper*.

el aumento del número de miembros del tribunal, su disolución o bien la manipulación de la postulación de candidatos constituyen algunas de las prácticas que se han atendido (Chavez, 2004).

Este grupo de estudios en general analiza el juego político entre el presidente y los poderes políticos involucrados en los nombramientos, así como el grado de fragmentación política. En primer lugar, se toman en cuenta los poderes del presidente para lograr que el candidato nominado sea electo, por ejemplo; contar con la mayoría legislativa necesaria, o con el liderazgo de las comisiones adecuadas, y por otra parte la capacidad de negociación con los partidos de oposición respecto de los puestos en disputa (Llanos y Schibber, 2008).

Por su parte, desde los estudios normativos la principal preocupación ha estado vinculada con el tipo de métodos de designación y evaluación de acuerdo con parámetros normativos, como por ejemplo; su contribución a la rendición de cuentas o el grado de autonomía que garantizan. Son estudios que de alguna manera buscan reflejar la diversidad de modelos existentes y realizar una evaluación de los mismos de acuerdo con el grado de diversidad de actores intervinientes en el proceso y el tipo de diálogo entre las instancias que proponen.

En este sentido, siguiendo a Linares (Linares, 2008) encontramos diferentes modalidades, que van desde la elección política hasta el concurso meritocrático pasando por la elección popular. Cada una de estas modalidades supone no sólo opciones respecto de los grados de independencia deseables en un juez de máxima instancia, sino también una opción por determinadas formas de rendición de cuentas. De acuerdo con esta perspectiva el mejor método de selección, desde el punto de vista democrático, es el que combina la máxima independencia con la máxima rendición de cuentas a la ciudadanía.

La designación por concurso es positiva en cuanto a la independencia pero negativa en cuanto a la rendición de cuentas ciudadana. Mientras un juez seleccionado por sus méritos de manera “objetiva” no tiene necesariamente lazos de favores en la medida en que son elegidos por su capacidad. Esto no necesariamente supone rendición de cuentas ciudadana en la medida en que sólo valora un criterio: el mérito, pero no otros como la filosofía judicial, la ideología política, la trayectoria profesional, las virtudes judiciales, el género, etcétera.

La designación popular por su parte, es un método que maximiza la rendición de cuentas ciudadana, pero minimiza la independencia en la medida en que hace depender las decisiones de cierto grado de representatividad de la voluntad popular.

Finalmente, la designación política hace referencia a los mecanismos de elección de jueces en los que intervienen uno o más órganos representativos, como en el caso de México o Argentina, el Poder Ejecutivo y el Senado. En este proceso de selección, la designación puede depender de una sola instancia: el Congreso, o de dos instancias: el Poder Ejecutivo y el Congreso. En cada uno de estos casos los grados de independencia y rendición de cuentas dependerán de la distribución del poder político en el Congreso, y su alineación respecto del partido del presidente, por una parte; y por la otra, de la cantidad de magistrados que se designen al mismo tiempo.

Adicionalmente, es importante destacar que existen formas híbridas, en las que se prevé la de participación de la sociedad en los procesos de nominación o en los de designación. Entre los primeros la presentación de las candidaturas para escuchar las objeciones por parte de la sociedad civil es una modalidad adoptada en Argentina desde 2003. Por otra parte, la participación de la sociedad civil a través de la elaboración de preguntas en el proceso de designación también es un mecanismo utilizado.

Luego de esta revisión es claro que, más allá del enfoque, estos mecanismos están profundamente politizados en la medida en que, independientemente de las características del sistema político, los máximos tribunales ejercen una función política que no puede desconocerse. La existencia de una separación entre la instancia que nombra y la que designa no puede soslayarse y abre el espacio a múltiples conflictos, disensos y negociaciones.

En este sentido, los mecanismos de selección de los jueces pueden considerarse como formas de control ex ante a fin de lograr la alineación de las posiciones de éstos con la de quienes los designaron. Es en este sentido que adquieren importancia tanto las reglas formales como las informales que operan en los procesos de designación que, como ya se plantearán, son sin lugar a dudas un espacio en el que el nivel de fragmentación política importa.

Desde el punto de vista normativo, por su parte, se pueden identificar una diversidad de modelos que combinan de manera variada la tensión entre la aspiración de independencia y la de rendición de cuentas por parte de los miembros de los máximos tribunales. En función de estos modelos se caracterizará a los ministros de la Suprema Corte de Justicia mexicanos en los diferentes momentos del sistema político entre 1917 y la actualidad.

A continuación se presentarán las categorías a partir de las cuales se analizarán las modificaciones del proceso de designación en México en relación con los cambios en el sistema político.

La designación de ministros en un sistema autoritario en la transición a la democracia y en la postransición

De acuerdo con los objetivos de este estudio, dos son las categorías de análisis principales: modificación de los mecanismos de nominación y designación de los miembros de la Suprema Corte de Justicia (SCJ) en México y cambios en el sistema político.

Respecto de la primera categoría se tomarán en cuenta los diferentes modelos de nominación y designación que se han presentado entre 1997 y 2016. A fin de definir los modelos se tomará como parámetro la distinción realizada por (Linares, 2008) acerca de los diferentes métodos de designación y nominación. Como veremos, lo que observamos en México son variaciones sobre el modelo de designación política en diferentes contextos políticos.

La segunda categoría es la que hace referencia al sistema político mexicano. De acuerdo con esta perspectiva en México tuvieron lugar dos regímenes políticos: uno autoritario resultado del proceso político posterior a la Revolución Mexicana y uno democrático cuyo punto de partida se considera la alternancia política de 2000 (Valdés Ugalde,

2010), a través de un proceso considerado de transición democrática el que se considera que la reforma política de 1977 estuvo orientada a aumentar el pluralismo en el sistema político.

Como se podrá observar a continuación, la totalidad de las reformas concernientes a la designación de los ministros de la Suprema Corte de Justicia tuvieron lugar durante el periodo autoritario o el proceso de transición democrática.

Existe acuerdo en identificar que, con posterioridad a la Revolución Mexicana, el régimen autoritario en México tuvo varios periodos: el conocido como régimen de la Revolución Mexicana, que se extendió entre 1920 y 1940, que inicia con el levantamiento militar de Álvaro Obregón y finaliza con la incorporación de las organizaciones sociales al partido oficial al final del gobierno de Lázaro Cárdenas; el periodo post-revolucionario que inicia en 1940 en que se prioriza el crecimiento económico por sobre la equidad y se consolida la centralidad del partido hegemónico alineado con el presidente; un periodo de liberalización política y económica a partir de finales de la década de los años setenta y principios de los 80 y finalmente el periodo democrático posterior a 2000 (Meyer, 1998; Meyer, Segovia, & Lajous, 1978).

Como veremos en el próximo apartado, la mayor parte de las reformas a los procesos de nominación y designación de los miembros de la Suprema Corte de Justicia tuvieron lugar durante el régimen autoritario o en el periodo de transición a la democracia. Si asumimos con los estudiosos de los regímenes autoritarios que una de las principales dinámicas políticas está vinculada con el control de la élites del régimen y el rol de las cortes con la resolución de conflictos individuales de las personas, la legitimación del régimen y el equilibrio entre las élites, entonces deberíamos esperar que la designación de los miembros de la Suprema Corte de Justicia se ajuste a este rasgo, otorgando al presidente un lugar central en el proceso. A continuación se analiza la evolución de los mecanismos de designación en México.

La evolución de los mecanismos de designación

En este apartado se realiza el rastreo de la evolución de los mecanismos de selección y nominación. Para esto se hará una revisión de la redacción original y las reformas de los artículos 95 y 96 constitucionales. El primero referente a los requisitos para ser miembro de la Suprema Corte de Justicia en el país y el segundo el procedimiento establecido de nominación. Es interesante notar que estos artículos tuvieron dos reformas a su redacción original; una en el periodo de la Revolución, tal como lo hemos denominado y otra en el periodo de transición a la democracia.

¿Quiénes pueden ser ministros?

Los requisitos para ser miembro del máximo tribunal no han cambiado significativamente en los casi 100 años de promulgada la Constitución Política de los Estados

Unidos Mexicanos. No obstante, las modificaciones realizadas estuvieron orientadas a reforzar la experiencia profesional y el distanciamiento de los nominados de actividades políticas inmediatas, a fin de avanzar en el establecimiento de fronteras más claras entre las funciones jurídicas y las políticas al interior del gobierno.

El perfil buscado, en consonancia con el de muchos otros países, incluye un requisito de nacionalidad, uno de edad, uno de profesión, uno de reputación y uno de residencia. Más recientemente se ha integrado un requisito de no vinculación inmediata con cargos políticos, consonante con los objetivos buscados en 1994 de constituir a la Suprema Corte de Justicia en árbitro de los conflictos políticos del país, y la preferencia por una trayectoria judicial o jurídicas destacadas.

El requisito de *nacionalidad* se ha mantenido en el tiempo y estipula como condición el ser mexicano por nacimiento y tener pleno ejercicio de los derechos políticos y sociales.

El requisito de *edad* ha tenido modificaciones aunque siempre se estableció un piso de 35 años. No obstante, en la reforma de 1934 se estableció un techo de 65 años para la elección; condición que se modificó para volver a la intención original en 1994.

El requisito de *profesión* ha tenido cambios, aunque el denominador común es la necesidad de ser abogado, y lo que se ha modificado es la experiencia necesaria. La tendencia en este caso ha sido hacia la exigencia de una mayor experiencia en la profesión legal para ocupar un puesto en el máximo tribunal. Mientras que en la reforma de 1934 se requerían 5 años de experiencia en la de 1994 se requieren 10.

El requisito de *residencia* pone como condición un número de años de estadía continuada en el país. Este requisito originalmente de 5 años, con la única excepción de haber prestado servicio a la República por un tiempo menor de 6 meses, se redujo en 1994 a dos años sin ningún tipo de excepción. Es interesante notar que el incumplimiento de este requisito por haberse desempeñado como embajador en los Estados Unidos, además de otras razones, se esgrimió frente a la nominación y designación de actual ministro Eduardo Medina Mora en 2014.

El requisito de *reputación* se ha mantenido vigente vinculándolo con la ausencia de causas penales de más de un año de prisión, excepto en los casos en que se tratara de fraude, robo, falsificación o abuso de confianza, los cuales se consideran motivo de inhabilitación.

Por último, no puede dejar de destacarse que en la última reforma en la materia se adicionó un párrafo de la mayor importancia, en la medida en que establece preferencia por dos tipos de trayectorias en los ministros: haber servido con eficiencia, capacidad y probidad en la impartición de justicia, preferencia que se relaciona directamente con una preferencia por miembros del propio Poder Judicial; y “la honorabilidad, competencia y antecedentes profesionales en el ejercicio de la actividad jurídica”(art. 95),² lo cual hace referencia, de manera difusa, al perfil de candidato externo al Poder Judicial al que se apunta.

²El art. 95 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece: “Los nombramientos de los Ministros deberán recaer preferentemente entre aquellas personas que hayan servido con eficiencia, capacidad y probidad en la impartición de justicia o que se hayan distinguido por su honorabilidad, competencia y antecedentes profesionales en el ejercicio de la actividad jurídica.”

Esta condición también ha sido motivo de debate en las últimas tres nominaciones en las que resultaron electos dos ministros externos al Poder Judicial (Eduardo Medina Mora y Javier Laynez) y una de carrera judicial (Norma Piña). En el caso de la designación del ministro Medina Mora, la discusión estuvo vinculada con los antecedentes profesionales en la actividad jurídica. Por su parte, en la designación de los ministros que ocuparon los lugares de Olga Sánchez Cordero y Juan Silva Mesa, no sólo estuvo vinculada con la trayectoria profesional (la campaña #Una Corte sin Cuotas ni Cuates³ es un ejemplo de ello), sino también desde el Poder Judicial se tomó esta referencia constitucional para impulsar la designación de personas de carrera judicial. En un posicionamiento atípico, por ejemplo, la Asociación Nacional de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito del Poder Judicial de la Federación solicitó al presidente de la República considera en la integración de las ternas de candidatos a “personas que preferentemente hayan servido con eficiencia, capacidad y probidad en la impartición de justicia, lo que es fundamental en este momento histórico” antes que personas que destaquen por su influencia política.⁴

Si bien en los últimos años es sabido informalmente que unas de las principales tensiones respecto de la nominación está vinculada con la trayectoria judicial o no, y la influencia que pueda ejercer la Suprema Corte de Justicia en el proceso de conformación de la terna, es de esperar que, dado el grado de visibilidad que adquieran estas disputas acerca de quién tiene mayor influencia en la nominación, se incrementen.

En este sentido, especial mención merece la discusión acerca de la incorporación de una cuota de género en la conformación de la Suprema Corte de Justicia. Es interesante notar que si bien no han sido aprobadas existen iniciativas parlamentarias para incorporar una medida de acción afirmativa a favor de las mujeres en la composición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Desde 2009 se registran cinco iniciativas parlamentarias (un punto de acuerdo y cuatro propuestas de reforma constitucional) orientadas a garantizar la participación de las mujeres en el máximo tribunal (Quero, Dalila, 2014). Es interesante puntualizar que estas iniciativas fueron impulsadas por representantes mujeres del Partido Acción Nacional, Partido Nueva Alianza, Partido Revolucionario Institucional y Partido de la Revolución Democrática, pero ninguna ha sido aprobada.

Habiendo analizado los requisitos para la nominación, a continuación se analizarán los correspondientes al proceso de nominación y selección.

Nominación y selección de Ministros de la Suprema Corte de Justicia

En el apartado anterior se ha prestado atención a la evolución de los requisitos para poder ser designado ministro de la Suprema Corte de Justicia. Aquí el foco estará

³Javier Corral, “Por una corte sin cuotas ni cuates”, *El Universal*, 13/10/2015, en <http://www.eluniversal.com.mx/entrada-de-opinion/articulo/javier-corral/nacion/2015/10/13/por-una-corte-sin-cuotas-ni-cuates>

⁴Aristegui noticias, “Candidatos a Ministros de la SCJ deben tener trayectoria judicial: Jueces y magistrados a EPN”, *El Universal*, 29/09/2015, en <http://aristeguinoticias.com/2909/mexico/candidatos-a-ministros-de-scn-deben-tener-trayectoria-judicial-magistrados-y-jueces-a-epn/>.

puesto en los mecanismos de nominación y de designación de los candidatos. De acuerdo con la clasificación de (Linares, 2008), en México se han presentado variaciones del modelo de designación política. No obstante, en 1928 se observa un cambio radical en el modelo. La redacción original de la constitución de 1917 establecía:

Los miembros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación serán electos por el Congreso de la Unión en funciones de Colegio Electoral, siendo indispensable que concurren cuando menos las dos terceras partes del número total de diputados y senadores. La elección se hará en escrutinio secreto y por mayoría absoluta de votos. Los candidatos serán previamente propuestos, uno por cada Legislatura de los Estados, en la forma que disponga la ley local respectiva.

Si no se obtuviere mayoría absoluta en la primera votación, se repetirá entre los dos candidatos que hubieren obtenido más votos.⁵

De acuerdo con él, la designación de ministros de la Suprema Corte de Justicia era una facultad del Congreso constituido en Colegio electoral, a partir de nominaciones de candidatos realizadas por las legislaturas de los estados.

La modalidad adoptada otorgaba las facultades al Poder Legislativo, y desplazaba del proceso de selección al Ejecutivo. De esta manera, México se distanciaba del modelo de nominación y selección de los Estados Unidos, en el cual nombra el presidente y designa el Senado, modelo que fue adoptado en otros países de la región, como por ejemplo, Argentina.

Es interesante notar que la discusión durante el Congreso Constituyente de 1917 se concentró entre quienes defendían la elección popular de los miembros del máximo tribunal y quienes por su parte proponían un método indirecto de selección que fue el que prevaleció (Cossío, 2001).

Sin embargo, poco más de una década después, en 1928, el modelo cambió radicalmente, otorgando la facultad de nominación al Poder Ejecutivo, y la de designación al Senado de la República.

Es importante mencionar en este caso que la redacción del texto constitucional también desarrolla reglas precisas de decisión en caso de que el Senado no aprobara la nominación en un tiempo prudencial.⁶ Establecía un sistema de incentivos para no

⁵Véase <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>.

⁶Art. 96. “Los nombramientos de los Ministros de la Suprema Corte, serán hechos por el Presidente de la República y sometidos a la aprobación de la Cámara de Senadores, la que otorgará o negará esa aprobación, dentro del improrrogable término de diez días. Si la Cámara no resolviera dentro de dicho término, se tendrán por aprobados los nombramientos. Sin la aprobación del Senado, no podrán tomar posesión los Ministros de la Suprema Corte nombrados por el Presidente de la República. En el caso de que la Cámara de Senadores no apruebe dos nombramientos sucesivos respecto de la misma vacante, el Presidente de la República hará un tercer nombramiento que surtirá sus efectos desde luego, como provisional, y que será sometido a la aprobación de dicha Cámara, en el siguiente periodo ordinario de sesiones. En este periodo de sesiones, dentro de los primeros diez días, el Senado deberá aprobar o reprobar el nombramiento y si lo aprueba o nada resuelve, el Ministro nombrado provisionalmente continuará en sus funciones con el carácter de definitivo. Si el Senado desecha el nombramiento, cesará desde luego en sus funciones el Ministro provisional, y el Presidente de la República someterá nuevo nombramiento a la aprobación del Senado, en los términos señalados.” (Reforma constitucional 20 de agosto de 1928), disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>.

demorar las designaciones en la medida en que establecía un plazo de 10 días para su consideración y, por otra parte, establecía la necesidad de la aprobación del Senado para designar a un ministro.

En el diseño tal como estuvo planteado es notorio que la última palabra la tenía el Senado, al punto de poder revocar un nombramiento provisional realizado por el presidente.

La última reforma constitucional de 1994,⁷ mantiene el esquema anterior aunque fortalece la posición del Ejecutivo tanto en el proceso de nominación como en el de designación. En relación con la nominación, establece que el Poder Ejecutivo debe presentar una terna de candidatos al máximo tribunal. Por su parte, el Senado debe designar a alguno de los nominados previa comparecencia de los mismos, en un plazo de 30 días por mayoría calificada de dos terceras partes de los miembros presentes. Si rechazara la terna, el presidente debe enviar una segunda, y en caso de volver a rechazarla el presidente designará a uno de los integrantes.

Esta modalidad de elección de ministros ha sido cuestionada recientemente. Por una parte, la nominación en ternas ha recibido críticas porque lleva al presidente a conformar ternas en que claramente destaca el favorito, por lo que los márgenes de decisión del Senado se restringen y, por otra parte, se ha criticado la necesidad de contactos políticos de los nominados con el Senado para tener posibilidades de elección (Elizondo Mayer-Serra y Magaloni, 2010).

En pocas palabras, los procesos de nominación y designación de ministros de la Suprema Corte de Justicia, muestran un cambio relevante en la concepción de distribución del poder a favor del Ejecutivo, lo que se agudizó en la reforma de 1994.

A continuación se hará referencia al contexto político en el que tuvieron lugar estas reformas constitucionales.

La Suprema Corte de Justicia en el autoritarismo y en la democracia

Los estudios sobre política judicial son claros al señalar que los procesos de nominación y designación de los miembros de los máximos tribunales implican un intenso juego político tanto en regímenes autoritarios como en los democráticos.

Las reformas reseñadas dan cuenta de esto. Estrictamente hablando los requisitos y modelos de nominación y selección de aspirantes a la Suprema Corte de Justicia fueron ajustados durante el régimen autoritario, que fueron los que tuvieron lugar entre 1917 y

⁷Art. 96 “Para nombrar a los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, el Presidente de la República someterá una terna a consideración del Senado, el cual, previa comparecencia de las personas propuestas, designará al Ministro que deba cubrir la vacante. La designación se hará por el voto de las dos terceras partes de los miembros del Senado presentes, dentro del improrrogable plazo de treinta días. Si el Senado no resolviera dentro de dicho plazo, ocupará el cargo de Ministro la persona que, dentro de dicha terna, designe el Presidente de la República. En caso de que la Cámara de Senadores rechace la totalidad de la terna propuesta, el Presidente de la República someterá una nueva, en los términos del párrafo anterior. Si esta segunda terna fuera rechazada, ocupará el cargo la persona que dentro de dicha terna, designe el Presidente de la República.” Reforma constitucional del 31-12-1994, disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>.

1994. Sin embargo, las mismas reflejan las necesidades de diferentes momentos del régimen autoritario. En lo que sigue se dará cuenta de la relación entre los momentos políticos y las reformas al proceso de selección de los miembros del máximo tribunal.

La Constitución de 1917 es el resultado de la Revolución Mexicana y permitió estabilizar las diferencias entre las diferentes facciones de ésta. No resulta extraño, en este sentido, que el poder de nominación y designación descansan en órganos legislativos, federales y locales. La designación de ministros es una función del pacto federal y de la representación política en las cámaras del Congreso.

No obstante, cuando el régimen de la Revolución Mexicana comienza a operar con la primera insurrección militar triunfante; la de Álvaro Obregón, la modalidad de designación de miembros del máximo tribunal cambia radicalmente. Es notable la transferencia del poder al Ejecutivo con anuencia del Senado, en un momento en que se consolida la figura del presidente por sobre la del Poder Legislativo.

Es interesante notar que este modelo es el que sobrevive durante todo el periodo post-revolucionario en el momento de auge del presidencialismo de partido hegemónico. En el momento en que el presidente se convirtió en jefe del partido hegemónico y que este último, a su vez, incorporó a las principales organizaciones sociales la función de la Suprema Corte de Justicia, por supuesto, no fue la de dirimir conflictos políticos. Éstos se dirimían a través de otros canales, pero el máximo tribunal operó como espacio para incorporar a miembros de la élite y disciplinar a las instancias inferiores del Poder Judicial y de la burocracia (Ginsburg y Moustafa, 2008; Magaloni, Beatriz, 2008). Es claro en esa época en que las fronteras entre la política y la justicia eran difusas, que los miembros del máximo tribunal fueran políticos. Es notable durante esta época la movilidad de los miembros de la Suprema Corte de Justicia hacia cargos políticos. Como sostuvo José Ramón Cossío, ser miembro de la Suprema Corte de Justicia no implicaba el cierre de una carrera jurídica, sino un escalón en la carrera política (Cossío Díaz, 1996).

Esta modalidad de selección en un contexto político en el que el partido hegemónico dominaba los poderes del Estado y las principales organizaciones, en que no existía fragmentación política, sino facciones al interior del partido dominante, operó como una forma de integrar a diferentes grupos de la élite, que a su vez organizaban las instancias inferiores del Poder Judicial federal a través de la designación directa de los jueces y magistrados de los tribunales inferiores.

De esta manera la Corte operó como el vértice de un sistema de control de las instancias inferiores del Poder Judicial en el que se garantizó su lealtad con el régimen. Estas instancias inferiores y la propia Suprema Corte de Justicia, a través del amparo, por su parte, operaban como un mecanismo de monitoreo de la burocracia estatal.

En este marco, en la medida en que la Suprema Corte de Justicia opera como una instancia del régimen de partido hegemónico, cuando éste necesitó modificar la composición del máximo tribunal lo hizo, y realizó designaciones de integrantes cercanos al proyecto político que encarnaban los presidentes en los diferentes momentos. Por ejemplo, el presidente Lázaro Cárdenas cesó a los miembros de la Suprema Corte de Justicia anteriores, lo que se repitió en 1944 durante la presidencia de Manuel Ávila Camacho y lo mismo hizo el presidente Ernesto Zedillo en 1994 (Cossío, 2001). Es

interesante observar que a pesar de contar con amplias facultades para cada uno de estos presidentes —que representaron un proyecto político diferente para el país—, el contar con una Suprema Corte de Justicia alineada a sus objetivos fue tan relevante que buscaron los mecanismos para ello. Este interés da cuenta de la importancia del rol ejercido por esta instancia en el orden político autoritario.

Asumiendo las particularidades de la política judicial en regímenes autoritarios podemos señalar que la designación de los ministros de la SCJ fue un proceso de incorporación de miembros de las élites y de mantenimiento de un balance entre los diferentes grupos, por ejemplo los militares.

Por último, la reforma de 1994 se produce en un momento político y judicial diferentes. Se requiere diseñar una Suprema Corte de Justicia funcional al incremento de la pluralidad política.

En 1977, con las reformas políticas orientadas a incorporar a la oposición en el Congreso, se inicia un proceso de liberalización política y transición que terminaría con la alternancia en 2000. Durante este periodo se construyó una institucionalidad electoral independiente para garantizar la confianza en el proceso electoral y nuevas reglas electorales que favorecieron la pluralización de la representación política en el país (Merino y Valenzuela, 2003).

Por su parte, la crisis económica de 1982 llevó aparejado un cambio de modelo económico hacia uno consistente con la liberalización económica y en este sentido, desde el gobierno de Miguel de la Madrid, comenzó un proceso de fortalecimiento de la Suprema Corte de Justicia como signo de certeza jurídica para atraer inversiones al país.

En este contexto no es de extrañar la reforma impulsada por el presidente Ernesto Zedillo en 1994, ya que a través de ella no sólo buscó legitimidad política (Oseguera, 2009), sino también conformar una corte que operara como árbitro del conflicto político ante el incremento la pluralidad política en el país, sobre todo a nivel local (Ansolabehere, 2007). El cambio en los términos del mandato (15 años), en la modalidad de nominación, de selección y en el perfil de ministro buscado, dan cuenta de la necesidad de construir una corte que operara como árbitro confiable para resolver el conflicto político entre la federación y los gobiernos locales en un entorno en el que partidos diferentes al oficial comenzaron a ganar elecciones (Elizondo Mayer-Serra y Magaloni, 2010). Función que rápidamente comenzó a cumplir, como muestra el incremento en las controversias constitucionales entre la federación y los estados y entre éstos y sus municipios. Según datos arrojados por el índice de controversias constitucionales de la Suprema Corte de Justicia, entre el 01-01-95 y el 31-12-2000 se resolvieron 145.

En un contexto de mayor fragmentación política, las decisiones de la Suprema Corte de Justicia, en su nueva composición, también comenzaron a ser menos favorables para el Poder Ejecutivo (Ríos-Figueroa, 2007).

Sin embargo, con posterioridad a la alternancia política, en un contexto político fragmentado, no se han modificado el perfil de los ministros ni los mecanismos de designación. Cabe preguntarse si el diseño actual se ajusta a los requerimientos de un régimen político democrático y las condiciones de independencia y rendición de cuentas operan como principios del adecuado funcionamiento judicial.

La nominación y designación de candidatos en un contexto democrático

Con la alternancia política del 2000 existe consenso en señalar que México se ha convertido en una democracia electoral, nos obstante las serias dificultades que vive en materia de derechos humanos, de impunidad, de corrupción, de seguridad, etcétera.

Sin embargo, el mecanismo de designación de ministros favorece inercias, como por ejemplo, el poder del presidente, o la preferencia a jueces de carrera para ocupar el cargo, que no toman en cuenta en el diseño el monitoreo de la sociedad civil, o el lugar de la academia jurídica o de los foros profesionales de abogados.

El proceso en un contexto de fragmentación política en el que el presidente no cuenta con la mayoría absoluta del Senado deriva en una transferencia del poder del presidente al Senado y a la distribución de las vacantes entre partidos. Si bien esto no debería sorprender porque el proceso de designación es eminentemente político, la ausencia de monitoreo de la sociedad civil, la ausencia de instancias deliberativas pre nominación y los procesos de designación constituyen una asignatura pendiente en materia de designación de ministros.

En pocas palabras, como mecanismo de control ex ante el proceso de designación de ministros favorece la elección de miembros cercanos a la élite política tanto internos como externos al Poder Judicial. Este proceso, sin embargo, en los últimos años ha conllevado un mayor debate público.

En 2015 se retiraron los últimos dos ministros de la Suprema Corte de Justicia del periodo de transición. Actualmente todos los miembros del máximo tribunal han sido designados en la época post alternancia. Quizás es momento de pensar cuál sería el mejor procedimiento de nominación y designación en la época democrática. Sin dejar de reconocer el carácter político del proceso, la gran ausente aquí es la sociedad civil, tanto en su forma de organizaciones, de academia o de organismos profesionales.

Conclusiones

La designación de los ministros de los máximos tribunales, salvo contadas excepciones, es un proceso político. Intervienen órganos políticos y las nominaciones y designaciones suponen un juego político específico, cabildeo, adecuación del perfil a la agenda del gobierno, etcétera. Esto no es novedad, y México no es la excepción.

Con el aumento de la relevancia política de las cortes supremas esta situación adquiere una visibilidad y un grado de debate público sin precedentes. Sin embargo, los mecanismos de elección de miembros del máximo tribunal tienen una funcionalidad política, por ello no se los puede disociar de los regímenes y contextos políticos.

Los requisitos de nominación y los procesos de nominación y designación expresan estas necesidades. No es casual que en México los artículos constitucionales relativos a este proceso se hayan modificado en la etapa revolucionaria y de transición democrática del régimen de manera tal que el perfil de los miembros del tribunal se ajusta-

ra a las necesidades de la agenda política. El cuadro que se presenta a continuación resume esta tendencia:

	CONSTITUCIÓN DE 1917	PERIODO REVOLUCIONARIO	TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA
Perfil	Abogado Buena reputación	Abogado con experiencia Buena reputación	Abogado con más experiencia Buena reputación Separación de la actividad política un año antes Preferencia por trayectoria judicial o en la profesión jurídica
Nominación	Un candidato por cada una de las legislaturas de los estados	Un candidato por parte del presidente de la República.	Una terna propuesta por el presidente de la República
Selección	Congreso de la Unión como Colegio Electoral por mayoría	Senado de la República Última palabra Senado de la República	Senado de la República por 2/3 de los miembros presentes Última palabra presidente de la República

Fuente: Elaboración propia.

Los procesos de nominación y selección recientes han sido excepcionales en términos de debate público promovido por colectivos ciudadanos. Tampoco puede dejar de destacarse que se han incorporado otros temas a la agenda, aunque no han sido formalizados, uno de ellos es la perspectiva de género y la representación femenina en el máximo tribunal.

La pregunta que queda pendiente y que habrá que responder con investigación *ad hoc* es: ¿cuáles son los mecanismos informales que operan en el proceso? Conocer mejor y sistemáticamente estas dinámicas y sus implicaciones permitirá comprender con mayor profundidad las asignaturas pendientes en la materia.

Bibliografía

ANSOLABEHERE, K. (2007). La política desde la justicia. *México: FLACSO-Fontamara* (Journal Article).

BINDER, S. A. y MALTZMAN, F. (2009). *Advice and Dissent: The Struggle to Shape the Federal Judiciary*. Brookings Institution Press.

BRINKS, D. M. (2009). “Faithful Servants of the Regime”, The Brazilian Constitutional Court’s Role under the 1988 Constitution. In *APSA 2009 Toronto Meeting Paper*.

CHAVEZ, R. B. (2004). The evolution of judicial autonomy in Argentina: Establishing the rule of law in an ultrapresidential system. *Journal of Latin American Studies*, 36(03), pp. 451-478.

- CLARK, M. L. (2010). Advice and Consent *vs.* Silence and Dissent - The Contrasting Roles of the Legislature in U.S. and U.K. Judicial Appointments. *Louisiana Law Review*, 71, 451.
- COSSÍO DÍAZ, J. R. (1996). Jurisdicción federal y carrera judicial en México (Journal Article).
- COSSÍO, J. R. (2001). La Suprema Corte y la teoría constitucional. *Política Y Gobierno*, 8(1), 61-115.
- ELIZONDO MAYER-SERRA, C., & Magaloni, A. L. (2010). La forma es fondo: cómo se nombran y deciden los ministros de la Suprema Corte de Justicia. *Cuestiones Constitucionales* (23), 27-60.
- EPSTEIN, L. y Segal, J. A. (2005). *Advice and Consent: The Politics of Judicial Appointments*. Oxford University Press.
- GINSBURG, T. y Moustafa, T. (eds.) (2008). *Rule By Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes* (1 edition). Cambridge University Press.
- HILBINK, L. (2007). *Judges beyond politics in democracy and dictatorship: Lessons from Chile*. Cambridge University Press.
- HIRSCHL, R. (2009). *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press.
- IARYCZOWER, M., Spiller, P. T. y Tommasi, M. (2002). Judicial independence in unstable environments, Argentina 1935-1998. *American Journal of Political Science*, 699-716.
- LINARES, S. (2008). *La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Marcial Pons.
- LLANOS, M. y Schibber, C. F. (2008). La participación de la Presidencia y el Senado en el nombramiento del Poder Judicial. *Desarrollo Económico*, 47(188), 607-637.
- MAGALONI, Beatriz. (2008). Enforcing the autocratic political order and the role of courts. The case of Mexico. In *Rule by Law. The politics of courts in authoritarian regimes*. Nueva York: Cambridge University Press.
- MERINO, M. y Valenzuela, J. M. (2003). *La transición votada: crítica a la interpretación del cambio político en México*, fondo de Cultura Económica.
- MEYER, L. (1998). *Fin de régimen y democracia incipiente: México hacia el siglo XXI*. Oceano De Mexico.
- MEYER, L., Segovia, R. y Lajous, A. (1978). *Los inicios de la institucionalización: la política del Maximato* (vol. 12). Colegio De Mexico AC.
- MONTOYA, A. M. (2013). “Si no vas al Senado, no te eligen magistrado”. Instituciones informales y criterios de selección de los magistrados de la Corte Constitucional colombiana en el Senado (1992-2009). *Colombia Internacional* (79), 155-190.
- OSEGUERA, S. I. (2009). Judicial Reform in Mexico: Political Insurance or the Search for Political Legitimacy? *Political Research Quarterly*, 62(4), 753-766.
- QUERO, Dalila (2014). *Una acción afirmativa que garantice ocupar el cargo de ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. México DF: FLACSO Mexico.
- RÍOS-FIGUEROA, J. (2007). Fragmentation of Power and the Emergence of an Effective Judiciary in Mexico, 1994-2002. *Latin American Politics and Society*, 49(1), 31-57.
- SCHEDLER, A. (2010). Authoritarianism's last line of defense. *Journal of Democracy*, 21(1), 69-80.
- VALDÉS UGALDE, F. (2010). La regla ausente. democracia y conflicto constitucional en México. (Journal Article).

La convencionalidad en materia electoral y el artículo 99 constitucional

Introducción

En el presente artículo se señala que el control de convencionalidad, en términos estrictos, no es un elemento nuevo en el sistema jurídico mexicano, pero restringido a ciertos órganos y medios jurídicos. Por lo tanto, se considera que los cambios introducidos a partir del “Caso Radilla Pacheco” y el expediente Varios 911/2010 significan una ampliación de la obligación de realizar dicho control, que hoy recae en todos los órganos del Estado y puede realizarse en cualquier medio jurídico. A partir de esas reflexiones se parte al análisis del origen y evolución del control de convencionalidad en la materia electoral, realizado principalmente por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), para concluir que este órgano jurisdiccional era pionero en la materia y realizaba el control de convencionalidad antes de que fuera prescrito por la Constitución y la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

La convencionalidad

Dada la posición suprema que a las constituciones se reconoce en los órdenes jurídicos modernos, la mayor parte de éstos contemplan vías para garantizar esa superioridad. [...] Mediante diversos procesos, ciertos órganos del Estado, primordialmente de carácter jurisdiccional, son competentes para determinar si una norma es contraria o no a la Constitución y, a fin de mantener la supremacía mencionada, precisar qué consecuencia acarrea tal consideración.¹

Sumario

Introducción	1067
La convencionalidad	1067
El artículo 99 constitucional y la materia electoral.	1075

¹José Ramón Cossío D., “Primeras implicaciones del caso Radilla”, en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 3, junio-diciembre 2012, p. 36.

Lo anterior implica que la determinación en torno a si una norma es contraria o no a la Ley Suprema conlleva un ejercicio de comparación o contraste, mediante el cual una norma es comparada o contrastada con otra, siendo ésta el canon o parámetro para calificar la adecuación de aquella, que por eso mismo se considera, entonces, secundaria.

Así, cuando la norma que sirve de canon o parámetro de comparación y, por tanto, para calificar la adecuación de otra norma a aquella, es una norma constitucional, entonces se habla de “control de constitucionalidad”. Cuando la norma que se usa de parámetro en la calificación es una ley, se habla de “control de legalidad”. Cuando la norma que se emplea como canon de comparación es una norma contenida en un tratado internacional, particularmente en la Convención Americana de Derechos Humanos, se habla de “control de convencionalidad”.

El “control de convencionalidad” —quien contribuyó a la acuñación del término— se refiere a “la potestad conferida o reconocida a determinados órganos jurisdiccionales [...] para verificar la congruencia entre actos internos [de los Estados] con las disposiciones del Derecho internacional” estrictamente, sostiene, el Derecho interamericano de derechos humanos.²

Cabe precisar que:

El control de convencionalidad es una consecuencia de la obligación internacional [...] de respetar, garantizar y proteger los derechos reconocidos en los tratados sobre derechos humanos, en este caso la [Convención Americana de Derechos Humanos], conforme a las interpretaciones contenidas en la jurisprudencia de la Corte [Interamericana de Derechos Humanos].³

Pero antes de seguir, cabe recordar que en nuestro país el control de constitucionalidad y más específicamente, el control de la regularidad de la Ley Suprema de la Unión, en los términos del artículo 133 constitucional, corrió a cargo esencialmente del Poder Judicial de la Federación, particularmente los juzgados de Distrito, los tribunales colegiados de Circuito y la SCJN. Esto cambió en 2011, a partir tanto de la reforma constitucional de ese año en materia de derechos humanos como de la novedosa interpretación del referido artículo 133 constitucional, esencialmente plasmada en la resolución del caso Varios 912.

A partir de lo decidido por la SCJN, resulta evidente que la forma como en México se acostumbraba llevar a cabo el control de la constitucionalidad federal de actos y normas ha cambiado, y actualmente se vive una reconfiguración de dicho control.

Teniendo como base la reforma al artículo 1° constitucional de 2011, a partir de resoluciones dictadas en casos paradigmáticos (Varios 912 y Contradicción 293), y de la fijación de criterios tanto en tesis como en jurisprudencia, sea de Pleno o de alguna de las salas que la integran, la referida Suprema Corte ha ido delineando las bases a

²Sergio García Ramírez, “El control judicial interno de convencionalidad”, en *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Querétaro, FUNDAP, 2012, p. 213.

³Carlos Ayala Coraós, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2013, p. 109.

partir de las cuales ha comenzado a edificarse el nuevo sistema de control de la regularidad *constitucional*.

Lo ponemos en cursivas, porque la comparación que dicho control implica ha de dejar de llevarse a cabo a partir sólo de textos normativos constitucionales en general. Lo más relevante, tanto de la más reciente reforma al artículo 1° constitucional, como de las mencionadas resoluciones dictadas por la Suprema Corte,⁴ estriba en la identificación o precisión de lo que podemos denominar “núcleo de derechos humanos” dentro de lo que conocemos como *Ley Suprema de toda la Unión*.

Lo que altera nuestro sistema constitucional es que, en primer término, dicho núcleo de derechos humanos se genera o tiene su fuente no sólo en textos normativos propiamente constitucionales, sino también en textos normativos *convencionales*, es decir, en textos de tratados internacionales. En segundo lugar, el referido sistema se modifica por el hecho de que se ha comenzado a abandonar de manera consistente la percepción de que el trabajo judicial, y en general el de cualquier operador jurídico, estriba en la mera aplicación de textos normativos; al día de hoy resulta evidente que cada caso reclama su normal y ésta, lejos de identificarse con el texto normativo, es resultado de una operación interpretativa que puede resultar compleja.⁵

El núcleo de derechos humanos que dentro de la Ley Suprema de la Unión se forma a partir de un conjunto esencial de textos normativos (constitucionales y convencionales), ha de servir de fuente u origen del parámetro o canon de comparación respecto del cual se contraste toda norma y acto en cada caso en que se involucren derechos humanos,⁶ es decir, siempre que se lleve a cabo el control de la regularidad de la Ley Suprema de la Unión.

Cabe recordar que las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y amparo, así como las decisiones de la Corte Interamericana y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación —en especial el “Caso Radilla”, en ambas sedes jurisdiccionales— si bien son sumamente importantes en lo que respecta a la aplicación de las normas de fuente internacional, la obligación de armonización del “derecho interno” con éstas, existía de manera previa.

⁴Para la consulta de otros casos paradigmáticos, véase José Ramón Cossío, Raúl Mejía Garza y Laura P. Rojas Zamudio, *La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos*, México, Porrúa, 2015.

⁵Véase, por ejemplo, Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, “Qué hacer con el artículo primero constitucional. La interpretación de los derechos humanos de conformidad con los tratados internacionales”, en Joel Reyes e Iván Castillo (coords.), *5 años de jornadas académicas en Michoacán. Una visión jurídica de actualidad*, Morelia, Tribunal Electoral del estado de Michoacán, 2013. Cabe hacer notar que la distinción entre enunciado o disposición y norma es asumida por José Ramón Cossío en el voto particular que, en su carácter de ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitió en la sentencia que resuelve la contradicción de tesis 299/2013: “Los enunciados normativos son los que acuerda el legislador y expresa en un texto legal. Las normas, por otro lado, son el significado que está justificado atribuir a tales enunciados normativos —a veces, el significado de un enunciado normativo no supone problema alguno, pero en otros casos es necesario realizar ejercicios elaborados de interpretación para determinar el significado normativo de un enunciado normativo—. Es el significado de tales enunciados lo que tiene un carácter esencialmente normativo, es decir, como razón para actuar conforme a lo prescrito en un enunciado normativo.”

⁶Sobre el tema, véase César Astudillo, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*, México, Tirant lo Blanch, 2014.

La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, parte del hecho de que tales instrumentos normativos obligan a los Estados nacionales sólo en la medida en que ellos tienen la voluntad de que así sea,⁷ teniendo como margen de acción la posibilidad de formular reservas “en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo”.⁸

Derivado de lo anterior, una vez que un tratado está en vigor,⁹ según el aforismo *Pacta sunt servanda*, “obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”,¹⁰ sin que exista la posibilidad de recurrir a disposiciones normativas de derecho interno para incumplir con el mismo.¹¹ Incluso resulta vinculante aunque se alegue algún vicio en la competencia estatal para celebrarlo.¹² Las disposiciones de la Convención de Viena para México fueron aceptadas desde el 25 de septiembre de 1974¹³ (fecha en que se ratificó), entrando en vigor desde el 27 de enero de 1980.¹⁴

También se debe señalar que tratándose de derechos humanos, los instrumentos internacionales que dan origen a los regímenes de protección —que cuentan con instituciones especializadas de aplicación— a nivel universal (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y regional (Convención Americana sobre Derechos Humanos), establecen cláusulas de cumplimiento y armonización.

Así, el Pacto,¹⁵ en su artículo 2.2 señala que:

Cada Estado Parte se compromete a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

Por su parte, la Convención Americana,¹⁶ reproduce en cierta medida el texto anterior, también en su artículo 2, a saber:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados [...] no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta

⁷El artículo 9 prescribe que la adopción del texto de un tratado se efectuará por consentimiento de todos los Estados.

⁸Así lo prescribe el artículo 19.

⁹Lo cual puede ser: a) cuando el tratado lo disponga; b) cuando los Estados así lo acuerden en sus negociaciones, y c) cuando haya constancia del consentimiento de los pactantes, en caso de no haber disposición expresa. *Cfr.* Artículo 24.

¹⁰Artículo 26.

¹¹Artículo 27.

¹²Artículo 46.

¹³Publicándose en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de febrero de 1975.

¹⁴La Convención establece que su entrada en vigor se daría hasta 30 días después de la trigésimo quinta ratificación o adhesión.

¹⁵Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de mayo de 1981, entrado en vigor el 23 de junio de ese año.

¹⁶Ratificada el 24 de marzo de 1981 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo del mismo año. Además, la competencia contenciosa de la Corte Interamericana se aceptó el 16 de diciembre de 1998, publicándose tal acto el 24 de febrero de 1999 en el mismo periódico oficial.

Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Adicionalmente, la práctica jurisprudencial en el sistema interamericano ha ido más allá al explicitar la atribución de los jueces —e incluso deber— de inhibir de efectos normativos a las disposiciones jurídicas nacionales contrarias al *corpus iuris* interamericano. Así, se comenzó acuñando el concepto de *control de convencionalidad*, después se establecieron los alcances del *control difuso de la convencionalidad* y, finalmente se estableció que el Derecho internacional de los derechos humanos conlleva un deber de realizar un *control difuso y ex officio de convencionalidad*.

Si tanto la Constitución como los tratados conforman o son partes de la Ley Suprema de toda la Unión, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 133 constitucional, entonces los derechos humanos reconocidos tanto en la primera como en los segundos, constituyen *parte* de esa Ley Suprema de toda la Unión. En consecuencia, los jueces de cada Estado, es más, todos los jueces del Estado mexicano, se deben arreglar a dichos derechos humanos, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en cualquier otra norma secundaria o inferior.

La Suprema Corte ha sostenido que “los tratados internacionales se ubican jerárquicamente debajo de la Constitución federal y por encima de las leyes generales, federales y locales” en razón de que “el Estado mexicano al suscribirlos Ley Suprema de la Unión [...] contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional”.¹⁷

Cabe precisar, como lo ha hecho la Suprema Corte, que tanto la Constitución como los tratados

Son normas de la unidad del Estado Federal cuya observancia es obligatoria para todas las autoridades, por lo que resulta lógico y jurídico que dichos instrumentos internacionales, suscritos y ratificados por nuestro país, con énfasis prioritario para aquellos vinculados con derechos humanos [...] sean de observancia obligatoria para todas las autoridades del país, *previamente a la reforma constitucional de 10 de junio de 2011*.¹⁸

Al integrar ese orden jurídico constitucional, nacional o superior (denominado *Ley Suprema de la unión*), los tratados internacionales¹⁹ “se encuentran [...] por encima

¹⁷Tesis: P. IX/2007, “TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.”, Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXV, abril de 2007, p. 6.

¹⁸Tesis: 1a. CXCVI/2013 (10a.), “DERECHOS HUMANOS. LOS TRATADOS INTERNACIONALES VINCULADOS CON ÉSTOS SON DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA PARA TODAS LAS AUTORIDADES DEL PAÍS, PREVIAMENTE A LA REFORMA CONSTITUCIONAL PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011.”, Décima Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XXI, junio de 2013, tomo 1, p. 602. Las cursivas son mías y pretendo resaltar el reconocimiento expreso de la Suprema Corte al hecho de que los tratados, en tanto que constituyentes de la Ley Suprema de toda la Unión, eran, antes de la reforma citada, normas supremas, precisamente.

¹⁹“Los tratados internacionales son normas generales, ya que reúnen las características de generalidad, permanencia y abstracción y, además, las materias enunciadas por la fracción X del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados

del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional”.²⁰

Por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades.²¹

Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas.²²

El 27 de noviembre de 2013, la Segunda Sala de la Suprema Corte afirmó que el Pleno de dicha Corte

Sostiene, en términos generales, que la voluntad del poder reformador de la Constitución expresada en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *elevó a nivel de norma fundamental los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, conformando en su conjunto un parámetro integral de control de regularidad constitucional, con base en el cual debe analizarse la validez de los actos de autoridad y de las normas derivadas que forman parte del orden jurídico mexicano.*²³

Lo que hacen los criterios citados, en conjunto, es precisar la existencia de un núcleo, constituido por las normas de derechos humanos, dentro de la categoría “Ley

Unidos Mexicanos como propias de dichos instrumentos —autodeterminación de los pueblos, no intervención, solución pacífica de controversias, etcétera—, sólo pueden tener su expresión creadora y desarrollo lógico a través de normas generales, lo que se corrobora con lo previsto en el artículo 133 constitucional, que expresamente los coloca junto con otras normas, como la Ley Suprema de la Unión, siempre que sean acordes con la misma.” Las cursivas son mías. Tesis: P/J. 84/2004, “TRATADOS INTERNACIONALES. SON NORMAS GENERALES Y, POR TANTO, SON IMPUGNABLES EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES.”, Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XX, septiembre de 2004, p. 1258.

²⁰Tesis: P. LXXVII/99, “TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.” Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo X, noviembre de 1999, p. 46. De esta forma la Suprema Corte de Justicia de la Nación abandonó el criterio sostenido en la tesis P. C/92, “LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA.”

²¹*Idem.*

²²*Idem.*

²³Tesis: 2a. XXII/2014 (10a.), “AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN. LOS AGRAVIOS RELATIVOS AL PLANTEAMIENTO DE INCONVENIENCIA FORMULADO EN LA DEMANDA, SON INOPERANTES CUANDO SE ALEGA LA CONTRAVENCIÓN DE UNA NORMA GENERAL DEL ORDEN JURÍDICO INTERNO CON UN INSTRUMENTO INTERNACIONAL QUE REGULA ASPECTOS DIVERSOS A LOS DERECHOS HUMANOS”, Décima Época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 4, marzo de 2014, tomo I, p. 1076. Las cursivas son mías.

Suprema de toda la Unión” conformada por textos normativos de mayor jerarquía normativa que el resto de textos normativos:

La reforma al artículo 1° de la Constitución federal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, implicó el cambio en el sistema jurídico mexicano en relación con los tratados de derechos humanos, así como con la interpretación más favorable a la persona al orden constitucional —principio pro persona o *pro homine*—. ²⁴

A lo que hace mención la jurisprudencia citada es al hecho de que desde la fecha mencionada el artículo 1 constitucional contiene el siguiente párrafo: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

Dicho principio permite, por un lado, definir la plataforma de interpretación de los derechos humanos y, por el otro, otorga un sentido protector a favor de la persona humana, pues ante la existencia de varias posibilidades de solución a un mismo problema, obliga a optar por la que protege en términos más amplios.

Esto implica acudir a la norma jurídica que consagre el derecho más extenso y, por el contrario, al precepto legal más restrictivo si se trata de conocer las limitaciones legítimas que pueden establecerse a su ejercicio.

De acuerdo con lo anterior, en el seno de lo que el artículo 133 constitucional define como la Ley Suprema de toda la Unión (la Constitución, los tratados y las leyes generales), los derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución como en los tratados sirven de canon ²⁵ o parámetro ²⁶ para dar sentido o significado a cualquier otra norma “relativa a los derechos humanos”.

A partir de ese canon o parámetro (constituido por los derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución como en los tratados), el sentido o significado que cualquier operador jurídico le atribuya a cualquier norma “relativa a los derechos humanos” deberá ser un sentido o significado que haga o torne a esa norma “relativa a los derechos humanos” lo más semejante, igual o correspondiente ²⁷ a los derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución como en los tratados, es decir, lo más acorde al canon o parámetro consagrado tanto por el artículo 133 como por el artículo 1° constitucionales.

²⁴Tesis: 2a./J. 56/2014 (10a.), “PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. SU CUMPLIMIENTO NO IMPLICA QUE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES, AL EJERCER SU FUNCIÓN, DEJEN DE OBSERVAR LOS DIVERSOS PRINCIPIOS Y RESTRICCIONES QUE PREVÉ LA NORMA FUNDAMENTAL”, Décima Época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 6, mayo de 2014, tomo II, p. 772. Las cursivas son mías.

²⁵En el sentido de “regla o precepto”, igualmente de “modelo de características perfectas”. En otras palabras, el modelo, regla o precepto de características perfectas respecto del cual se compara otro objeto con la finalidad de identificar qué tanto se acerca el objeto comparado al modelo, regla o precepto de características perfectas.

²⁶En el sentido de “dato o factor que se toma como necesario para analizar o valorar una situación”. Así, una norma suprema es un factor (regla o precepto) que se toma como necesaria para analizar o valorar a otra norma, que por este mero hecho es inferior a aquella.

²⁷Significado de “conformidad”.

Durante mucho tiempo, en México el control de constitucionalidad se desahogó o se llevó a cabo de manera concentrada, es decir, lo ejercieron *sólo* algunos órganos jurisdiccionales a través de *algunos* medios procesales con el específico fin de verificar si una determinada norma era o no contraria a la Constitución:

Cuando se habla de control concentrado de constitucionalidad se alude a los procesos en los que la norma considerada contraria a la Constitución de manera expresa se impugna, precisamente, por considerarse específicamente contraria a ésta [...] De lo que se trata es de preguntarle al juzgador, por ponerlo de esta manera, si cierta norma general es o no contraria al texto constitucional, de ahí que los argumentos presentados en el correspondiente escrito estén dirigidos a tal efecto.²⁸

Y por lo que se refiere a la existencia de ciertos procesos de los que conocen ciertas autoridades jurisdiccionales, cuyo inicio y conclusión están marcados por su objetivo central, que estriba en pronunciarse en torno a la inconstitucionalidad o no de la norma secundaria, es decir, sobre la existencia de este control concentrado de la regularidad constitucional, la Suprema Corte, en el caso “Varios 912/2010”, no mencionó nada nuevo: allí están el juicio de amparo, la acción abstracta de inconstitucionalidad y la controversia constitucional.

A partir tanto de la reforma al texto constitucional como del dictado de la resolución que ahora se cita, la Suprema Corte introdujo en nuestro modelo de control de la regularidad constitucional, al lado del tipo concentrado el tipo difuso del mismo, pues “en el litigio no se plantea de manera expresa la inconstitucionalidad de una norma general [...] porque en principio no lo permiten las condiciones del juicio”.²⁹ El objeto del juicio no es cuestionar la constitucionalidad de la norma (no es el “acto impugnado”), sino que la inconstitucionalidad de la norma que funda una determinada acción o conducta —sea o no de una autoridad— es un argumento más para sostener la pretensión del actor (que no estriba principalmente en que la norma sea declarada inconstitucional).

Lo que se discute en los juicios distintos a los de amparo, o a la controversia constitucional o a la acción de inconstitucionalidad, es “el modo como las normas se actualizan en situaciones concretas, pero no si las propias normas satisfacen el estándar de constitucionalidad”.³⁰ El “control difuso” de constitucionalidad se define como “la competencia que permite considerar en un proceso no dirigido expresamente hacia tal fin, si una norma es o no contraria a la Constitución. Si ello es así, el modo de enfrentar el problema de la eventual constitucionalidad tendrá que ser [...] tangencial, en tanto no puede ser central”.³¹

Así pues, el referido control difuso de constitucionalidad lo ejercen *todos* los órganos jurisdiccionales a través de los diversos medios procesales de los resulten compe-

²⁸ José Ramón Cossío Díaz, “Primeras implicaciones del caso Radilla”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 26, junio-diciembre de 2012, pp. 37 y 38.

²⁹ *Ibidem*, p. 41.

³⁰ *Idem*.

³¹ *Ibidem*.

tentes para conocer, por efecto de lo prescrito por la Suprema Corte en el caso “Varios 912/2010”. Pasamos, pues, del reconocimiento de un modelo exclusivamente *concentrado* de control de la constitucionalidad a uno en el que conviven tanto ese *concentrado* como el *desconcentrado* o *difuso*. Y esto es así también tratándose el control de convencionalidad.

El artículo 99 constitucional y la materia electoral

Como ya bien ha quedado expuesto en esta obra, en el comentario que al artículo 99 constitucional ha hecho José de Jesús Orozco Henríquez, la facultad del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), para llevar a cabo el control de constitucionalidad por la vía de la inaplicación de normas consideradas inconstitucionales, quedó expresamente consagrada en el texto constitucional hasta el 13 de noviembre de 2007. Y así ocurrió en razón de que, previamente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación había prescrito que el referido tribunal electoral carecía de dicha facultad.

En 1998 la Sala Superior del TEPJF resolvió tres juicios de revisión constitucional electoral,³² en los que determinó la inaplicación de disposiciones contenidas en las leyes electorales por considerarlas contrarias a la Constitución y, con base en la argumentación sostenida en esos juicios, generó jurisprudencia³³ en el sentido de que se reconocía a sí mismo esta facultad de inaplicación.

La Sala Superior señaló que:

De una interpretación teleológica, sistemática y funcional de los diferentes artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que contienen las bases fundamentales rectoras de la jurisdicción electoral, se desprende que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación está facultado por la Carta Magna para decidir el conflicto de normas que en su caso se presente, y determinar que no se apliquen a casos concretos los preceptos de leyes secundarias que se invoquen o puedan servir como fundamento de los actos o resoluciones electorales combatidos en los medios de impugnación que corresponden a su jurisdicción y competencia, cuando tales preceptos se oponen a las disposiciones constitucionales, con el único objeto de que los actos o resoluciones impugnados en cada proceso jurisdiccional de su conocimiento se ajusten a los lineamientos de la Ley Fundamental y se aparten de cualquier norma, principio o lineamiento que se les oponga, pero sin hacer declaración general o particular en los puntos resolutivos, sobre inconstitucionalidad de las normas desaplicadas, sino únicamente confirmar, revocar o modificar los actos o resoluciones concretamente reclamados en el proceso jurisdiccional de que se trate.³⁴

La facultad de control de constitucionalidad fue derivada de la posición del TEPJF como máxima autoridad en la materia electoral, con la única excepción de las acciones

³²SUP-JRC-033/98, SUP-JRC-091/98 y SUP-JRC-092/98.

³³Jurisprudencia S3ELJ 5/99, de rubro TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. TIENE FACULTADES PARA DETERMINAR LA INAPLICABILIDAD DE LEYES SECUNDARIAS CUANDO ÉSTAS SE OPONGAN A DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES.

³⁴Sentencia dictada en el expediente SUP-JRC-033/98.

de inconstitucionalidad. En la interpretación de la Sala Superior, lo prescrito en la fracción II del artículo 105 constitucional, en el sentido de que la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales con la Constitución era compatible con el control concreto realizado por el TEPJF, ya que éste se limitaba al análisis de los actos y resoluciones de las autoridades en la materia, pero no de la constitucionalidad abstracta de las leyes.

Para la Sala Superior del TEPJF, la inconstitucionalidad de actos y resoluciones en la materia electoral podía darse en dos situaciones: a) cuando esos actos no están apegados a preceptos constitucionales que contengan disposiciones que las autoridades electorales deban respetar y aplicar directa e inmediatamente, y b) cuando los actos o resoluciones estén sustentados en leyes o normas generales de cualquier índole que sean contrarias a los contenidos y principios establecidos por la Constitución.

De lo anterior se sigue que, para poder realizar un control efectivo (y completo) de la legalidad y constitucionalidad de los actos y resoluciones electorales, es necesario que el TEPJF ejerza el control de constitucionalidad y que, cuando el vicio de inconstitucionalidad se deba a la presencia del segundo supuesto señalado, pueda declarar la inaplicación de una norma.

De esta manera, según el TEPJF, surgía el “sistema integral de la jurisdicción electoral para el control de la constitucionalidad de los actos correspondientes a esa materia”, basado en los artículos 41, fracción IV, 99, 105, fracción II y 116 fracción IV, de la Constitución, conformado de la siguiente manera:³⁵

- a) Para la impugnación de las leyes, como objeto único y directo de las pretensiones del actor, por considerar inconstitucionales los ordenamientos, se concedió la acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el artículo 105, fracción II, de la Ley Suprema, que se tramita en la vía y términos de la ley reglamentaria de ese precepto constitucional, a instancia del limitado número de personas que pueden hacerlo, dentro de un plazo breve a partir del día siguiente al de su publicación; con la consecuencia de que cuando no se ejerza esa acción, su ejercicio sea extemporáneo o no se satisfagan todas las formalidades exigidas por la legislación aplicable, se extingue la posibilidad de que el Máximo Tribunal del país ejerza su función de control de la constitucionalidad de los cuerpos normativos, y por tanto éstos quedan vigentes y aplicables para todos los casos comprendidos dentro de estos supuestos.
- b) Respecto a los actos y resoluciones en materia electoral, la jurisdicción para el control de su constitucionalidad se confirió expresamente al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, cuando tales actos o resoluciones se combaten a través de los medios de impugnación de su conocimiento, como se advierte de la lectura de los artículos 41 fracción IV, 99 y 116 fracción IV de la Ley Fundamental.

Adicionalmente, la Sala Superior afirmó que esta facultad de control de constitucionalidad se debía ejercer “sin hacer declaración general o particular en los puntos resolutivos, sobre inconstitucionalidad de las normas desaplicadas, sino únicamente

³⁵Sentencia dictada en el expediente SUP-JRC-033/98.

confirmar, revocar o modificar los actos o resoluciones concretamente reclamados en el proceso jurisdiccional de que se trate”.³⁶

En noviembre de 1999, al dictar sentencia en el expediente SUP-JRC-209/99, la Sala Superior del TEPJF interpretó el artículo 54 de la Constitución federal en forma distinta a lo sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la acción de inconstitucionalidad 6/98.³⁷

Promovida la contradicción de criterios (2/2000-PL), la Suprema Corte resolvió su improcedencia, considerando que no era posible enfrentar un criterio sustentado por un órgano jurisdiccional competente para conocer de la inconstitucionalidad de una ley con un criterio sustentado por un órgano que carece de esa atribución al señalar que:

Dicho Tribunal Electoral, por una parte incurrió en inobservancia al artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y por otra parte infringió el artículo 235 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación al contravenir un pronunciamiento de [la Suprema Corte] que tiene las características de firmeza y obligatoriedad constitucional.

Así, la Suprema Corte se reconoció como el único órgano facultado para realizar el control de constitucionalidad en materia electoral, mientras que el TEPJF solamente podía realizar la interpretación de la Carta Magna, sin analizar la conformidad de una norma frente a la Constitución.³⁸

De esta forma se generó una importante laguna en el derecho procesal constitucional electoral mexicano, ya que no existió un medio efectivo para impugnar *en concreto* la inconstitucionalidad de las normas electorales.³⁹ A partir de lo anterior, la Sala Superior modificó sus criterios y encontró una nueva manera de resolución de los juicios que se le presentaban, para poder garantizar la supremacía de ese conjunto normativo prescrito en el artículo 133 constitucional.

Esa necesidad se vio aún más patente ante la apertura del Tribunal en los asuntos relacionados con la vida interna de los partidos políticos, que implicó un aumento del número de casos en los que se alegaba violación a algún derecho político de un ciuda-

³⁶*Idem.*

³⁷“Lo contradictorio era que mientras la Corte sostuvo que las legislaciones estatales deben prever un número máximo de diputados por el principio de mayoría relativa y representación proporcional equivalente al número de distritos uninominales en los que está dividido el estado correspondiente, el Tribunal consideró que del texto constitucional no se desprende límite alguno, sino tan sólo la obligatoriedad de ambos principios”, *cf.* Humberto Suárez Camacho, *El sistema de control constitucional en México*, México, Porrúa, 2011, p. 449.

³⁸Ese criterio dio origen a varias jurisprudencias: P/J. 23/2002, de rubro TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES; P/J. 25/2002, DE RUBRO LEYES ELECTORALES. LA ÚNICA VÍA PARA IMPUGNARLAS ES LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, y P/J. 26/2002 de rubro TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. SI RESUELVE RESPECTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA ELECTORAL O SE APARTA DE UN CRITERIO JURISPRUDENCIAL SUSTENTADO POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN RESPECTO A LA INTERPRETACIÓN DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL, INFRINGE, EN EL PRIMER CASO, EL ARTÍCULO 105, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, Y EN EL SEGUNDO, EL ARTÍCULO 235 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.

³⁹Véase José Ramón Cossío D., “El indebido monopolio constitucional-electoral de la Suprema Corte de Justicia”, en Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez, *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, TEPJF/Gedisa/ITAM, 2003.

dano y, en general, ante la apertura de las reglas de procedencia del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (por ejemplo, a la protección del derecho a integrar a las autoridades electorales en las entidades federativas o ampliación de la suplencia de la queja para las comunidades indígenas).

La Sala Superior empleó con mayor intensidad la técnica de la interpretación conforme, consistente en la armonización del sentido o significado de los textos normativos para generar normas compatibles entre sí y apegadas a los principios constitucionales. Esto, de conformidad a la tesis P/J. 23/2002 citada antes, que reconocía la posibilidad de que el TEPJF interpretara un precepto constitucional, pero le prohibía analizar la constitucionalidad de alguna norma. Nieto afirma que:

Antes de la reforma [al artículo 1° constitucional en 2011], el Tribunal Electoral ya había ejercido control de convencionalidad en diversas formas; primero, invocando tratados internacionales para la construcción de la premisa normativa (interpretación conforme en sentido amplio), después, realizando una migración de criterios internacionales, para, finalmente, desaplicar normas por ser contrarias a la convención.⁴⁰

En la sentencia dictada en el expediente SUP-JRC-118/2002 la Sala Superior señala que la interpretación conforme es la manera

De buscar el sentido de un enunciado normativo, consiste en que, al interpretar una disposición regida por una disposición de mayor jerarquía, ante dos posibilidades de interpretación opuesta, debe estarse a la que sea conforme con el mandato de la norma superior, pues en todo sistema jurídico y democrático de derecho se entiende que existen imperativos supremos que establecen mandatos a los cuales deben ajustarse y someterse todas las demás disposiciones secundarias del sistema. De acuerdo con el método de interpretación conforme, entre una norma regida por un principio que se deriva del sistema jurídico en que dicha norma está inmersa, se obtiene que, como el principio constituye la medida y justificación de la norma escrita, ésta debe regirse y ajustarse a lo que el principio postula y protege.

Como se aprecia, ante una contradicción normativa la Sala Superior realizaba la interpretación conforme en sentido estricto, eligiendo entre las normas existentes la que más se apegaba a la Constitución, es decir, empleaba como parámetro de control la jerarquía normativa.⁴¹

⁴⁰Santiago Nieto Castillo, *Control de convencionalidad y la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, TEPJF, 2014, p. 53.

⁴¹En general, el TEPJF señalaba que “como el sistema jurídico nacional descansa en la aplicación de las leyes y éstas obedecen a un orden jerárquico que tiene como cima la Carta Magna, las leyes que de ella emanen y los tratados internacionales que celebre el Presidente de la República, con aprobación del Senado; todas las normas del país, locales o federales, deben subordinarse a aquéllas y en caso de que exista algún conflicto en la aplicación de ambas por regular el mismo hecho (...) deben prevalecer las de naturaleza constitucional por tratarse de normas jerárquicamente superiores”, *cfr.* sentencia dictada en el expediente SUP-JRC-033/98.

Es más, el estudio del requisito de la presentación del escrito de protesta como elemento necesario para la procedencia del juicio de inconformidad, se basó en el análisis del artículo 17 constitucional, párrafo segundo, señalando que:

La concepción del escrito de protesta como requisito de procedencia del juicio de inconformidad, es una limitación al ejercicio del derecho constitucional de acceder a la administración de justicia por los tribunales del Estado o a la tutela judicial, porque no responde a la naturaleza de los procesos jurisdiccionales electorales ni a las finalidades que los inspiran, cuyo objeto es que, por medio de una sentencia de fondo, se controle la legalidad y constitucionalidad de los actos y resoluciones en materia electoral, razón por la cual, no puede atribuírsele al escrito de protesta el carácter de requisito de procedibilidad del juicio de inconformidad.⁴²

La mayoría de las interpretaciones realizadas optaban por la norma jerárquicamente superior, otorgando prelación al contenido constitucional, aunque éste no fuera el más favorable para la persona involucrada. Ese fue el caso de la sentencia dictada en el SUP-JRC-024/2000, relativa al requisito de residencia en la elección municipal en Nuevo León. La Constitución local de aquel tiempo admitía, para integrar el ayuntamiento de alguno de los municipios del estado, la residencia en cualquiera de los municipios del área metropolitana, así como en aquellos que estando fuera del área metropolitana de Monterrey fueran colindantes.⁴³ Con ello, la residencia del candidato en el propio municipio dentro del cual pretendía contender para integrar un ayuntamiento no era requisito necesario para la postulación.

En la sentencia, la Sala Superior señaló que ese precepto de la Constitución local (favorable para un ciudadano que pretendía postularse a un cargo) contravenía lo dispuesto en el artículo 36, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que “para el estado de Nuevo León, en acatamiento al artículo 36, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, uno de los requisitos que debe reunir el candidato que aspire a integrar el ayuntamiento de un municipio, en las próximas elecciones, consiste en residir en el municipio en el cual desea contender” (SUP-JRC-024/2000).

Para llegar a esa conclusión, la Sala tomó en cuenta la importancia de la cercanía a la comunidad y conocimiento de los problemas y necesidades que deben tener los representantes y que no se puede lograr sin una vinculación efectiva con la misma. Además, consideró que con ello se podían fortalecer tanto los lazos entre los ciudadanos y sus representantes, como el control que los electores deben ejercer sobre los funcionarios municipales.

En el precedente SUP-JRC-136/2002, la Sala señaló que: “al seguirse los lineamientos de lo que la doctrina constitucional denomina ‘interpretación conforme’ debe partirse de la base de que el legislador local expide leyes tendentes a observar orde-

⁴²Sentencia dictada en el expediente SUP-JRC-041/99; el mismo argumento fue sostenido en los precedentes SUP-JRC-163/99, SUP-JRC-202/99 y SUP-JRC-441/2001.

⁴³Prescripción del entonces vigente artículo 122, fracción III de la Constitución Política del Estado de Nuevo León.

namientos de mayor jerarquía”. Más tarde, en el precedente SUP-JRC-036/2003, señaló que de múltiples interpretaciones posibles de una norma debe elegirse siempre la que “se encuentra más apegada o conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

Esa doctrina fue expresada con mayor claridad en el precedente SUP-JRC-365/2003, relativo a las reglas para la asignación de diputados de representación para el Congreso de Sonora. En ella, la Sala Superior señaló cuáles son los elementos y pasos a seguir para realizar una interpretación conforme:

Respecto de la técnica jurídica denominada interpretación conforme esta Sala Superior ha establecido en diversos asuntos, que su fundamento consiste en que el legislador debe expedir las leyes ordinarias con apego o en observancia al ordenamiento de mayor jerarquía, como es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Sobre esta base, se considera que cuando un enunciado normativo de leyes ordinarias admita la posibilidad de ser interpretado en dos o más sentidos diferentes y opuestos, de los cuales uno resulte acorde o conforme a una regla o principio constitucional y los otros conduzcan al establecimiento de normas opuestas al ordenamiento de mayor jerarquía, debe prevalecer el primer sentido como interpretación válida, ante la presunción de que en un sistema jurídico que reconoce como base fundamental a una Constitución y que consagra el principio de supremacía constitucional, debe presumirse su cumplimiento, salvo evidencia en contrario. Por eso todas las leyes deben entenderse en el sentido que esté conforme con la normatividad de mayor jerarquía, e inclusive este mismo razonamiento se estima aplicable en cualquier comparación que se suscite entre ordenamientos de un distinto orden jerárquico, dentro del mismo sistema legal, como podría ser entre una ley ordinaria y un reglamento, etcétera.

El reconocimiento de la dimensión constitucional frente a las disposiciones de rango inferior, y la consecuente aplicación por parte de los jueces y tribunales en la solución de conflictos normativos específicos, puede ser entendida como una directiva de preferencia sistémica, que conduce precisamente a seleccionar, de entre las varias interpretaciones posibles de un enunciado jurídico, aquella que mejor se ajusta a las exigencias constitucionales, con lo cual se salva la disposición legal y se consigue la prevalencia y armonía del sistema jurídico imperante. Esto es, al seleccionar o adoptar el sentido de la norma jurídica que resulta más adecuado a la Constitución, se propicia la máxima realización de ésta como norma suprema del ordenamiento jurídico, al tiempo que se asegura la conservación del texto legislativo, pero vinculado al sentido concordante con la Ley Fundamental. Ambas finalidades son insolubles entre sí, e inmanentes a la interpretación bajo estudio, pues cuando los jueces y tribunales acuden a la interpretación conforme, no sólo deben tener la voluntad de realizar con la mayor eficacia posible la Constitución, mediante una reorientación de los enunciados normativos acordes con aquélla, sino también propiciar la continuidad e integridad del ordenamiento interpretado. Tomando en cuenta lo anterior se hace evidente que de entre varias interpretaciones debe preferirse aquella que dote de vigor a los valores que inspiran las normas instrumentales que hacen efectivo el sistema electoral.

En otro caso la Sala sostuvo que la interpretación conforme tiene límites y no es una técnica apta de ser aplicada en todos los casos, ya que

Uno de sus lineamientos rectores consiste en conservar o mantener el contenido sustancial de la ley, e inclusive el accidental o secundario, ya que sólo este último es el que admitiría ser relevado en alguna parte mínima (una palabra, un signo, un pequeño enunciado) a fin de obtener la prevalencia del mandato constitucional, es decir, no sólo se busca una reorientación de los enunciados normativos acordes con la ley fundamental, sino también propiciar la continuidad e integridad del ordenamiento interpretado.

Así, es claro que la interpretación conforme a la Constitución de los preceptos legales secundarios, tiene límites, entre los que se encuentran el de conservación del contenido de la ley jerárquicamente inferior. Por tanto, contrariamente a lo pretendido por el partido actor, este tipo de interpretación no alcanza, como es obvio, para desconocer, desfigurar o mutilar el sentido de los enunciados normativos en sus elementos esenciales, o para substituirlos por otros.⁴⁴

Al respecto de la finalidad de la interpretación conforme, la Sala señaló que: “mediante la interpretación conforme, se trata, entre otras cosas, el de propiciar la funcionalidad y continuidad del subsistema normativo reinterpretado conforme con la Constitución.”⁴⁵ Añadiendo que ésta se debe aplicar cuando existan múltiples interpretaciones de una norma, por lo que

Si una determinada formulación normativa admite varias interpretaciones posibles, pero una de ellas conduce a un resultado incompatible a la Constitución, deberá elegirse aquella que la haga acorde, en el entendido de que la antinomia, en su caso, surge o no, en función del significado que se les atribuya, vía interpretativa, a las disposiciones en cuestión.⁴⁶

En el SUP-JDC-084/2003 la Sala señaló que, conforme al postulado del legislador racional, el juzgador debe partir de la premisa de que las normas forman parte de

Un sistema claro, coherente y ordenado, en el que todas las normas de un ordenamiento legal, y todas y cada una de las palabras y signos empleados en la redacción de un precepto o disposición, deben surtir efectos dentro del sistema, porque no se incluyeron inútilmente, de modo que el intérprete sólo se podrá apartar de esa directriz cuando quede demostrado palmaria e indubitadamente lo contrario.

De ahí se desprende la presunción de la constitucionalidad de las normas y la necesidad de buscar una posible interpretación que, sin realizar declaratoria de inaplicación, permita dotar de sentido las disposiciones de tal manera que se traduzcan en un solo ordenamiento a la luz de los principios constitucionales.

Las reglas para la interpretación conforme fueron expuestas en el precedente SUP-JDC-9167/2011, relativo al derecho de autogobierno del pueblo Purépecha de Cherán, en Michoacán, en la que la Sala Superior señaló que:

⁴⁴Precedente SUP-JRC-389/2003.

⁴⁵Precedente SUP-JRC-135/2004

⁴⁶*Idem.*

Se establece que los derechos humanos deben ser interpretados acorde con la Constitución y los tratados internacionales, y que la interpretación de esos derechos debe realizarse buscando la protección más amplia de los mismos, lo cual encuentra su razón de ser en que los derechos humanos no constituyen una excepción o un privilegio, sino derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, los cuales deben ser ampliados, no restringidos o suprimidos.

En esa virtud, acorde con la Constitución, las reglas interpretativas que rigen la determinación del sentido y alcances jurídicos de una norma jurídica no permiten que se restrinja o haga nugatorio el ejercicio de un derecho fundamental, sino que, por el contrario, toda interpretación y la correlativa aplicación de una norma jurídica deben ampliar sus alcances jurídicos para potenciar su ejercicio, siempre que aquella esté relacionada con un derecho fundamental.

Por tanto, los derechos humanos deberán ser interpretados de conformidad con el principio *pro personae*, según establecen los artículos 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por medio del cual se privilegian los derechos y las interpretaciones de los mismos que protejan con mayor eficacia a la persona.

El contenido básico de este principio [pro persona], refiere tres posibles aplicaciones: 1) ante la existencia de dos o más normas aplicables a un caso concreto, se prefiere el uso de la norma que garantice de mejor manera el Derecho; 2) ante dos o más posibles interpretaciones de una norma se debe preferir aquella que posibilite el ejercicio del Derecho de manera más amplia, y 3) ante la necesidad de limitar el ejercicio de un derecho se debe preferir la norma que lo haga en la menor medida posible.⁴⁷

La sentencia en el caso Cherán es parte ya de una nueva época en el desarrollo jurisprudencial del TEPJF, que han ido reflejando una preocupación cada vez mayor por la protección de los derechos de los ciudadanos. Ello se ha reflejado en la paulatina modificación de los estándares para la interpretación conforme, que implicó el intento de armonizar el sentido de las disposiciones con el contenido constitucional, pero ya no en un sentido formal, pero buscando una protección más amplia de los derechos, conforme al principio *pro persona*. La postura garantista del TEPJF implicó una temprana incorporación de los criterios de la Corte Interamericana y del contenido de los instrumentos internacionales de derechos humanos a la jurisprudencia del Tribunal.

A partir de esa reforma de 2007, ya referida en el comentario que al artículo 99 constitucional hace en esta obra Orozco Henríquez, la inaplicación es facultad de todas las Salas del TEPJF, aunque las sentencias en las que las Salas Regionales determinan la inaplicación de algún precepto por considerarlo contrario a la Constitución pueden ser revisadas por la Sala Superior mediante el recurso de reconsideración.⁴⁸

⁴⁷Precedente SUP-JDC-9167/2011.

⁴⁸A partir del desarrollo jurisprudencial en los años recientes, la procedencia del recurso de reconsideración, mediante el cual la Sala Superior revisa las decisiones de las Salas Regionales fue ampliada y actualmente abarca casos en los que expresa o implícitamente se inapliquen leyes electorales, normas partidistas o normas consuetudinarias de carácter electoral,

De una revisión exhaustiva de los casos resueltos se desprende que, desde 1998 hasta finales de 2015, hubo 354 sentencias en las que la Sala Superior realizó, de manera expresa, el control de regularidad constitucional, aplicando el test de proporcionalidad, interpretación conforme o inaplicando alguna norma. El número de sentencias en las que se declara la validez de la norma impugnada es mucho mayor que el de las declaraciones de inaplicación. Esa tendencia es natural al considerar, como señala Caballero Ochoa, que la finalidad del control de regularidad constitucional “no es en primer lugar y solamente resolver problemas de colisión normativa —que los hay, y el operador jurídico deberá atenderlos definiéndose por una u otra norma— o declarar la invalidez de la norma inconvencional [o inconstitucional], sino preferentemente la expansión de los derechos, su integración en clave de armonización”.⁴⁹

Es importante señalar que la tendencia garantista del TEPJF tiene una larga tradición que data incluso del Tribunal Federal Electoral (TRIFE). Ya en aquella época la justicia mexicana reconocía la importancia de la interpretación favorable para el ciudadano, como se señaló en la tesis SC2ELJ 57/94 de la Sala Central, con el rubro CIUDADANOS, RECURSO DE APELACIÓN DE LOS. INTERPRETACIONES IN DUBIO PRO CIVE⁵⁰. Ese criterio fue seguido por la Sala Superior del TEPJF, al asegurar que

No solo se permite interpretar a favor del ciudadano, sino que obliga a ello para evitar un detrimento en sus derechos políticos; así, que la responsable interpretó en forma restrictiva el derecho subjetivo público fundamental de poder ser votado, cuando debió hacer una interpretación extensiva, toda vez que no se trata de una excepción o un privilegio, sino de un derecho fundamental consagrado en la carta magna; por tanto, que la responsable resta valor probatorio a la serie de pruebas con las que acredita la residencia del candidato, mismas que adminiculadas y valoradas en su conjunto, pueden presentar el indicio que

por considerarlas contrarias a la Constitución Federal (Jurisprudencia 32/2009); se omita el estudio o se declaren inoperantes los conceptos de agravio relacionados con la inconstitucionalidad de normas electorales; se haya dejado de aplicar la normativa estatutaria en contravención al principio de auto-organización y autodeterminación de los partidos políticos (SUP-REC-35/2012); se hayan declarado infundados los planteamientos de inconstitucionalidad (SUP-REC-57/2012); se haya pronunciado sobre la constitucionalidad de una norma en materia electoral de manera expresa o implícita, o respecto a la interpretación de un precepto constitucional mediante el cual se orienta la aplicación o no de normas secundarias (SUP-REC-180/2012); hubiese ejercido control de convencionalidad (Jurisprudencia 28/2013), o no se hubiera atendido un planteamiento que se vincule a la indebida interpretación de leyes por contravenir bases y principios previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (SUP-REC-253/2012).

⁴⁹José Luis Caballero Ochoa, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (artículo 1º, segundo párrafo, de la Constitución)”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Porrúa/UNAM, 2012, p. 120.

⁵⁰La tesis señalaba que “En los recursos de apelación interpuestos por los ciudadanos, opera el principio *in dubio pro cive* en caso de que exista duda en la aplicación de un precepto jurídico relacionado con sus derechos políticos, toda vez que la autoridad debe abstenerse de realizar interpretaciones *in pejus* que vayan en detrimento y agravio del ciudadano, máxime cuando se advierte que éste cumplió, en tiempo y forma, con las obligaciones correspondientes para que se le expidiera la Credencial para Votar con fotografía, ya que, en términos de lo dispuesto por el artículo 3, párrafo 2 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, en relación con el último párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe estarse a los principios generales del derecho que recogen los aforismos latinos *favorabilia sunt amplianda* y *odiosa sunt restringenda*, para realizar las interpretaciones que impliquen una aplicación legal favorable para la tutela de los derechos políticos del ciudadano”. TESIS DE JURISPRUDENCIA. J.57/94. Segunda Época. Sala Central. Materia Electoral. (SC013.2 EL3) J.57/94.

requiere la autoridad para la admisión o rechazo del registro, fundando únicamente su acto en el hecho de no presentarse la documental firmada por el funcionario autorizado, el cual no quiso extenderla negando que el candidato tuviera su residencia, lo que no prueba de manera real y tácita.⁵¹

La aplicación de ese principio se volvió cada vez de mayor importancia en el desarrollo del control de constitucionalidad por el Tribunal, de tal manera que empezó a vincularse con el control de convencionalidad.

Entre 2002 y 2007 la Sala empezó a llevar a cabo el control de convencionalidad, a través de la interpretación conforme. Uno de los primeros casos de esa línea argumentativa fue el juicio ciudadano SUP-JDC-695/2007, relativo al análisis de una prohibición, contenida en la legislación de Baja California, para los presidentes municipales de ser electos como gobernador de la entidad, durante el periodo que fungen con ese carácter, aun cuando se separen de su cargo. La Sala basó el estudio de ese caso no solamente en el contenido de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino también en lo dispuesto en los tratados internacionales, principalmente la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), señalando que los instrumentos internacionales en la materia de protección de los derechos humanos de los que el Estado mexicano es parte, forman parte del sistema jurídico nacional. A partir de ello sostuvo que

Los derechos fundamentales sólo están protegidos contra cualquier restricción o suspensión, en términos de su artículo 1º, por lo cual, a *contrario sensu*, se permite su ampliación, si se tiene en cuenta que la Constitución establece exclusivamente un catálogo mínimo de derechos fundamentales, que sirven de limitante a la autoridad, a fin de garantizar el desarrollo pleno del individuo en el contexto social, cuya dinámica conduce a la constante conquista de nuevos derechos fundamentales, razón por la cual cualquier maximización o potencialización de los derechos fundamentales contribuye a cumplir de mejor manera ese fin social”, y que “los derechos fundamentales de carácter político-electoral no son derechos absolutos o ilimitados sino que pueden ser objeto de ciertas restricciones permitidas, siempre que las previstas en la legislación no sean irracionales, injustificadas, desproporcionadas o que se traduzcan en privar de su esencia a cualquier derecho, fin, principio o valor constitucional o electoral fundamental. Restricciones que deben ser interpretadas de forma tal que garanticen el ejercicio efectivo de tales derechos y eviten suprimirlos o limitarlos en mayor medida que la permitida en la Constitución y en los propios tratados internacionales.⁵²

La interpretación que sostuvo el Tribunal en ese caso fue acorde a la maximización del derecho político-electoral a ser votado, lo que llevó a determinar que la restricción contenida en la legislación bajacaliforniana fue excesiva e injustificada (criterio similar fue sostenido en los casos SUP-JDC-717/2007 y SUP-JDC-718/2007).

⁵¹Precedente SUP-JRC-45/2004.

⁵²Precedente SUP-JDC-695/2007

Al respecto de la aplicación del principio *pro persona* es necesario señalar que la Sala considera la interpretación bajo sus directrices como la técnica fundamental para realizar el control de constitucionalidad y convencionalidad (o, en otras palabras, control de regularidad constitucional), tal y como lo expuso en la sentencia SUP-REC-936/2014:

La interpretación *pro persona* se torna en guía de la interpretación conforme, que a su vez debe regir desde un primer momento toda lectura y operación jurídicas en las que se involucren disposiciones sobre derechos humanos. De esa suerte, dicha interpretación requiere de la armonización de la norma a fin de que se dirija, en todo tiempo, a favorecer a las personas con la protección más amplia, lo que a su vez conlleva a extender los alcances de sus derechos al máximo y reducir sus limitaciones al mínimo.

Quien en alguna ocasión integró la Sala Superior del TEPJF ha afirmado que en el periodo de 1996 y 2006 se pueden identificar cuatro tipos diversos de casos en los cuales el referido órgano jurisdiccional ejerció algún tipo de control de convencionalidad.⁵³

- a) Invocación de tratados internacionales de derechos humanos para complementar o reforzar la determinación del fundamento normativo;⁵⁴
- b) Aplicación directa de preceptos constitucionales y convencionales ante omisión legislativa;⁵⁵
- c) Invocación de tratados internacionales para complementar o reforzar una interpretación conforme con la Constitución y la Convención;⁵⁶ y
- d) Posibilidad, expresada en voto particular, de la desaplicación de normas incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos.⁵⁷

Tal como Orozco Henríquez afirma, lo que en ese voto particular expresó se convirtió posteriormente, en con la integración que abarcó 2006 a 2016, en un criterio dominante que le permitió a la Sala Superior desaplicar normas contrarias a la Convención, cuidándose de no emplear como parámetro o canon de control (de compara-

⁵³José de Jesús Orozco Henríquez, *Control de convencionalidad en materia electoral*, México, TEPJF, 2014, p. 42.

⁵⁴Esto es a lo que alude Nieto cuando menciona el empleo de tratados en la formulación de la premisa normativa del razonamiento judicial y que denomina interpretación conforme en sentido amplio. Véase Nieto Castillo, *op. cit.* p. 53. Orozco cita, a manera de ejemplo, los precedentes SUP-JDC-37/1999 (impugnación de la validez de una elección por usos y costumbres), SUP-JDC-037/2001 (impugnación de la negativa del registro de candidato a un ciudadano que hoy llamaríamos independiente), SUP-JRC-069/2003 (prohibición de la utilización de símbolos religiosos en propaganda electoral) y SUP-JRC-221/2003 (nulidad de la elección de gobernador por intervención del gobernador). A su vez, de aquella época, Nieto cita el precedente SUP-JDC-803/2002 (armonización de la libertad de asociación de los ciudadanos y el principio de auto organización de los partidos políticos).

⁵⁵Orozco cita el relevante precedente SUP-RAP-031/2006, mediante el cual se creó un procedimiento expedito para conocer y corregir las violaciones a lo prescrito en materia de comunicación política, que posteriormente dio origen a lo que actualmente se conoce, ya con bases constitucionales y diseño legal, como procedimiento especial sancionador.

⁵⁶Orozco cita el precedente SUP-JDC-015/2002, en el cual formuló un voto particular en torno a la procedencia del JDC en contra de actos intrapartidistas, que a la postre se convirtió en el criterio dominante, como en este trabajo ya se revisó también.

⁵⁷Orozco cita su voto particular en el precedente SUP-JDC-573/2005.

ción) a la Constitución, puesto que ello le estaba vedado. El caso paradigmático al respecto es el citado precedente SUP-JDC-695/2007, conocido como “Caso Hank”.

A partir de ese precedente se pueden identificar varios otros que permiten afirmar que el TEPJF ejerció un cabal control de convencionalidad antes de que así fuera prescrito por la reforma al artículo 1º constitucional y por los criterios fijados por la Suprema Corte en los precedentes ya citados.⁵⁸

⁵⁸ Al respecto pueden ser citados los precedentes señalados tanto por Nieto en la obra citada, como por Felipe de la Mata Pizaña, *Control de convencionalidad de los derechos político-electorales del ciudadano*, México, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 709-734.

La protección de los derechos humanos a través del juicio de amparo
en el nuevo modelo constitucional

Introducción

Durante más de un siglo y medio el juicio de amparo ha ocupado un lugar central en el foro jurídico mexicano. Y cuando digo *central*, no empleo el término con ligereza ni de manera retórica, sino que pretendo transmitir con la mayor precisión posible la relevancia que tiene una institución en términos que difícilmente podrían predicarse de cualquiera otra.

Ahora, la importancia de la cuestión va más allá del amparo mismo y exige dar respuesta a una sencilla pero acuciosa pregunta: ¿resulta deseable que una institución de naturaleza procesal tenga esa trascendencia?

Formulo esta interrogante porque creo que durante décadas hemos equivocado el enfoque al centrarnos en el cómo, descuidando el qué, el porqué y el para qué. En efecto, el juicio de amparo surgió como un mecanismo para la protección de los derechos humanos y, en ese sentido, su importancia derivaba de su objeto de tutela; sin embargo, el devenir de los años fue transfiriendo paulatinamente el centro de gravedad al procedimiento en sí mismo. Así, resulta sumamente común encontrar doctrina especializada, cursos y estudios sobre el juicio de amparo, pero no ocurría lo mismo con los derechos humanos que ese procedimiento protege.

Y es precisamente aquí donde quiero centrar mi preocupación, pues estimo que dice mucho de la situación que atravesamos como sociedad mexicana, el hecho de que nuestra principal preocupación sea un procedimiento —es decir, una cuestión procesal— por encima de los principios constitucionales que el mismo está llamado a proteger. Con ello no pretendo minimizar la importancia del juicio de amparo, pues la existencia de un procedimiento eficaz para la tutela de los derechos

Sumario

Introducción	1087
La tutela efectiva de los derechos humanos a través del amparo .	1089
Implicaciones de entender al juicio de amparo como un medio de control constitucional	1092
Alcances del juicio de amparo para reparar violaciones a derechos humanos y su complementariedad con otros mecanismos jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales	1094
Conclusión	1097

humanos es, en sí misma, un derecho. No obstante, deberíamos preocuparnos más por lograr que el mecanismo sea eficaz para cumplir con la finalidad para la cual fue diseñada, y menos por cuidarlo como si éste fuese un fin autónomo.

Personalmente, entiendo como un síntoma de la crisis en derechos humanos que atravesamos el hecho de que, durante muchos años, el juicio de amparo había dejado de ser una herramienta adecuada para la tutela de los derechos humanos, al menos desde el punto de vista de su accesibilidad, para convertirse en un conjunto de reglas de tan elevada complejidad técnica que su comprensión escapó al común de las personas e, inclusive, de las y los profesionales del derecho. De esta manera, las probabilidades de éxito de quien buscaba el amparo de la *Justicia de la Unión* se habían reducido dramáticamente, diluidas en un complejo entramado de requisitos legales y jurisprudenciales, complicado por escollos casi imposibles de sortear.

Lo verdaderamente preocupante de este escenario consistía en que el juicio de amparo se había alejado cada vez más de su vocación protectora para adquirir una naturaleza que podríamos calificar de *elitista*, pues alienaba de su esfera de tutela a quienes no poseían los conocimientos altamente especializados que su litigio requiere.

Teniendo presente la problemática antes expuesta, el Poder Revisor de la Constitución modificó de manera integral diversos postulados constitucionales sobre los cuales se erige el juicio de amparo en aras de renovarlo y simplificarlo. No obstante, resulta evidente que seguimos a la mitad del camino, pues cotidianamente nos enfrentamos a inercias y ataduras que han impedido la evolución definitiva del juicio de amparo.

Destaco con preocupación la insistencia de gran parte de las y los operadores jurídicos por forzar los nuevos principios y alcances del amparo hasta lograr encasillarlos en aquéllos que supuestamente debieran quedar atrás con la reforma constitucional de 2011. Utilizando una analogía simplista, pensemos en que la reforma pretendió construir un nuevo motor para el juicio de amparo, de modo que éste resultase un mecanismo más potente en la tutela de los derechos humanos; sin embargo, las y los operadores realizan incesantemente grandes esfuerzos para tratar de utilizar este nuevo elemento con cuatro ruedas viejas y con una carrocería en grave deterioro.

Es precisamente a esta necesidad de evolución a la que quiero dedicar las próximas líneas, destacando que el juicio de amparo debe conservar esa importancia central que ha tenido a lo largo de nuestra historia, pero no como un fin en sí mismo, sino como una especie de bisagra o puente, es decir, bajo una perspectiva que permita entenderlo como un mecanismo que permita materializar la transversalidad de los derechos humanos. Para ello, es indispensable tener en cuenta que la cuestión va más allá de lo estrictamente normativo y, definitivamente, mucho más lejos de lo específicamente relacionado con la reglamentación del juicio de amparo. En efecto, una adecuada comprensión del juicio de amparo exige partir de su función como mecanismo para la tutela de los derechos humanos.

De esta forma, estimo que lo que podríamos denominar la *reivindicación del juicio de amparo* a la luz de las reformas constitucionales de 2011 sólo puede entenderse a partir de diversas reflexiones en torno a: i) el marco constitucional que rige el concepto de *tutela efectiva* de los derechos humanos y la importancia del juicio de amparo

dentro del mismo; *ii*) las implicaciones de entender al juicio de amparo como mecanismo de control constitucional; y *iii*) los alcances del juicio de amparo para reparar violaciones a derechos humanos y su complementariedad con otros mecanismos jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales.

La tutela efectiva de los derechos humanos a través del amparo

Como consecuencia de una larga serie de reformas, nuestra Constitución ha cambiado significativamente su forma de conceptualizar y tutelar los derechos humanos. Solemos limitar este análisis a lo ocurrido con las reformas constitucionales de junio de 2011, pero en realidad éstas fueron la culminación de un camino que había iniciado desde algunos años antes, primero con la reforma al sistema de justicia penal de 18 de junio de 2008, y luego con la reforma de acciones colectivas de 29 de julio de 2010. Si agregamos a estas dos enmiendas constitucionales las de junio de 2011 en materia de amparo y derechos humanos, nos encontramos ante un contundente proceso encaminado a transformar el paradigma constitucional que imperaba en nuestro país, transformando la forma de entender a los derechos humanos y de lograr su tutela efectiva.

En cuanto al entendimiento de los derechos humanos, las modificaciones que dieron lugar al texto vigente de los primeros tres párrafos del artículo 1º constitucional tienen una enorme trascendencia: *i*) distinción conceptual entre los derechos humanos y sus garantías; *ii*) cambio en la postura del Estado, que en lugar de *otorgar* derechos humanos los *reconoce*; *iii*) ampliación de las fuentes de derechos humanos, sumando a la Constitución los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano; *iv*) reconocimiento constitucional del principio pro persona y del de interpretación conforme de normas de derechos humanos; y *v*) confirmación de la vinculación de todas las autoridades a tutelar derechos humanos a la luz de un catálogo preciso de obligaciones y deberes específicos, y bajo una serie de principios rectores.

Con base en este nuevo paradigma en materia de derechos humanos, las otras tres reformas ya mencionadas adquieren una dimensión mucho más profunda por el impacto que tienen para hacer realidad los derechos humanos, es decir, para lograr su *tutela efectiva*. La transformación de nuestro sistema de impartición de justicia en materia penal, el reconocimiento de las acciones colectivas y la simplificación y perfeccionamiento del juicio de amparo como mecanismo especializado en la tutela de derechos han permitido que desde la Constitución se generen condiciones normativas para ciudadanizar la impartición de justicia, haciéndola más accesible y eficaz para las personas.

Esta forma de entender la evolución de nuestra Constitución conduce a una conclusión ineludible: es imposible desvincular el marco normativo adjetivo del sustantivo. En el caso específico del juicio de amparo, resultaría un contrasentido interpretar sus alcances de un modo que no resulte compatible con el nuevo paradigma en materia de derechos humanos.

Al respecto, es menester considerar que la reforma constitucional en materia de derechos humanos ha significado, entre otras cosas, la superación de la aproximación clásica o dominante (*dominant narrative*) sobre los derechos fundamentales, dejando atrás tres de las tesis centrales sobre las que se sostenía: i) los derechos humanos tienen un *alcance limitado*, porque solamente protegen ciertos intereses especialmente importantes para los individuos; ii) imponen exclusiva o principalmente *obligaciones negativas* a cargo del Estado; y iii) los derechos únicamente *operan entre los ciudadanos y el Estado* y no en las relaciones entre particulares.¹

Para efectos de la presente exposición me centraré en la segunda tesis, respecto a la estructura que supuestamente caracteriza a los derechos humanos atendiendo al contenido obligacional que deriva de los mismos, pues ésta tiene una gran relevancia para el juicio de amparo.

De acuerdo con la aproximación clásica, los derechos humanos dan lugar exclusiva o principalmente a obligaciones de *hacer* o de *no hacer*. No obstante, el tercer párrafo del artículo 1º constitucional permite concluir que de todos los derechos humanos derivan obligaciones de respetar, proteger, garantizar y promover.² Así, el conjunto de estas obligaciones es lo que se conoce como *tutela efectiva* de los derechos humanos.

Con base en este catálogo es posible diseccionar la conducta del Estado en su conjunto y valorar, a partir de un análisis mucho más preciso, la dimensión específica de cada uno de los actos que se reputan transgresores de derechos humanos. De esta forma, el análisis de los actos reclamados dentro de un juicio de amparo debe evolucionar para superar la simple dicotomía entre actos y omisiones, en aras de poder determinar si en un caso la conducta reclamada:

1. Incumplió la obligación de *respetar* al implicar una transgresión o violación directa al derecho en cuestión, atribuible a la autoridad responsable.
2. Incumplió la obligación de *proteger* al traducirse en la falta de prevención de un ilícito o en la imposibilidad de evitar que una tercera persona antijurídicamente afectara o materializara la afectación de un derecho.
3. Incumplió la obligación de *garantizar* al conllevar la ausencia de generación de las condiciones para el ejercicio o disfrute de un derecho o la falta de elementos para remediar una violación al mismo.
4. Incumplió la obligación de *promover* al no generar o retroceder en la creación de una cultura encaminada a la tutela del derecho en cuestión.

El entendimiento pleno del contenido de cada una de estas obligaciones permite un cambio de enfoque en la valoración de las obligaciones estatales cuyo incumpli-

¹Kai Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 2.

²Artículo 1º [...].

³Todas 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. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. (Énfasis agregado)

miento puede dar lugar a una violación a derechos humanos. En efecto, más allá de constatar si la conducta es activa u omisiva, lo importante radica en que se determine exactamente cuál era la respuesta esperada de la autoridad señalada como responsable de una violación a derechos humanos, a la luz de su esfera competencial y del propio contenido del derecho en cuestión.

En relación con lo anterior, los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad operan como guías que rigen la interpretación de los derechos humanos, lo cual también impacta la forma en la que abordamos los casos de posibles violaciones a los mismos dentro del juicio de amparo.

De entrada, el principio de *universalidad* tiene alcances desde la óptica de la igualdad y no discriminación en todos los derechos. Por otra parte, el principio de *progresividad* —con la consecuente prohibición de regresividad— constituye una exigencia para los órganos legislativos y de impartición de justicia al momento de construir y garantizar contenidos de los derechos, e incluso impacta cuestiones como la asignación de presupuesto —etiquetado para derechos como salud y educación— y el desarrollo de políticas públicas. De hecho, creo que este principio tiene tal trascendencia que constriñe al mismo Poder Revisor de la Constitución, proscribiendo cualquier posibilidad de dar marcha atrás en el reconocimiento y tutela de un derecho humano que ya forme parte de nuestro bloque de constitucionalidad.

Finalmente, los principios de *indivisibilidad* e *interdependencia* obligan a las y los operadores jurídicos a partir de la base de que los derechos humanos, como manifestaciones de la dignidad humana, se encuentran en última instancia interconectados, de modo que resulta imposible satisfacer sólo algunos de ellos y pretender que se está tutelando adecuadamente la dignidad de las personas (*indivisibilidad*). Por otra parte, los alcances de un hecho victimizante pueden ir más allá de la violación estrictamente cometida, pues la transgresión a un derecho humano puede —y desafortunadamente suele— dar lugar a la afectación de otro u otros más (*interdependencia*). De esta manera, el impacto de estos principios en el juicio de amparo es innegable.

Esto ocurre, por ejemplo, con la imposición indebida de una sentencia condenatoria que conlleva la privación de la libertad de una persona. Aunque en sentido estricto el hecho victimizante se traduce en una violación a los derechos a la libertad, debido proceso y, posiblemente, a la presunción de inocencia, lo cierto es que la reparación de la violación no puede quedarse en la invalidación de la sentencia y la consecuente devolución de la libertad a una persona. En efecto, conforme al principio de interdependencia, no se puede soslayar que la condena también se tradujo en la suspensión de derechos político-electorales y en la existencia de antecedentes penales. Consecuentemente, la reparación de la violación en comento debe considerar los alcances reales del hecho victimizante.

Para concluir esta primera reflexión, las reformas constitucionales de junio de 2011 implicaron una rematerialización de la Constitución al permitir un nuevo entendimiento de los derechos humanos, lo cual necesariamente ha impactado el juicio de amparo como mecanismo para su tutela.

Los cambios a nivel constitucional inevitablemente deben permear hacia abajo, de modo que la variación en los postulados que lo rigen debe traducirse en una nueva forma de impartir justicia. No podemos justificar que nuestro mecanismo especializado para la tutela de derechos humanos permanezca inerte ante un cambio de tal magnitud en la forma de entender al objeto mismo de su protección.

Implicaciones de entender al juicio de amparo como un medio de control constitucional

Desde su origen, el juicio de amparo nació como un mecanismo jurisdiccional para la tutela de los derechos humanos. Adicionalmente, desde hace casi 150 años se convirtió en un instrumento para controlar la regularidad en sentido amplio de todos los actos de autoridad, incluyendo, por tanto, la legalidad de los mismos, gracias al fenómeno conocido como *desnaturalización del juicio de amparo*. No obstante, desde hace décadas se ha enfatizado el hecho de que, si el juicio de amparo permite tutelar derechos humanos y éstos se encuentran reconocidos a nivel constitucional, resulta inevitable concluir que entonces el juicio de amparo constituye un mecanismo específico de control constitucional.

Tradicionalmente llamamos medios o mecanismos de control constitucional a aquellos que permiten a un órgano materialmente jurisdiccional pronunciarse sobre la validez o regularidad constitucional de actos emitidos por otras autoridades, incluyendo normas generales. Históricamente, el modelo de control constitucional suele clasificarse en dos grandes esquemas: uno concentrado y otro difuso.

En México contamos con dos mecanismos de control constitucional típicos de un modelo concentrado —en su versión europea—: la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional. La reforma constitucional de 2011 incorporó uno nuevo cuyas características vale la pena reflexionar: la declaratoria general de inconstitucionalidad. No obstante, tradicionalmente se ha afirmado que el juicio de amparo también constituye un medio de control concentrado.

Partiendo de que es posible la existencia de modelos atípicos de control concentrado en los cuales no es un órgano sino varios quienes llevan a cabo el control, como aquí ocurriría con todos los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación —aunque en realidad se trata de *un* poder—, lo cierto es que el amparo presenta características sumamente particulares.

En efecto, el juicio de amparo constituye un mecanismo para la protección de los derechos humanos cuyos alcances lo encuadran también como un medio de control constitucional, en el cual puede cuestionarse la validez de normas generales. En estos términos, el amparo indirecto tiene mayores alcances que el amparo directo desde su función como medio de control constitucional, pues puede concluir con la expulsión de la norma de la esfera jurídica de la parte quejosa y, eventualmente, dar lugar al inicio de un procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad, según se mencionará adelante. Esto se explica en atención a que en el amparo indirecto la nor-

ma general es directamente el acto reclamado y las autoridades que participaron en su emisión actúan como partes en el juicio, lo cual hace que éste se centre en la regularidad de la norma general en cuestión.

A diferencia de lo anterior, en el amparo directo la validez de la norma general cuya inconstitucionalidad se argumenta incide en la esfera jurídica de la parte quejosa en tanto que dicha disposición opera como una de las premisas normativas que sustentan una sentencia, laudo o resolución que pone fin a un procedimiento seguido en forma de juicio. De esta manera, lo que se busca es la modificación de dicha premisa, pretendiendo que ello, a su vez, impacte en el razonamiento total que justifica el sentido de una sentencia o de una de las consideraciones de ésta.³

Lo antes expuesto evidencia que la relatividad de las sentencias de amparo constituye una característica que se asemeja significativamente al modelo de control difuso de constitucionalidad, lo cual se acrecienta en el caso del amparo directo, donde el pronunciamiento de constitucionalidad se limita a inaplicar la norma, pero sin expulsarla de la esfera jurídica de la parte quejosa.⁴

A pesar de todo esto, la Ley de Amparo prevé que cuando ya existe jurisprudencia que declara la inconstitucionalidad de una norma general emitida por la Suprema Corte, ésta resultará aplicable aun en ausencia de conceptos de violación o agravios, lo cual extiende los efectos del pronunciamiento de nuestro más alto tribunal.⁵

³Centrándonos en el juicio de amparo directo, esto ha llevado a reconocer dos cuestiones que, aunque operan de manera separada, no resultan mutuamente excluyentes. Por una parte, el planteamiento que se haga sobre la invalidez de una norma general no puede depender de circunstancias individuales o particulares —salvo que se reclame que dicha disposición resulta discriminatoria— sino que debe basarse en problemas propios del precepto combatido, pues de otra manera no se estaría ante un vicio de inconstitucionalidad propiamente dicho y se atendería, en realidad, a una cuestión de hecho aplicable al caso específico. Por otra parte, el planteamiento de constitucionalidad no debe basarse en cuestiones hipotéticas, sino que debe abordarse el estudio únicamente cuando la norma tildada de inconstitucionalidad se haya aplicado en perjuicio de la parte quejosa, y siempre que dicha aplicación haya trascendido al fallo que ahora se estudie. En efecto, si, como se dijo anteriormente, el tema referente a la validez de la norma general constituye una de las premisas del razonamiento jurisdiccional que se pretende revisar, será necesario que ésta se conecte con una premisa de hecho, de modo que el eventual estudio de la cuestión constitucional pueda llegar a beneficiar a la parte quejosa.

⁴*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*

Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:

[...].

II. Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda.

[...].

⁵*Ley de Amparo*

Artículo 79. La autoridad que conozca del juicio de amparo deberá suplir la deficiencia de los conceptos de violación o agravios, en los casos siguientes:

I. En cualquier materia, cuando el acto reclamado se funde en normas generales que han sido consideradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los Plenos de Circuito. La jurisprudencia de los Plenos de Circuito sólo obligará a suplir la deficiencia de los conceptos de violación o agravios a los juzgados y tribunales del circuito correspondientes; [...].

Sobre los alcances de la suplencia de la queja en este supuesto, véase en el amparo directo en revisión 1638/2015, resuelto el 4 de mayo de 2016 por mayoría de tres votos, bajo la ponencia del ministro Zaldívar Lelo de Larrea.

No obstante, la reforma constitucional dio un paso de gran relevancia con la incorporación de la *declaratoria general de inconstitucionalidad*. De acuerdo con dicho mecanismo, cuando existe jurisprudencia por reiteración derivada de amparos indirectos en revisión, la Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá, por mayoría calificada de ocho votos, declarar la inconstitucionalidad de una norma general y expulsarla definitivamente del ordenamiento jurídico. De esta forma, es posible que la Suprema Corte pueda invalidar normas que transgredan derechos humanos, dando con ello un alcance significativamente mayor al amparo como medio de control constitucional.

Por otra parte, esto puede leerse como que el simple pronunciamiento en una sentencia de amparo respecto a la inconstitucionalidad de una norma general constituye un paso ante una posible declaratoria general de inconstitucionalidad, lo cual tiene el efecto de prevenir futuras violaciones a derechos humanos que pudieran fundamentarse en el precepto invalidado.

Alcances del juicio de amparo para reparar violaciones a derechos humanos y su complementariedad con otros mecanismos jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales

Uno de los temas más relevantes de la reforma constitucional en materia de derechos humanos ha sido el referente a la reparación de violaciones a derechos humanos. El tercer párrafo del artículo 1º constitucional establece que las violaciones a derechos humanos se repararán en términos de ley. Las preguntas obvias son dos: ¿existe un contenido constitucional mínimo que debe seguir la reparación? y, ¿cómo señala la ley que deben repararse las violaciones a derechos humanos?

El tema se desdobra en dos grandes rubros, dentro de los cuales el juicio de amparo tiene injerencia en distintas dimensiones.

En primer lugar, gracias al reconocimiento del control difuso en nuestro país, hoy cualquier autoridad jurisdiccional puede interpretar y aplicar la Constitución. Esto ha generado un replanteamiento de muchísimos asuntos que tradicionalmente se valoraban desde una perspectiva estrictamente legal, principalmente civilista, y que ahora se entienden como cuestiones que involucran derechos humanos.

Salvo los casos que involucran violaciones de naturaleza contractual o que repercuten en afectaciones a derechos estrictamente patrimoniales, muchos de los litigios que se desarrollan día con día en nuestro país y en los cuales se plantea el surgimiento de responsabilidad por la comisión de hechos ilícitos, se están reenfocando desde una perspectiva de derechos humanos. Esto se ha visto con claridad en materia civil y administrativa, y en menor medida en la laboral y penal. No obstante, lo cierto es que en todas esas materias se están analizando los daños provocados a la luz de los derechos humanos que se ven transgredidos.

Volviendo al tema de la aproximación clásica de los derechos humanos, esto representa una superación de dos tesis: la que señala que los derechos humanos sólo tienen un alcance limitado y la que refiere que rigen únicamente frente al Estado. En

esa línea, los derechos humanos están permeando en todas las relaciones jurídicas, permitiendo analizar los hechos victimizantes desde una óptica integral que genere que la eventual reparación del daño se realice tomando en consideración todas y cada una de las afectaciones que el hecho dañoso haya provocado en la vida de la persona afectada. Aclaro que esto no implica desconocer los distintos elementos de la responsabilidad por hechos ilícitos, sino que simplemente conlleva una forma distinta de valorar los daños y de dimensionar las reparaciones.

En este tipo de asuntos, el juicio de amparo directo es determinante, pues permite que los tribunales colegiados de circuito y la Suprema Corte de Justicia de la Nación revisen si los casos sometidos a su conocimiento se resolvieron conforme a los estándares que rigen la reparación integral del daño.

En segundo lugar, existen casos en los que es directamente dentro del juicio de amparo donde se analiza la existencia de una violación a derechos humanos, lo que da lugar a que las y los jueces de distrito se enfrenten a la necesidad de dictar ciertas medidas tendientes a reparar las consecuencias del hecho victimizante. El problema aquí radica en que la Constitución establece que las reparaciones se harán en términos de la ley, y la Ley de Amparo prevé como medida de reparación la restitución del daño.

Al respecto, la jurisprudencia interamericana, la Asamblea General de Naciones Unidas y la Ley General de Víctimas reconocen que la reparación integral del daño abarca medidas de restitución, satisfacción, indemnización, rehabilitación y no repetición. Así, la cabida de cada una de éstas dentro del juicio de amparo fue recientemente objeto de estudio por parte de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el amparo en revisión 706/2015.⁶

Como se reconoció en el asunto en cita, la restitución consiste en lograr que la persona vuelva a disfrutar del derecho vulnerado por el acto estatal considerado como hecho victimizante. No obstante, el contenido de dicha medida debe ser comprendido en un sentido amplio, de modo que pueda dar lugar, por ejemplo, a: anulación de condenas, multas y antecedentes penales; reposición de procedimientos para que se respete el debido proceso o se investigue de acuerdo con los estándares aplicables (como el de perspectiva de género, por ejemplo); el restablecimiento de la libertad, del disfrute de los derechos humanos violados, o de la identidad, la vida familiar, la ciudadanía y los derechos políticos; la devolución de bienes y propiedades —o el pago de su valor actualizado—, incluyendo la de tierras ancestrales; el regreso digno y seguro al lugar de residencia; la reintegración en el empleo y en el goce de las garantías de seguridad social; la eliminación de normas discriminatorias, de modo que dejen de constituir un impedimento para el ejercicio de un derecho; y llevar la rehabilitación física y psicoemocional como una forma de restitución a personas cuya integridad fue dañada.

Esto amerita dos reflexiones. La primera consiste en que la Suprema Corte está partiendo de un entendimiento tan amplio del concepto de restitución, que incluso da

⁶Aprobado por unanimidad de cinco votos en sesión de 1 de junio de 2016. A la fecha de conclusión del presente artículo, la sentencia aún se encontraba en proceso de engrose.

cabida a medidas de rehabilitación, bajo la premisa de que si uno de los derechos transgredidos es el de la salud o integridad, también debe restituirse el goce de éste.

La segunda atiende, en la línea de lo ya expuesto, a la necesidad de que las y los jueces de amparo actúen con gran diligencia y precisión al identificar cuál es el acto reclamado para entenderlo como lo que es: un hecho victimizante. Desde esta óptica, será fundamental que se revisen todas y cada una de las consecuencias intrínsecas de ese hecho victimizante, de modo que, a la luz del principio de interdependencia de los derechos humanos, se determine cuáles fueron en realidad los derechos violados. Esto implica romper con la idea de que un acto reclamado implica la transgresión a un derecho cuando, en realidad, un solo hecho victimizante puede llegar a tener un impacto multidireccional en la vida de una persona, dando paso a múltiples violaciones a sus derechos.

En estos términos, quedarán obligadas por la ejecutoria que eventualmente se dicte tanto las autoridades responsables como aquellas que resulten vinculadas por su cumplimiento, en los términos establecidos al respecto en la Ley de Amparo y sin que ello altere la Litis del juicio (acto reclamado-autoridad responsable-parte quejosa).

Continuando con el precedente en cita, la Suprema Corte también sostuvo que el cumplimiento sustituto de las sentencias de amparo que permite el pago de daños y perjuicios en casos en los que sea imposible la restitución, debe entenderse como una medida indemnizatoria con un alcance limitado, pues procede de manera subsidiaria y excepcional, cuando sea la única forma de reparar el daño.

Finalmente, en dicho asunto también se sostuvo que, según su regulación procesal, el juicio de amparo permite el dictado de ciertas medidas de satisfacción y no repetición. En el primer rubro se encuentran la emisión misma de la sentencia como una declaración oficial de lo ocurrido, y la vista que se da a las autoridades competentes en caso de hechos posiblemente constitutivos de delito y ante ciertas violaciones a derechos humanos. En el segundo rubro se encuentra la emisión del precedente, la de jurisprudencia que declara inconstitucionalidad de normas generales y la posibilidad de una declaratoria general de inconstitucionalidad, por medio de las cuales se van construyendo las bases para evitar que hechos como los que dieron lugar a la violación de derechos humanos en un caso vuelvan a ocurrir.

Las ideas antes expuestas tienen una doble finalidad. Por una parte, reforzar la idea de que el juicio de amparo tiene como objeto principal la tutela de derechos humanos, de modo que las sentencias que se dicten dentro del mismo partan de la base de que las y los jueces de distrito son, precisamente, garantes de estos derechos. Así, cada sentencia debe dictarse bajo una perspectiva de derechos humanos y entendiendo todas las consecuencias que derivan de un hecho victimizante.

Por otro lado, se busca reconocer cuáles son los límites del juicio de amparo, pero no para trazar una línea que impida la actuación del Estado en aras de lograr una reparación más completa del daño, sino para vincular a este procedimiento jurisdiccional con otros que pueden dar lugar a un conjunto adicional de medidas.

Aquí destacan, particularmente: el procedimiento administrativo que siguen las comisiones de víctimas —federal y locales— para dictar medidas de reparación con

base en lo que determinen sus respectivos comités interdisciplinarios evaluadores; el procedimiento cuasi-jurisdiccional ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, cuyas recomendaciones dan lugar a diversas medidas de reparación; el procedimiento materialmente jurisdiccional ante el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación que también permite el dictado de medidas reparadoras cuyo cumplimiento es obligatorio, tanto para particulares como para autoridades; y otros procedimientos jurisdiccionales, como la reparación patrimonial y las acciones civiles, específicamente diseñadas para obtener una reparación del daño.

El juicio de amparo no es, afortunadamente, la única herramienta para quienes han sufrido un hecho victimizante. Constituye un mecanismo especializado, pero que se complementa con el complejo andamiaje normativo e institucional que desde la Constitución se ha construido para lograr que en cada caso una persona en situación de víctima encuentre la reparación integral de las afectaciones resentidas. Lo importante es entender que el juicio de amparo no se encuentra desvinculado de este sistema normativo, sino que constituye una pieza que debe armonizarse con el resto.

Conclusión

La reforma constitucional en materia de derechos humanos significó un auténtico cambio de paradigma constitucional que rematerializó el texto de nuestra Norma Fundamental, reconstruyendo el concepto imperante de *derecho fundamental*. A partir de este concepto es que deben pensarse los alcances que tienen las modificaciones que la reforma constitucional en materia de amparo representó para el juicio respectivo. Insistir en construcciones dogmáticas que continúen anclando al juicio de amparo en los esquemas de un modelo constitucional ya superado implica olvidar que el juicio de amparo es absolutamente irrelevante si no se entiende como el instrumento especializado para la tutela efectiva de los derechos humanos.

Esta necesaria evolución transita, desde mi punto de vista, por tres ejes fundamentales: *i)* el juicio de amparo como medio para tutelar derechos humanos; *ii)* el juicio de amparo como mecanismo de control constitucional; y *iii)* el juicio de amparo como instrumento para reparar violaciones a derechos humanos y para articular los distintos procedimientos previstos para el mismo efecto.

Podemos dedicar infructíferamente todas nuestras energías a construir malabares argumentativos para justificar que, pese a que nuestra Constitución ha cambiado el juicio de amparo, sigue siendo el mismo; o podemos empezar a aceptar que nos rige un nuevo texto constitucional que exige un replanteamiento de todo aquello que choca con el mismo. En no pocas ocasiones he escuchado la frase de que por encima de la Constitución, nada ni nadie. Estoy de acuerdo, por lo que me atrevo a afirmar que por encima de la Constitución, nada, ni siquiera las viejas ideas de lo que antes era la Constitución.

Implicaciones de la justicia internacional:
claves para una lectura jurisdiccional internacional en el siglo xxi

A manera de introducción:
la justicia internacional en los últimos 100 años

Del cúmulo de sucesos que en los últimos años han provocado una transformación en la manera de explicar la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional, hay uno que sobresale por mucho: la expansión de tribunales y cortes internacionales, y sus sentencias y opiniones como consecuencia de su intensa actividad. Esto es, presenciamos una ampliación de los foros que ofrecen justicia internacional y que parecen competir, aunque en realidad complementen o actúen en deficiencia, con las instituciones nacionales. En el mejor de los casos, las sentencias suelen ser cumplidas por los gobiernos responsables internacionalmente, pero no es difícil encontrar cumplimientos incompletos, intentos fallidos de cumplimiento, o sencillamente negación de cumplimiento. En cualquier caso, cada vez con mayor frecuencia encontramos posicionamientos oficiales de los Estados frente a sentencias condenatorias que de alguna manera buscan esquivar la responsabilidad de cumplimiento.

Las sentencias recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las resoluciones dadas en el marco del sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial de Comercio, o la intensa actividad que en los últimos 15 años la Corte Internacional de Justicia ha desarrollado para Estados latinoamericanos, demuestran que, sobre todo en nuestra región latinoamericana¹ hemos encontrado en la vía judicial, no sin

¹No se desconoce que el Pacto de Bogotá, en 1948, ya había sentado las bases de una apuesta regional a la solución pacífica de las controversias, pero ha sido por mucho en los últimos años donde, al menos en el foro judicial de Naciones Unidas, los Estados latinoamericanos han acudido frecuentemente a dirimir sus controversias.

Sumario

A manera de introducción: la justicia internacional en los últimos 100 años	1099
El problema teórico del derecho internacional en el siglo xxi y las jurisdicciones internacionales en el modelo pos westfaliano	1101
El uso del derecho internacional en sede nacional. Referencia a Eirlich, la Contradicción de Tesis 293/2011 y a la sentencia S.A.S.	1103
<i>Res iudicata</i> y <i>res interpretata</i> : nuevo valor a las sentencias internacionales	1107

sobresaltos, una apuesta para la consolidación de la región a partir del fortalecimiento de la paz, de la democracia y de la protección de los derechos fundamentales; pero también una última posibilidad de acariciar la noción de justicia.

La primera referencia judicial al significado de la controversia, en el derecho internacional público, apareció en las primeras sentencias de la Corte Permanente de Justicia Internacional;² mientras que la idea de justicia internacional, con un contenido moral, se fortaleció con la creación de los tribunales penales *ad hoc*, en la segunda posguerra, y todavía más con la aparición de los tribunales regionales de derechos humanos.³ Han sido sobre todo estos últimos los que han abierto un panorama esperanzador en las sociedades que hace no mucho tiempo presenciaron gobiernos dictatoriales o autoritarios. Hoy no hay duda de que el acceso internacional a la justicia, sobre todo frente a la comisión de crímenes penales internacionales y/o de violaciones graves a derechos humanos, pretende demostrar que el derecho internacional está cada vez más asentado en la función judicial. El resultado es que en el siglo XXI, casi cien años después de la aparición de la Corte Permanente, la comunidad internacional cuenta con más tribunales, cortes y foros cuasi judiciales internacionales que nunca antes en la historia de la humanidad.

Si pensamos este crecimiento de órganos jurisdiccionales internacionales a la par de la vida constitucional mexicana iniciada en la era posrevolucionaria, advertiríamos que mientras en el derecho internacional hemos tenido un crecimiento de normas procesales y de foros judiciales, nuestro texto constitucional sigue asentado en la (agotada) fórmula del artículo 133 (la Ley Suprema de toda la Unión) y en la (renovada pero limitada) fórmula del artículo 1º, reformado en 2011, que apuntan solamente a los derechos humanos consagrados en tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte. No hay pues correspondencia entre el desarrollo del derecho internacional en cien años —si tomamos como punto de partida la Paz de Versalles— con las referencias gramaticales constitucionales, ni con la apertura que los actores nacionales debieran darle a la justicia internacional en el siglo XXI.

En 1917 era incipiente la existencia de las organizaciones internacionales, que se fortalecería con la llegada de la Liga de la Naciones, en 1919. Era también incipiente el escenario mismo de las soluciones jurisdiccionales de las controversias internacionales, pues el arbitraje, más antiguo que el arreglo judicial, se había inaugurado con el Tratado Jay en 1794,⁴ pero no sería hasta 1922, con la inauguración de la Corte Permanente de Justicia Internacional, que comenzaría la era de la solución judicial internacional. Cien años después, el derecho internacional judicial (por denominarle así a las soluciones de controversias en foros judiciales o cuasi judiciales no nacionales) ha cobrado tal importancia que constituye una de las soluciones más recurri-

²“A dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons”, Permanent Court International of Justice, *The Mavrommatis Palestine Concessions*, 30 de agosto de 1924, Serie A, núm. 2, p. 11.

³Cfr. Cesáreo Gutiérrez Espada y María José Cervell Hortal, *El derecho internacional en la encrucijada. Curso general de Derecho Internacional Público*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2012, pp. 25-26.

⁴Cfr. Chester Brown, “The Proliferation of International Courts and Tribunals: Finding your Way through the Maze”, en *Melbourne Journal of International Law*, vol. 3, 2002, Review Essay.

das de las contempladas en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas y que permiten la participación de un tercero ajeno a la controversia.

Lo que se dirá enseguida tiene como marco esta multiplicación de órganos idóneos para solucionar pacíficamente las controversias internacionales. Principalmente, se advertirá en la manera que los tribunales de derechos humanos han utilizado para retocar los fundamentos de la función judicial en sede internacional, y cómo puede desplegar un diálogo entre jueces internacionales y actores nacionales. No obstante ello, se comenzará con una advertencia: subsiste un problema teórico para pensar un nuevo derecho internacional judicial, a partir de las concepciones que permitieron el nacimiento de la comunidad internacional en el siglo XVII. Y al final, se apelará a una suerte de prudencia judicial, que a partir del diálogo plantee un mejor escenario de protección de derechos; pues en estricto sentido los sistemas de justicias nacionales y el internacional apuntan a una misma meta: la impartición de la justicia.

El problema teórico del derecho internacional en el siglo XXI y las jurisdicciones internacionales en el modelo pos westfaliano

Buena parte de las reflexiones jurídicas actuales en América Latina, pensemos por ejemplo en lo que se pretende describir como neoconstitucionalismo,⁵ incide necesariamente en la aproximación que se tenga del derecho internacional en general, y de la justicia internacional (de derechos humanos si se quiere mayor precisión) en particular.⁶ Vigente también en México, este planteamiento parte de ubicar limitaciones teóricas, conceptuales, metodológicas, que necesariamente implicarían una redimensión de la noción de Estado, según el derecho internacional. Quizá en algo haya cambiado ya el modelo que se había diseñado en Westfalia.

Bajo ese modelo *westfaliano*, que planteó durante siglos la igualdad soberana de los Estados —si bien solamente los europeos diseñaron este derecho internacional mediante la conformación de un club cerrado—,⁷ era poco probable que temas reservados a la jurisdicción nacional fueran atendidos en sede internacional. Por ejemplo, el derecho penal o la protección de derechos humanos gozaron siempre de la exclusividad del juez nacional para resolver los conflictos que surgieran en las relaciones sociales dentro del territorio y jurisdicción del Estado.⁸ Sin pretender reducir el deba-

⁵Una aproximación a lo que se entiende por neoconstitucionalismo, puede leerse en Paolo Comanducci, “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”, en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2006, pp. 75 y ss.

⁶Cfr. Laurence Burgoghe-Larsen, *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, México, Porrúa-IMDPC, 2013, p. XXIII.

⁷La noción de un club cerrado como creador del derecho internacional europeo, referido también como derecho público europeo, puede ser revisada en Mohammed Bedjaoui, *Droit international. Bilan et perspectives*, París, Pedone, 1991, p. 5; y en Martti Koskeniemi, *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Ciudad Argentina-Universidad Complutense, 2005, pp. 397 y ss.

⁸Francesco Francioni, “International law as a common language for national courts”, en *Texas International Law Journal*, vol. 36, núm. 3, 2001, p. 588.

te que la comunidad internacional ha debido pasar desde 1648 hasta nuestros días, lo que sí es cierto es que hemos transitado de un derecho internacional oligárquico a un derecho cosmopolita⁹ donde, queramos o no, en el centro de la discusión aparece cada vez con mayor fuerza la presencia de las personas físicas, en tanto ciudadanos.¹⁰

La aproximación neoconstitucionalista de los estudios jurídicos, según César Rodríguez Garabito, presenta un problema metodológico,¹¹ pues todavía no se ofrece un modelo teórico después de Westfalia lo suficientemente sólido, que permita primero entender, luego describir, los fenómenos sociales de nuestros tiempos, particularmente los que se presentan en los territorios latinoamericanos. El autor colombiano identifica cuatro premisas teóricas que debieran ser superadas por el neoconstitucionalismo para encaminarse al nuevo modelo poswestfaliano: el Estado-nación como unidad de territorio, autoridad política y ordenamiento jurídico; la economía nacional como objeto de regulación y espacio de redistribución; la sociedad civil nacional como espacio de ciudadanía; y la equivalencia entre Estado y nación.¹²

No se pretende abordar las cuatro premisas en este trabajo, acaso sólo asentarnos en la primera para desarrollar aquello que se quiere decir: que la jurisdicción internacional (particularmente la penal y la de derechos humanos, pero también la comercial, la de inversiones o la de la integración europea) ha trastocado los cimientos de la noción de Estado, tal como la habíamos entendido durante siglos.

Como autoridad política y de ordenamiento jurídico, el Estado-nación supone la exclusividad de regulación normativa en su territorio. Sin embargo, demostrarlo en la realidad, o incluso advertirlo, es cada vez más problemático. Esa función regulatoria está compartida por instituciones internacionales en distintas ramas de la vida social.¹³ Además, Rodríguez Garabito indica que las entidades privadas y las organizaciones no gubernamentales, aunque en menor medida, también pueden incidir de manera importante en las decisiones que antes eran sólo espacio discrecional, tantas veces arbitrario, de los gobiernos estatales.

Es cierto que la provocación de pensar diferente la noción de Estado, o de pensar en una visión de autoridad internacional, o de derecho público que encierre legislaciones nacionales e internacionales como un solo bloque, ha sido soportada por instituciones internacionales no judiciales; pero sería un error si no pensamos que de al-

⁹Cfr. Jürgen Habermas, *Un ensayo sobre la constitución de Europa*, Madrid, Trotta, 2012, pp. 78-91.

¹⁰Cfr. Cristina García Pascual, *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2015, pp. 172-176.

¹¹“...el neoconstitucionalismo adolece de los problemas del marco westfaliano...”. César Rodríguez Garabito, “Navegando la globalización: un mapamundi para el estudio y la práctica del derecho en América Latina”, en César Rodríguez Garabito (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2011, pp. 71.

¹²*Ibidem*, pp. 72-73.

¹³Sobre la función reguladora de instituciones internacionales en ámbitos exclusivos del Estado puede verse Armin von Bogdandy, “Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany”, *Harvard International Law Journal*, vol. 47, núm. 1, 2006, pp. 223-242; Armin von Bogdandy, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, UNAM, 2011, pp. 93-119; Matthias Goldmann, “Necesitamos cortar la cabeza al Rey: enfoques pasados, presentes y futuros sobre el *soft law* internacional”, en *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, Nueva Época, núm. 2, enero-junio 2015, pp. 45-109.

guna manera los órganos jurisdiccionales internacionales han encontrado también un camino para explorar modificaciones a la estructura de la solución de las controversias.

Puede decirse que la justicia basada en normas internacionales ha emprendido dos caminos de aplicación, y que en México han resultado controvertidos por la postura monista que durante años sirvió para entender nuestro sistema jurídico.¹⁴ Por un lado, se abrió la posibilidad de que los jueces nacionales se acercaran al derecho internacional como derecho aplicable; por el otro, las jurisdicciones internacionales, particularmente las regionales de derechos humanos, han intentado superar la regla del valor inter partes de una sentencia internacional.

En el primer caso, nociones como control de convencionalidad, interpretación conforme a tratados internacionales, o interpretación más favorecedora en el goce de un derecho, han permitido que los jueces nacionales, incluso las autoridades no judiciales de un Estado, puedan resolver o actuar con base en normas internacionales. En el segundo, bien puede verse en la postura de los Estados, por ejemplo Grecia en la sentencia Alemania *vs* Italia de la Corte Internacional de Justicia,¹⁵ pero sobre todo en las posiciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia Gelman, pues ahí el efecto obligatorio de una decisión se extiende no solamente a las partes en la controversia, sino a las partes del tratado que se interprete. En esas dos dimensiones analizaremos la manera en que el sistema de justicia internacional trasciende los pilares de la concepción clásica westfaliana del derecho internacional.¹⁶

El uso del derecho internacional en sede nacional. Referencia a Eirlich, la Contradicción de Tesis 293/2011 y a la sentencia S.A.S.

Si se analiza con detenimiento, la posibilidad de que los jueces nacionales se ocupen del derecho internacional no es reciente. No obstante ello, en México tuvo que ser la Corte Interamericana, con la sentencia Radilla Pacheco, la que desencadenara una buena cantidad de reflexiones sobre cómo y quiénes se deben ocupar en el territorio nacional de aplicar y verificar que se cumpla el derecho internacional. Ya en 1928,

¹⁴Postura que parece ya definitivamente superada en México, después de la resolución de la Contradicción de Tesis 293/2011. Puede verse Guillermo Enrique Estrada Adán, “El diálogo judicial en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: revisión del *ius commune* y la Contradicción de Tesis 293/2011”, en José Luis Caballero *et al.* (coords.), *Los derechos políticos electorales en Michoacán. Dimensión internacional, constitucional y local*, Morelia, Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, 2015, pp. 45-74.

¹⁵Me refiero a International Court of Justice, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, juicio de 3 de febrero de 2012, párr. 11.

¹⁶Un tercer tipo de fenómeno en las jurisdicciones internacionales está planteada en términos de posibles empalmes de competencia, y por tanto posibilidad de encontrarse con sentencias contradictorias, pues los principios de cosa juzgada internacional o litispendencia no necesariamente anulan, en todos los casos, las competencias de otros órganos jurisdiccionales. Sin embargo, este tipo de problemática ha sido ya explorada abundantemente por la Comisión de Derecho Internacional en 2006 (Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional*, Informe de la Comisión de Derecho Internacional 58º periodo de sesiones, A/61/10, 2006, 294 p.), y aunque podríamos insistir en soluciones, escapa el objetivo de este trabajo que en realidad se centra en la implicación del sistema de justicia internacional en el derecho nacional.

Ludwik Ehrlich, profesor polaco en la universidad de Lwów, sostuvo en su curso de la Academia de La Haya, algo que en realidad nos parecería obvio y contundente pero que hacía falta decir: las autoridades administrativas o judiciales de un Estado, se encuentran frente a la necesidad de interpretar el tratado que efectivamente ha sido consentido por su Estado y cuando se encuentre en vigor.¹⁷

El problema que advierte Ehrlich, quien también fue juez de la Corte Permanente de Justicia Internacional, es saber si el tratado internacional debe ser interpretado por principios de derecho internacional o puede su derecho nacional plantear una específica manera de interpretarlo. En realidad, si un Estado decide usar el tratado e interpretarlo con base en sus reglas jurídicas nacionales, solamente deberá advertir que el resultado no sea contrario a una obligación internacional, pues de lo contrario provocaría la responsabilidad internacional. Es cierto que cuando Ehrlich imparte su curso en La Haya, no contábamos con el derecho de los tratados reunido en la Convención de Viena, que no se firmará hasta 1969, pero no eran olvidados los principios que el propio Hugo Grocio o Vattel habían ya aplicado al derecho contractual internacional.¹⁸

En realidad, lo que se dice es que el derecho internacional convencional, que tiene reglas específicas para que los Estados puedan obligarse voluntariamente a él, es derecho aplicable en los actos que se encuentran bajo la jurisdicción de un Estado. Sí es cierto que entre monistas y dualistas pasaron el siglo XX en constante revisión de cuál era la mejor manera para que el derecho internacional formara parte del derecho nacional; pero cualquiera que fuera la posición doctrinal no se discutía si, una vez parte del derecho interno, el internacional debería ser utilizado. En México, como se ha dicho ya con suficiencia y en abundancia, nuestra postura monista nacionalista inundó las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Unión siempre que se discutió la jerarquía de los tratados internacionales frente a las normas mexicanas.¹⁹ El resultado indiscutible siempre fue la supremacía de la Constitución.

Esta circunstancia, sin embargo, ha cambiado a partir de la reforma constitucional al artículo 1º, en el 2011, y con la decisión de la Contradicción de Tesis 293/2011,²⁰ resuelta en septiembre de 2013. Ahora, responder a la pregunta si en México somos monistas o dualistas, monistas nacionalista o internacionalistas, resulta estéril, pues la respuesta debiera ser depende (en la medida que debemos precisar cuál es la norma más

¹⁷Cfr. Ludwik Ehrlich, “L’interprétation des traités”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International*, vol. 24, núm. IV, 1928, pp. 5-145.

¹⁸Cfr. Hugo Grocius, *Le droit de la guerre et de la paix*, París, Presses universitaires de France, 1999, pp. 396-399; Emer de Vattel, *Le droit des Gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, vol. I, Washington, Carnegie Institution of Washington, 1916, p. 461.

¹⁹Durante mucho tiempo, el diseño constitucional latinoamericano suponía que los tratados internacionales podían relacionarse en niveles supraconstitucionales, constitucionales e infra constitucionales (legal e infralegal). En eso fue la discusión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en distintos momentos de su historia. Sobre todo pueden verse los criterios de la Octava y Novena épocas. cfr. Guillermo Enrique Estrada Adán, “Ubicación jerárquica de los tratados internacionales de integración en el sistema jurídico mexicano”, en Carlos Humberto Reyes Díaz (coord.), *Temas selectos de comercio internacional*, México, Porrúa/Facultad de Derecho de la UNAM, 2008.

²⁰Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de Tesis 293/2011, entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

protectora, y si no hay restricción expresa en la Constitución). Otro tanto infructuoso es responder a la pregunta sobre la jerarquía de los tratados internacionales, ni siquiera cuando se precisa por los derechos humanos, pues la forma gramatical que usa la Constitución en el párrafo primero del artículo 1º, es *derechos humanos consagrados en tratados internacionales* y no tratados internacionales de derechos humanos, que sí refiere en el párrafo segundo. Esto provocaría hacer una precisión respecto de si el artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, derecho a la vida, tiene una jerarquía diferente del artículo 51 de la propia Convención, que contempla la elaboración de un informe por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Formalmente, para usar la frase de la Suprema Corte mexicana, deberíamos decir que existe un parámetro de control de regularidad constitucional, en la medida que lo que importa es la protección de los derechos y no necesariamente seguir la postura monista nacionalista o la internacionalista. Si esto puede ser reflexionado y debatido, entonces estaríamos un paso más cerca de repensar una relación entre el derecho nacional y el derecho internacional sin el fantasma de la concepción westfaliana.

Pero el énfasis que se hace en este trabajo no es tanto de las normas sustantivas convencionales o de otro tipo —bien podrían ser consuetudinarias, producto de resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, etcétera—, sino de la influencia de las decisiones de los órganos jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales de derechos humanos. Esto es, la segunda parte de la Contradicción de Tesis referida.

Vale decir aquí que el desencuentro de los tribunales colegiados de circuito que propiciaron la contradicción de criterios solamente se tocaba en lo referente a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,²¹ y dejó fuera la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, que por supuesto interpretara normas convencionales obligatorias para México. Por ejemplo, no quedan contempladas dentro de la decisión de la Corte, las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, o las del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas; ni

²¹Me refiero a las tesis: “JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. Una vez incorporados a la Ley Suprema de toda la Unión los tratados internacionales suscritos por México, en materia de derechos humanos, y dado el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible invocar la jurisprudencia de dicho tribunal internacional como criterio orientador cuando se trate de la interpretación y cumplimiento de las disposiciones protectoras de los derechos humanos”, Novena Época; Registro: 168312; Instancia: Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito; Tesis Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su *Gaceta*; tomo XXVIII, diciembre de 2008; Materia: Común; p. 1052; y “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO. Tratándose de los derechos humanos, los tribunales del Estado mexicano como no deben limitarse a aplicar solo las leyes locales, sino también la Constitución, los tratados o convenciones internacionales conforme a la jurisprudencia emitida por cualesquiera de los tribunales internacionales que realicen la interpretación de los tratados, pactos, convenciones o acuerdos celebrados por México; lo cual obliga a ejercer el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, porque este implica acatar y aplicar en su ámbito competencial, incluyendo las legislativas, medidas de cualquier orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, a través de políticas y leyes que los garanticen”. Novena Época; Registro: 164611; Instancia: Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito; Tesis Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su *Gaceta*; tomo XXXI, mayo de 2010; Materia: Común; p. 1932.

tampoco aquellas decisiones de la Corte Internacional de Justicia²² o de cualquier otro tribunal internacional siempre que versaran sobre temas de derechos humanos consagrados en normas internacionales obligatorias para el Estado mexicano. Una postura mucho más incluyente sería la que abarque la vinculatoriedad de todo ese arsenal de decisiones.

Es cierto que en forma de diálogo, pero la Suprema Corte mexicana abrió la puerta a las decisiones de un tribunal internacional, que en principio se rige bajo el principio de valor inter partes de sus sentencias, siempre que propicie modelos de mayor protección de derechos de las personas. La vinculatoriedad propuesta, que no obligatoriedad, se centra en la noción de diálogo judicial, donde no existen necesariamente criterios de jerarquía o de obligación jurídica.

Concluye la Corte que:

...los criterios emanados de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos resultan vinculantes para los jueces nacionales con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio, toda vez que dotan de contenido a los derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

...

Por consiguiente, este carácter vinculante de la jurisprudencia interamericana exige a los operadores jurídicos mexicanos lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos de las personas.

Al final, por diálogo debe entenderse, en todo caso, no la sola reproducción de sentencias o criterios, sino un estudio del caso, de las circunstancias y razonamientos, argumentos o interpretaciones de los jueces.²³ En ese sentido, es el aparato de justificación utilizado en cualquier sentencia estudiada, el que puede aportar realmente nuevos elementos de protección.

²²Por ejemplo, el 30 de noviembre de 2010, la Corte Internacional de Justicia declaró violaciones a tratados típicos de derechos humanos, uno de carácter universal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y otro de carácter regional, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Evidentemente, fue necesario que la República de Guinea ejerciera protección diplomática en beneficio del señor Diallo, y en contra de la República Democrática del Congo. Los hechos aludidos configuraban violaciones a la libertad, consistentes en detenciones arbitrarias, así como una violación a derechos de tipo mercantil. *Cfr.* International Court of Justice, case “Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea vs. Democratic Republic of the Congo)”, juicio de 30 de noviembre de 2010.

²³En materia de derechos humanos, el diálogo contempla tres dimensiones: entre las jurisdicciones regionales (que también refiere un diálogo cultural), entre éstas y las constitucionales, y entre las constitucionales entre sí. *Cfr.* Flávia Piovesan, “Derechos Humanos y diálogo entre jurisdicciones en el contexto latinoamericano”, en Armin von Bogdandy, Juan Ignacio Ugarte-mendia *et al.* (coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2012, p. 355.

Una reflexión más en este uso del derecho internacional en sede nacional se produce por lo dicho en la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en julio de 2014, en la sentencia *S.A.S. versus Francia*. En los hechos del caso, está la prohibición de portar velo integral en lugares públicos, en territorio francés, a la demandante, nacida en Paquistán. La decisión de la Corte, en atención al argumento sostenido por el Estado demandado, supone que el rostro juega un papel fundamental en la interacción social. Es en esos espacios públicos donde pueden ofrecerse relaciones interpersonales abiertas y, debido a un consenso social, conocer el rostro es un elemento indispensable de la vida en común.²⁴ Pero es en la discusión sobre el margen de apreciación francés en el caso, donde el órgano jurisdiccional recuerda que el Convenio Europeo, y por tanto el sistema europeo, tienen un rol subsidiario de las jurisdicciones nacionales. Y debido a ello, las autoridades nacionales disfrutaban de una legitimidad democrática directa para resolver las controversias. Son las jurisdicciones nacionales las que, en principio, se encuentran mejor ubicadas, frente al juez internacional, para pronunciarse sobre las necesidades en contextos locales.²⁵

Esto significa que, en ejercicio del control de convencionalidad, el que puede estar mejor posicionado es el juez nacional. Y si esto es cierto, no hay más que insistir sobre la importancia de que las autoridades nacionales miren, en tanto derecho aplicable, al derecho internacional, incluidas las sentencias, pues serán ellas quienes cuenten con la proximidad a los hechos, a las personas, que les permitan impartir justicia.

Res iudicata y res interpretata: nuevo valor a las sentencias internacionales

Otra revisión del cambio derivado de la manera en cómo observamos el derecho internacional en el siglo XXI es el valor de las sentencias internacionales para los Estados parte en una controversia, y para quienes de alguna manera tienen interés en conocer esa decisión o para quienes son parte del tratado internacional interpretado. En el primer caso podrían ubicarse Estados interesados en la solución de un conflicto a partir de normas consuetudinarias, en el segundo, el interés está determinado por las relaciones convencionales. Cualquier caso supone, desde esta perspectiva, una revisión a la posición tradicional en la que se ha basado la solución jurisdiccional internacional de las controversias, y que permite una reflexión sobre si eso agota en alguna medida el modelo de Westfalia.

Respecto del caso en donde una norma consuetudinaria está en juego, además de que el foro era la Corte Internacional de Justicia, debe decirse que más que una posición judicial es la aproximación de Grecia al proceso, como tercer Estado no parte en

²⁴Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Affaire S.A.S c. France*, sentencia de 1 de julio 2014, párrs. 122 y ss.

²⁵*Ibidem* párr. 129. También: “Or dans un tel cas de figure, la Cour se doit de faire preuve de réserve dans l'exercice de son contrôle de conventionnalité dès lors qu'il la conduit à évaluer un arbitrage effectué selon des modalités démocratiques au sein de la société en cause. Elle a du reste déjà rappelé que, lorsque des questions de politique générale sont en jeu, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un État démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national”, párr. 154.

la controversia. La sentencia da cuenta del posicionamiento griego en la que, a decir del gobierno italiano —demandado en el caso—, existía un posible conflicto entre una norma perteneciente al *ius cogens* y la norma consuetudinaria de inmunidad jurisdiccional de los Estados. Dado que en Grecia también habían existido demandas en contra del Estado alemán, el gobierno heleno se acercó al proceso porque lo decidido por el órgano judicial de Naciones Unidas podría guiar al juez griego en la solución de los casos que tuviera frente a su jurisdicción.²⁶

Es cierto que hay una buena disposición del Ejecutivo griego sin que eso vulnere la independencia judicial de sus jueces. Es cierto también que el artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que lo decidido por la Corte no es obligatorio sino para las partes en la controversia.²⁷ En realidad, todo lo que se dice es que, en situaciones de analogía, los Estados debieran estar mucho más cercanos a las decisiones de la justicia internacional, pues de esa manera se orienta, o se guía —para decirlo en la expresión de los griegos—, a las autoridades nacionales. Pero lo que sin duda es mucho más relevante por el hilo estructural que rompe es el caso del poeta argentino Juan Gelman —que había perdido a su hijo, a su nuera y que tardó años en conocer a su nieta—, y que le ha dejado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos dos decisiones ilustrativas para avanzar en lo que se debe entender por control de convencionalidad y en reflexionar, además, sobre el valor de las sentencias interamericanas. En el primer caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos mejoró la doctrina del control de convencionalidad que había perfilado en un segundo momento de su jurisprudencia en los casos frente a México, particularmente el caso “Radilla Pacheco”. Del control de convencionalidad ejercido por los jueces del Poder Judicial, como señalaba en el caso “Radilla”,²⁸ se movió hacia el control ejercido por todas las autoridades del Estado.²⁹

Dos años más tarde, cuando la Corte se ocupó del cumplimiento de la sentencia de 2011, sostuvo que sus decisiones, por la propia naturaleza de la función judicial, tienen efecto de cosa juzgada entre las partes y, cuando pueda válidamente construirse un consenso entre los Estados parte, puede hablarse de estándar mínimo. Solamente así se podría llegar a la eficacia interpretativa de la norma convencional y que, según

²⁶International Court of Justice, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, juicio de 3 de febrero de 2012, “En conclusion des observations orales qu’elle a présentées sur l’objet de l’intervention en vertu du paragraphe 3 de l’article 85 du Règlement, la Grèce a notamment indiqué ce qui suit : «Une décision de la Cour internationale de Justice sur les effets du principe de l’immunité juridictionnelle des Etats lorsqu’il est confronté avec une règle du droit international de caractère *ius cogens* comme l’interdiction de violation des règles fondamentales du droit humanitaire-guidera le juge grec... Ceci aura ainsi des effets importants sur des actions juridiques qui sont pendantes ou potentielles de la part des individus devant ces tribunaux”, párr. 19.

²⁷La fórmula, que apareció también en el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional bajo el mismo numeral, tiene su más antiguo antecedente en el artículo 56 de la Primera Conferencia de La Haya de 1989 (“The award is only binding on the parties in dispute who concluded the *compromis*”), y en el artículo 84 de la Primera Conferencia de la Haya de 1907 (The award is not binding except on the parties in dispute”).

²⁸Cfr. Corte IDH, caso “Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos”, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209, párrs. 339-342.

²⁹Cfr. Corte IDH, caso “Gelman vs. Uruguay”, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, párr. 193.

el juez Ferrer, descansa en las obligaciones generales consagradas en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana.³⁰

Esta postura de la Corte Interamericana no ha sido unánime en el seno mismo de su integración, pues como afirma el juez Vio Grossi, cuando se piensa en la naturaleza de la función judicial se tiene en mente que su esencia no es crear derecho, no es legislar, sino interpretar y aplicar; adjudicar a partir del derecho, resolver una controversia. La jurisprudencia sigue siendo una fuente auxiliar del derecho internacional que ayuda a identificar una norma convencional o consuetudinaria.³¹ No puede, a través de la función judicial, crearse un nuevo texto de la Convención.

Así, cuando se resuelve una controversia, se entiende que es cosa juzgada internacional, y por tanto obligatoria para las partes. En las sentencias internacionales, se ha adoptado la fórmula de cosa juzgada “inter partes” y de cosa interpretada *erga omnes*, para establecer que, en materia de derechos humanos, la sentencia vincula a las partes, pero en tanto interpretación de un tratado internacional, el valor es frente a los Estados parte del convenio.³² De la cosa juzgada puede pasarse a la cosa interpretada, como una segunda manifestación del control de convencionalidad, según la propia Corte Interamericana.³³ Pero ésta no puede ser definitiva, pues las normas jurídicas no pueden permanecer estáticas.

Ahora bien, para que la cosa interpretada tenga efecto *erga omnes*, según el funcionamiento del sistema europeo de derechos humanos, hacen falta decisiones reiteradas. Así quedó expresada la categoría de “cosa interpretada” (más que de cosa juzgada), y que permite a los Comités de tres jueces resolver con base en jurisprudencia constante de la Corte. En el Protocolo núm. 14, debido al colapso y al retraso en el trámite de las demandas ante la Corte, se adoptó un sistema que otorga un valor fundamental al precedente judicial. La jurisprudencia constante en el mismo sentido de la Corte forma un criterio no sólo orientador sino definitivo en la solución de los casos siguientes. Ahora bien, cuando no se advierta que existe tal jurisprudencia, entonces el caso debe ser resuelto por la Sala y, en última instancia, por la Gran Sala.

El concepto de “cosa interpretada” permite una discusión sobre si los Estados están obligados a seguir ese criterio como parte del texto del Convenio. En el caso

³⁰Cfr. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, párr. 91.

³¹Cfr. Corte IDH, caso “Gelman vs. Uruguay”, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, Opinión concurrente de Juez Eduardo Vio Grossi, p. 5.

³²Cfr. José Antonio Carrillo Salcedo, *El convenio europeo de derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 53 y ss.

³³“Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana” (el énfasis es propio). Corte IDH, Resolución de 20 de marzo de 2013, caso “Gelman vs. Uruguay”, *Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*, párr. 69.

européu, el hecho de que un Comité de tres jueces resuelva con base en la interpretación constante del propio Tribunal, permite entender que la interpretación se vuelve obligatoria para los 47 Estados del Consejo de Europa. Eso mismo ha sugerido la Corte Interamericana de Derechos Humanos: los Estados parte del Pacto de San José deben asumir que hay cosa interpretada cuando la propia Corte asigna significado al texto convencional.

El camino de los europeos para llegar ahí fue la creación de un protocolo adicional de enmienda que modifica directamente el Convenio. No fue en este caso una creación pretoriana, sino un consenso de la voluntad estatal.³⁴ Las creaciones mismas de los sistemas, el de 1950 en Europa y el de 1969 en América, obedecen a objetivos diferenciados. Ambos se piensan para la protección de derechos, y el de América se nutre necesariamente de la influencia del europeo, pero hay diferencias sustanciales que no pueden perderse de vista. Por ejemplo, en el párrafo 3 del Preámbulo del Convenio Europeo se lee uno de los objetivos fundamentales: “Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus miembros, y que uno de los medios para alcanzar esta finalidad es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”; lo que convierte al Consejo de Europa en una organización de cooperación internacional pero también con la intención de formar una unión más estrecha entre sus miembros en materia de derechos humanos.³⁵ En América, en cambio, se siguió un modelo de cooperación internacional, regido bajo los principios de solidaridad y buena vecindad.

Independientemente de ello, el resultado es que no podemos perder de vista que las fortalezas institucionales, esas que tanto hacen falta en las instituciones interamericanas, pasan por un examen crítico de sus decisiones, y en eso puede estar el mayor reto de la Corte Interamericana: si, con los efectos *erga omnes* de sus sentencias, alcanza a replantearse la ingeniería que los Estados han utilizado para convivir internacionalmente.

A manera de conclusión debe decirse que no hay duda de que en la comunidad internacional, la expansión de tribunales internacionales es una provocación más para insistir sobre el replanteamiento de nuestras viejas concepciones del Estado mismo. Particularmente, las sentencias internacionales recientes, el valor que los propios órganos judiciales internacionales pretenden darles a ellas mismas, las posiciones de cortes supremas como la mexicana, o la aproximaciones de gobiernos interesados, como el griego, en saber qué resuelven las cortes internacionales, ofrecen elementos para enfatizar la posición que guarda el modelo de Estado soberano según Westfalia, y explorar, desde distintos enfoques teóricos y prácticos, cómo podemos transitar a una concepción de Estado más cercano a las personas físicas y a la protección de sus derechos.

³⁴Sobre el efecto de la “cosa interpretada” y la vinculación como si se tratara de un sistema constitucional, véase García Roca, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid, Civitas/Thompson Reuters, 2010, pp. 82-85.

³⁵Javier García Roca, “El preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: un instrumento constitucional del orden público europeo”, en *La Europa de los Derechos*, Javier García Roca y Pablo Santolaya (coords.), 2a. ed., España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 37-41.

La Ley Suprema de la Unión ante el bloque constitucional de derechos humanos

Introducción

El sistema jurídico mexicano ha experimentado profundos cambios a partir del proceso de constitucionalización del Derecho internacional de los derechos humanos que se ha acelerado y profundizado a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011. Dicho proceso nos ha obligado a replantear conceptos, categorías e ideas a partir de las cuales solíamos pensar al derecho y su práctica. Este trabajo pretende aportar algunas ideas útiles para realizar ese ejercicio de revisión sobre el concepto de “La Ley Suprema de la Unión”. Para ello, procederemos en primer término a explicar algunas de las complejidades que encierra el artículo 133 constitucional en donde nuestro concepto objeto de estudio se incorpora. Las complejidades de este artículo constitucional responden a diferentes razones y procesos. Por un lado, a los cambios que han experimentado los conceptos incluidos en este artículo a partir del proceso de apertura al derecho internacional de los derechos humanos. Por otro lado, y desde siempre, a las diferentes interpretaciones acerca de la forma en que el 133 articula la relación entre el derecho federal y local. En segundo término, analizaremos de modo específico las diferentes ideas que se han generado acerca del concepto y contenido de “Ley Suprema de la Unión”, tanto desde la doctrina como desde el trabajo jurisdiccional. En la tercera y última sección estudiaremos los cambios que el proceso de constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente a partir de la generación de un bloque constitucional de derechos, ha generado en nuestro concepto.

Sumario

Introducción	1111
Las complejidades del artículo 133 constitucional	1112
La Ley Suprema de la Unión	1118
La Ley Suprema de la Unión ante el derecho internacional de los derechos humanos	1123
Bibliografía	1132

Las complejidades del artículo 133 constitucional

Algunas razones que explican la complejidad

Pocos artículos de la Constitución condensan en tan pocas líneas temas tan importantes sobre los cuales persisten de tiempo atrás dudas y desacuerdos. Algunas de las discusiones generadas en torno a este artículo constitucional han sido zanjadas hace poco tiempo, otras permanecen abiertas y sobre otros temas la discusión se encuentra momentáneamente estancada.

Tres son los conceptos de los que este artículo constitucional se ocupa: la Supremacía Constitucional, la Ley Suprema de la Unión (que entendemos diversa a la supremacía) y el Control difuso. El estudio de estos conceptos nos conduce al tratamiento de otros temas de la mayor importancia: la relación prevalente o no entre el orden federal y los órdenes locales, los componentes que integran la Ley Suprema de la Unión, la relación que dichos componentes guardan entre sí en términos jerárquicos, el lugar de los tratados internacionales y su relación con los demás formantes y, por supuesto, si los jueces locales tienen atribuciones para realizar control constitucional.¹

La reforma constitucional en materia de derechos humanos promulgada el 10 de junio de 2011 no modificó el texto del artículo 133, sin embargo, su contenido sí ha experimentado cambios. Las modificaciones al artículo 1º constitucional, y ciertas decisiones adoptadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación obligan a una nueva lectura y a la revisión de los conceptos y temas abordados por tan importante dispositivo constitucional.

Luego de la reforma mencionada, a los temas que desde siempre han concitado atención, se sumaron otros: ¿qué tan suprema es la Constitución frente al Derecho Convencional de los Derechos Humanos?, ¿existe en México un bloque de derechos?, ¿ese bloque de derechos es análogo al bloque de constitucionalidad como categoría conceptual?, ¿cómo debemos entender la relación entre la Ley Suprema de la Unión y el bloque de derechos humanos?, ¿este bloque forma parte de ella o es algo diferente y supra ordenado?, ¿de qué forma los cambios en materia de derechos humanos han afectado el concepto de Ley Suprema de la Unión? A estos interrogantes intentaremos dar algún tipo de respuesta en este trabajo.

Pocos artículos despiertan más controversias que el 133. Es posible que la carencia de razones explícitas que motivaron la importación de la Constitución de los Estados Unidos y su introducción en el artículo 126 del texto constitucional de 1857 hayan colaborado a incrementar las dudas y discusiones.² Uno de los puntos que ha suscitado mayor divergencia ha girado en torno a si el artículo 133 determina la supremacía del derecho federal sobre el local o, por el contrario, no existe prevalencia. En Estados Unidos, el artículo 6º del cual procede el artículo 133 mexicano, ha sido interpretado en el

¹Véase Jorge Carpizo, *Estudios constitucionales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1996, p. 2.

²Marcos del Rosario Rodríguez, *La cláusula de supremacía constitucional, el artículo 133 constitucional a la luz de su origen, evolución jurisprudencial y realidad actual*, México, Porrúa, 2011, p. 87.

sentido de otorgar superioridad al derecho federal sobre el derecho local. En Argentina, sistema que recibió una clara influencia norteamericana en este tema, al igual que el sistema mexicano, el artículo 31 de la Constitución establece una disposición análoga a la norteamericana y a la del 126 de la Constitución Mexicana de 1857, y ha sido interpretado en el mismo sentido que en el derecho norteamericano, es decir, que concede prevalencia al derecho federal sobre el derecho local.³

José María Del Castillo Velasco, quien fuera diputado al Congreso Constituyente de 1856, en su obra *Apuntamientos para el estudio del derecho constitucional mexicano*, pareciera haber sostenido una idea más cercana a las posiciones norteamericana y argentina.⁴ Sin embargo, con el tiempo tomó fuerza la idea según la cual, de acuerdo con las características del sistema constitucional mexicano, el derecho federal y el derecho local no deben ser articulados en términos jerárquicos, pues uno y otro tienen ámbitos competenciales diversos, Carpizo lo expresó en los siguientes términos: “Podemos afirmar que en México no existe supremacía del derecho federal sobre el local”.⁵ En nuestra opinión, esta expresión es confusa porque encierra un significado correcto y otro incorrecto. El artículo 124 constitucional establece que las facultades no concedidas expresamente a las autoridades federales se entienden reservadas a los Estados, en consecuencia, es correcto afirmar, como lo hizo Carpizo, que ambos órdenes se ubican en un plano de igualdad, y por ello en los ámbitos reservados no hay primacía de la Ley federal. Sin embargo, la expresión que comentamos es incorrecta en otro sentido, pues es una parte de lo que debemos incluir en el concepto de derecho federal, si prima y debe ser considerado jerárquicamente superior al derecho local. Se trata de aquel derecho que integra el concepto de Ley Suprema de la Unión conformado por la Constitución federal, los tratados internacionales y las leyes, sean constitucionales, orgánicas o generales según las diversas propuestas hechas a lo largo de los años. La confusión sobre este tema puede deberse al uso análogo de las expresiones derecho

³Germán Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo I, El Derecho constitucional de la libertad, Buenos Aires, Ediar, 1989, p. 80.

⁴El autor sostuvo: “es evidente que la constitución y las leyes del Congreso federal que de ella emanen, deben ser la suprema ley, porque de no serlo, la Federación se convertiría en una quimera y realmente dejaría de existir. Los tratados hechos o que en lo sucesivo se hagan en la forma y con los requisitos prevenidos en la Constitución, son también ley suprema, porque la Federación los hace con la autoridad de todos los Estados Unidos y empeñando la fe de éstos a la cual nunca deben faltar para no envilecer la honra nacional como la han envilecido algunas naciones, que a pesar de su grandeza, no han tenido empacho en prostituirse hasta faltar la fe de sus compromisos. México en los días de la intervención extranjera, ha visto un doloroso e irritante ejemplo de esta falta en contra suya. Declarando el art. 126 que la constitución, las leyes del Congreso federal que emanen de ella y los tratados, son la ley suprema de la Unión, ha establecido la supremacía en el orden político. En el judicial, es decir, en la aplicación práctica, establece la misma supremacía, ordenando a los jueces de cada estado, que se arreglen a dicha Constitución, leyes del Congreso de la unión y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados; haciéndose con este precepto imposible todo género de conflictos entre las constituciones y leyes de los estados y la Constitución y leyes federales, las cuales son superiores porque son la ley suprema, la ley ante la cual deben inclinarse todos los poderes, todas las leyes y todos los intereses particulares”, en José María Del Castillo Velasco, *Apuntamientos para el estudio del derecho constitucional mexicano*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Senado de la República, Miguel Ángel Porrúa, Facsimilar de la edición príncipe, 1871, México, 2007, pp. 255 y 256.

⁵Jorge Carpizo, *op. cit.*, nota 1, p. 19. Ver también: Elisur Arteaga Nava, *Derecho Constitucional*, Oxford, México, 1999, pp. 386 y ss.

federal y leyes federales que genera incorrecciones en el análisis. Así, las leyes federales no priman sobre el derecho local, pero la Constitución federal y los tratados internacionales y alguna especie de leyes, como derecho federal sí. Volveremos sobre este tema al analizar el concepto de Ley Suprema de la Unión.

La supremacía constitucional y el constitucionalismo cosmopolita

Siempre ha existido acuerdo acerca de que el artículo 133 —junto a otros artículos constitucionales— recepta en nuestro sistema el principio de supremacía constitucional, nota entitativa de las constituciones.⁶ Sostener que la constitución es suprema implica afirmar que ella es fuente de fuentes, norma de normas, la Constitución como suprema es la norma a la que está sujeta la creación de normas por ciertos órganos superiores estatales.⁷ Pero la Constitución es suprema en un sentido más específico; es suprema en un sentido normativo como lo ha afirmado García de Enterría, y como tal, es inmune a las leyes ordinarias y determinante de la validez de éstas.⁸ Este principio fue claramente expresado por Alexander Hamilton en el *Federalista* LXXVIII⁹ y luego por el juez Marshall en la multicitada sentencia *Marbury vs. Madison*¹⁰ y sobre la base de estas ideas continuamos entendiendo a la supremacía de las constituciones.

Así entendida, la Constitución ocupa la cúspide del ordenamiento jurídico y del complejo concepto “Ley Suprema de la Unión”, en cuyo seno en principio fue entendida como supra ordenada a los tratados y a las leyes que emanen del Congreso de la Unión. Sobre la conformación del entramado denominado “Ley Suprema de la Unión” volveremos más adelante, pero debemos adelantar que debido al desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos y de los órganos de protección regionales e internacionales, se han recortado ámbitos decisorios en cada sistema jurídico nacional. Los espacios resolutivos, aun los constitucionales, han visto disminuida su libertad pre

⁶*Ibidem*, pp. 1 y 2.

⁷Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional, sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel Derecho, 1998, p. 15.

⁸Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 1983, pp. 30-31.

⁹“No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo...”, en A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *El Federalista*, trad. Gustavo Velasco, México, FCE, 2000, p. 332.

¹⁰“Está fuera de toda duda que o la Constitución se impone a cualquier ley que la contradiga o, por el contrario, el Legislativo puede modificar la Constitución a través de una ley cualquiera. Entre estas dos opciones no hay término medio. O la Constitución es un derecho superior, principal e inmodificable a través de mecanismos ordinarios, o, por el contrario, se sitúa al mismo nivel que las leyes ordinarias, y como toda ley, es modificable cuando así lo disponga la voluntad del Legislativo. Si la primera parte de la alternativa fuera cierta, entonces una ley contraria a la constitución no es derecho. Si la cierta fuese la última parte, entonces las constituciones escritas no serían más que intentos absurdos del pueblo de limitar un poder que por naturaleza escaparía a todo límite”, Sentencia *Marbury vs. Madison* (1803), en Miguel Beltrán de Felipe y Julio V. González García, “Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América”, *Boletín Oficial del Estado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 93 y ss.

figurativa y en este sentido y en la actualidad, las constituciones aún son supremas en un sentido diferente a aquel que tradicionalmente se le ha atribuido. Las constituciones serán un poco menos supremas en aquellos temas referidos a derechos humanos, en cuyo ámbito deberán respetar los mínimos establecidos por los derechos humanos de fuente internacional y adaptar su derecho interno en caso de no respetarlos. El principio de supremacía constitucional se encuentra actualmente sujeto a constantes revisiones y análisis. En realidad, sucede que la Constitución —y los valores y notas que le atribuimos— es antes que un producto estatal, un producto del constitucionalismo y la supremacía de las constituciones nacionales se resiente ante el auge del constitucionalismo cada vez más inscrito en clave cosmopolita e internacional. Ferrajoli ha explicado muy bien este asunto; “el constitucionalismo —nos cuenta— es un paradigma que nace ligado a tres ideas: la defensa de los derechos de libertad, la limitación al poder político y todo ello dentro de los confines del Estado-nación. La historia del constitucionalismo es la de la expansión de estas variables: de la protección de los derechos civiles, del constitucionalismo social, de limitar sólo al Estado, al mercado y, por último, la generación de un constitucionalismo mundial que complementa a los constitucionalismos nacionales.”¹¹ En este proceso la Constitución, como producto nacional, se resiente frente al constitucionalismo como movimiento internacional.

Los jueces locales ante la Ley Suprema. El modelo de control difuso

El otro concepto contenido en el artículo 133 constitucional es el control constitucional por parte de los jueces locales. En México, y durante muchos años, existieron fuertes resistencias a aceptar esta facultad en cabeza de los jueces de los estados, sin embargo, cuando a mediados de 2011 la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el famoso y multicitado Expediente Varios 912/2010, produjo una modificación de gran envergadura en nuestro sistema de control jurisdiccional; los jueces del orden común podrían inaplicar leyes por considerarlas incompatibles con el llamado bloque de regularidad constitucional. Por razón de haber reconocido esta facultad a los jueces locales, nuestro sistema de control jurisdiccional adquirió un perfil difuso que convive con el perfil concentrado que se aprecia en el control que el Poder Judicial Federal realiza a través del juicio de amparo, las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales.

La historia previa a esta resolución es conocida. Los jueces locales carecían de facultades de control constitucional, lo cierto es que la discusión al respecto se encontraba clausurada por jurisprudencia de la Suprema Corte. Así se había pronunciado en una resolución que generó la tesis 74/99,¹² en la que confirmó la prohibición del control

¹¹ Luigi Ferrajoli, *Democracia y Garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 35-36.

¹² Véase la tesis P/J. 74/99, de rubro: CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN. El texto expreso del artículo 133 de la Constitución Federal previene que “Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”. En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin

llamado difuso y reiteró el criterio sentado en la tesis 73/99¹³ en la cual había determinado que el control judicial de la constitución era atribución exclusiva del Poder Judicial Federal.

Sobre la improcedencia del control difuso muchos y serios argumentos se han esgrimido, sin embargo, debemos señalarlo, ninguno ha sido decididamente convincente. Por otro lado, en la ejecutoria de la tesis 74/99, la Corte trajo a colación varias tesis pronunciadas con anterioridad en el mismo sentido e hizo suyos los argumentos que sostuvieron la tesis que comentamos, algunos de ellos, resultan particularmente interesantes. En su oportunidad la Corte dijo:

Es decir, el criterio predominante de esta Suprema Corte de Justicia, que se reitera en el presente fallo, considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para los jueces del orden común, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta para ese efecto, que se traduce en el juicio específico cuya procedencia se encuentra sujeta a diversos requisitos con la finalidad de evitar la anarquía en la organización y distribución de competencias de las autoridades estatales¹⁴

Para robustecer sus argumentos, la Corte citó una tesis de la Séptima Época:

CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES. EXAMEN DE LA, IMPROCEDENCIA POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMÚN.- Conforme a la Constitución Federal, no todo órgano judicial es competente para declarar la inconstitucionalidad de una ley, sino solamente el Poder Judicial Federal, a través del juicio de amparo, donde la definición de inconstitucionalidad emitido por la autoridad federal se rodea de una serie de requisitos que tratan de impedir una desorbitada actividad del órgano judicial en relación con el 128, que impone a los jueces de los Estados, la obligación de preferir a la Ley Suprema cuando una Ley de su Estado la contraría, el precepto se ha entendido en relación con el sistema según el cual es únicamente el Poder Federal el que puede hacer declaraciones de inconstitucionalidad. Esto es así,

embargo, la postura sustentada con posterioridad por este Alto Tribunal, de manera predominante ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, considera que el artículo 133 constitucional no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna al efecto.

¹³Véase la tesis P/J. 73/99, de rubro: CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. “La supremacía constitucional se configura como un principio consustancial del sistema jurídico-político mexicano, que descansa en la expresión primaria de la soberanía en la expedición de la Constitución y que por ello coloca a ésta por encima de todas las leyes y de todas las autoridades, de ahí que las actuaciones de éstas deben ajustarse estrictamente a las disposiciones de aquella. En este sentido, más que una facultad, la supremacía constitucional impone a toda autoridad el deber de ajustar a los preceptos fundamentales, los actos desplegados en ejercicio de sus atribuciones. Por tanto, si bien es cierto que los tres Poderes de la Unión deben observar la Ley Suprema, no puede afirmarse que por esta razón las autoridades puedan, por sí, y ante sí, en el ejercicio de sus funciones materialmente jurisdiccionales, examinar la constitucionalidad de sus propios actos o de los ajenos, toda vez que, al respecto, la propia constitución consagra en sus artículos 103 y 107, un medio de defensa ex profeso, por vía de acción, como es el juicio de amparo y lo encomienda, en exclusiva, al Poder Judicial de la Federación, sentando las bases de su procedencia y tramitación”.

¹⁴Ver la tesis P/J. 74/99. Ejecutoria.

porque nuestro derecho público admite implícitamente que conforme al principio de división de poderes, el órgano judicial está impedido de intervenir en la calificación de inconstitucionalidad de los actos de los otros poderes, a menos que a ese órgano se le otorgue una competencia expresa para ese efecto, como ocurre con la Constitución Federal, cuando dota al Poder Judicial de la Federación de la facultad de examinar la constitucionalidad de los actos de cualquier autoridad.

A manera de síntesis, éstos fueron los argumentos centrales vertidos en las resoluciones mencionadas por los cuales se sostuvo la prohibición del control difuso: 1. El artículo 133 constitucional, en su letra parece permitir el control constitucional a los jueces ordinarios. 2. La Constitución ha establecido de manera expresa el control de constitucionalidad depositándolo en el poder federal a través del juicio de amparo. 3. En virtud del sistema de división de poderes, el Poder Judicial está impedido de intervenir en la calificación de constitucionalidad de los actos de los otros poderes (esta sería la regla), a menos que la constitución de manera expresa lo permitiera. Esto es lo que ocurre con el Poder Judicial de la Federación y su facultad de ejercer el control a través del juicio de amparo. 4. Tomando en cuenta la concesión expresa que la Constitución hace al Poder Judicial de la Federación a través de los artículos 103 y 107 constitucionales, y sumado al principio implícito por el cual la regla en México es que el Poder Judicial no puede controlar los actos de los demás poderes, el artículo 133 constitucional debe ser interpretado en el sentido de no permitir el control constitucional a los jueces ordinarios. 5. El permitir el control a los jueces locales implicaría la anarquía en la organización y distribución de competencia.

Durante las discusiones del Expediente Varios 912/2010, varios ministros vieron la necesidad y la oportunidad de modificar la tesis de la negación del llamado control difuso. La mayoría entendió que el nuevo artículo 1º de la Constitución reformada obligaba a extraer esa nueva interpretación que surgiría de reinterpretar el artículo 133 a la luz del nuevo artículo 1º; y lo entendieron así por cuanto los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales. La reforma constitucional, en todo caso, vino a fortalecer y a clarificar una idea que ya estaba presente en el sistema jurídico mexicano y en algún pronunciamiento previo de la Suprema Corte. Lo hasta aquí narrado es historia. Al resolver el expediente apuntado se generó la siguiente tesis:

SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO. Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de un modelo general de control no requiere que

todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Finalmente debe señalarse que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar todas las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr la protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad. Tesis: P LXX/2011 (9a.).

El artículo 133 constitucional en lo referido al control constitucional por parte de los jueces locales, tuvo que ser releído a la luz del nuevo artículo 1º y sus interpretaciones revisadas. Como veremos más adelante, la reforma en materia de derechos humanos obligaría a revisar también el concepto de Ley Suprema de la Unión.

La Ley Suprema de la Unión

Ha sido difícil a lo largo de los años estabilizar el contenido que debería ser incluido en el concepto de Ley Suprema de la Unión. De manera particular, ha sido problemático establecer a qué leyes se refiere el artículo 133 constitucional cuando refiere a “las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella”. En cuanto a los tratados internacionales, existieron variaciones acerca de la relación que debían guardar con las leyes. A continuación, analizaremos estas cuestiones.

Las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella: ¿qué leyes?

Establece el artículo 133 constitucional:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.

La Constitución, las leyes del Congreso que de ella emanen y los tratados internacionales que sean acordes con la constitución, serán la Ley Suprema de la Unión. Sobre esta idea aparentemente simple diversas opiniones se han manifestado. Los desacuerdos principales han girado en torno de qué debemos entender por “las leyes del Congreso que emanen de ella”.

¿Qué leyes son aquellas que emanen de la Constitución? Sobre este punto la doctrina mexicana ha vertido opiniones tan diferentes que parecieran referirse a veces a siste-

mas constitucionales distintos. Brevemente mencionaremos a algunos de los participantes de estas discusiones y sus ideas principales. Como se verá, las diferencias vienen dadas en buena medida por sostener diferentes opiniones respecto a si el derecho federal prima sobre el local o por considerar que deben ser ubicados en un mismo plano.

Gabino Fraga consideró que existen dos tipos de leyes, las constitucionales que serían aquellas que desarrollan el procedimiento establecido en el artículo 135 constitucional y las leyes ordinarias, que son producto del procedimiento legislativo ordinario. Luego, no encuentra que haya una relación de prevalencia de las leyes federales sobre las leyes locales. El artículo 133 no establecería ninguna categoría especial de leyes amén de las federales y locales y ambos tipos de leyes en pie de igualdad están subordinadas a la Constitución Federal.¹⁵

García Máynez, por su parte, consideró que el derecho federal prevalece sobre el derecho local. Así, los grados superiores de la jerarquía normativa se conforman por la Constitución primero, las leyes federales y los tratados internacionales, ambos, en un mismo nivel. Todas ellas, conformarían el contenido del concepto Ley Suprema de la Unión. El derecho local ocuparía un peldaño posterior.¹⁶

Mario de la Cueva ha distinguido entre leyes constitucionales y leyes federales ordinarias. Las leyes constitucionales son aquellas que emanan de la constitución formal y materialmente y se caracterizan por materializar contenidos constitucionales. Éstas pueden a su vez subdividirse en orgánicas, que establecen las facultades y funcionamiento de un órgano federal, reglamentarias, que determinan las formas de aplicación de un principio constitucional y, por último, las sociales, que desarrollan los derechos sociales constitucionales.¹⁷ Así, las leyes del Congreso que emanan de la Constitución a las que alude el artículo 133, serán las leyes constitucionales. La Ley Suprema de la Unión estaría conformada por: la Constitución, leyes constitucionales y tratados internacionales. Las leyes federales ordinarias no formarían parte del concepto.

Jorge Carpizo, aunque con variaciones, participó de las ideas liminares de Mario de la Cueva. En México, no existiría supremacía del derecho federal sobre el local. Las leyes del Congreso de la Unión que emanan de ella son las leyes constitucionales en los términos de De la Cueva.¹⁸

Vemos entonces que han existido y aún persisten importantes diferencias acerca de la integración de la Ley Suprema de la Unión. Más allá del prestigio de los autores que hemos citado, sus ideas no parecen haber tenido una influencia determinante en el trabajo de los tribunales como analizaremos a continuación. Por el momento, entonces, podemos concluir tentativamente que la Ley Suprema de la Unión parecería estar conformada por la Constitución, claro, en el peldaño superior y las leyes, para unos las constitucionales (Carpizo, De la Cueva), para otros simplemente las federales (García Máynez) y los tratados internacionales. La inclusión de las leyes federales sin distinción en el concepto Ley Suprema de la Unión, sería apoyada por los autores que entienden

¹⁵Gabino Fraga, *Derecho Administrativo*, 37 ed., México, Porrúa, 1998, pp. 39 y ss.

¹⁶Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, 65 ed., México, Porrúa, 2015, pp. 85 y ss.

¹⁷Mario de la Cueva, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 2008, pp. 114 y ss.

¹⁸Jorge Carpizo, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

que el derecho federal, todo él, prevalece sobre el local. Por el contrario, la generación de la categoría de leyes constitucionales, diferentes a las leyes federales ordinarias, permitiría ubicar al derecho federal ordinario fuera del concepto de Ley Suprema de la Unión y en un mismo nivel que el derecho local.

*Los tratados que estén de acuerdo con la misma:
¿qué tratados y en qué lugar?*

Si para el Derecho mexicano ha sido difícil determinar qué leyes son aquellas que forman parte de la Ley Suprema de la Unión, hasta hace algún tiempo también lo fue establecer qué relación deberían guardar los tratados internacionales con las leyes y la Constitución y si un tipo especial de tratados debería guardar una relación diferente con el resto del ordenamiento jurídico.

Hasta la reforma de derechos humanos, la incorporación de los tratados internacionales de la materia que sea y su relación con las otras partes integrantes de la Ley Suprema de la Unión se entendía exclusivamente en términos de jerarquía. A lo largo del tiempo, la Justicia Federal adoptó criterios diferentes. A continuación ofreceremos una breve síntesis de las principales decisiones que sobre esta cuestión ha adoptado la Suprema Corte de Justicia de la Nación a partir de la octava época.

Con ocasión de la resolución del Amparo en Revisión 2069/92, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció la siguiente tesis:

LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA

De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes que emanen de ella como los tratados internacionales, celebrados por el Ejecutivo Federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma, ocupan, ambos, el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de normas en el orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la misma jerarquía, el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Por ello, la Ley de las Cámaras de Comercio y de la Industria no puede ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional.¹⁹

En esta tesis la Corte no hace eco de las distinciones efectuadas por la doctrina, pues refiere a leyes federales sin más. Por ello es posible deducir también que en esta decisión la Corte participó de la idea de preeminencia del orden federal sobre el local. En lo referente a las relaciones al interior de la Ley Suprema de la Unión, ubicó a las leyes federales y a los tratados internacionales en el mismo nivel jerárquico.

Algunos años después, y ya en la novena época, con ocasión de resolver el Amparo en Revisión 1457/98, el Tribunal Pleno modificó sustancialmente el criterio anterior al sentar la siguiente tesis:

¹⁹Tesis P. C/92. Pleno. Número de Registro 205596. Octava Época. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 60, diciembre de 1992.

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de las normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión “...serán la ley suprema de la Unión...” parece indicar que no solo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana y con la existencia de leyes constitucionales, y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia, considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la ley fundamental y por encima del derecho federal y local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado Mexicano en su conjunto y comprometen a todas las autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado, y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas, y por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133, el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado Mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos, ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 constitucional lleva a considerar en un tercer lugar, al derecho federal y al local, en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto por el artículo 124 de la ley fundamental, el cual ordena que las facultades que no estén expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados. No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal, había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27 de rubro: “LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA”, sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.²⁰

Sin dudas, la decisión más importante es la modificación de su anterior criterio sobre la ubicación de los tratados. En esta decisión, ellos se ubican en un nivel superior por encima de las leyes. La segunda cuestión es el reconocimiento que de alguna

²⁰Tesis P. LXXVII/99 publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo X, noviembre de 1999, p. 46.

manera hace la Corte de las leyes constitucionales, distinción a la que no da efecto alguno. Por último, el juicio más confuso allí vertido es el referido a que la expresión “Ley Suprema de la Unión” sólo incluye a la Constitución federal, a los que las demás fuentes se subordinan. La literalidad del artículo 133 es bastante clara en el sentido de indicar que ese concepto tiene una integración compleja cuyo contenido no se circunscribe a la Constitución. Por supuesto, en el marco de la Ley Suprema de la Unión, la Constitución es suprema, pero el reafirmar tal cualidad de la Constitución llevó a la Corte a cometer un exceso interpretativo que, como veremos, luego será superado.

La siguiente resolución importante fue tomada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el Amparo en Revisión 120/2002. En esta resolución, la Corte estableció las siguientes tesis:

LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.

La lectura del precepto citado permite advertir la intención del Constituyente al establecer un conjunto de disposiciones de observancia general que, en la medida en que se encuentren apegadas a lo dispuesto por la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, constituyan la “Ley Suprema de la Unión”. En este sentido, debe entenderse que las leyes del Congreso de la Unión, a la que se refiere el artículo constitucional, no corresponden a las leyes federales, esto es, a aquellas que regulan las atribuciones conferidas a determinados órganos con el objeto de trascender únicamente al ámbito federal, sino que se trata de leyes generales que son aquellas que pueden incidir válidamente todos los órdenes jurídicos parciales que integran el Estado mexicano. Es decir, las leyes generales corresponden a aquellos respecto a los cuales el Constituyente o el Poder Revisor de la Constitución ha renunciado expresamente a su potestad distribuidora de atribuciones entre las entidades políticas que integran el Estado mexicano, lo cual se traduce en una excepción al principio establecido por el artículo 124 constitucional. Además, estas leyes no son emitidas motu proprio por el Congreso de la Unión, sino que tienen su origen en cláusulas constitucionales que obligan a éste a dictarlas, de tal manera que una vez promulgadas y publicadas, deberán ser aplicadas por las autoridades federales, locales, del distrito federal y municipales.²¹

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.

A partir de la interpretación del precepto citado, si aceptamos que las leyes del Congreso de la Unión a las que aquél se refiere, corresponden no a las leyes federales sino a aquellas que inciden en todos los órdenes jurídicos parciales que integran el Estado mexicano y cuya emisión deriva de cláusulas constitucionales que constriñen al legislador para dictarlas, el principio de supremacía constitucional implícito en el texto del artículo en cita, claramente se traduce en que la Constitución General de la República, las leyes generales del Congreso de la Unión y los tratados internacionales que estén de acuerdo con ella, constituyen “la Ley Suprema de la Unión”, esto es, conforman un orden jurídico superior, de carácter nacional, en el cual la Constitución se ubica en la cúspide y por debajo de ella los tratados internacionales y las leyes generales.²²

²¹Tesis P. VII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXV, abril de 2007, p. 5.

²²Tesis P. VIII/ 2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXV, abril de 2007, p. 6.

TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.

La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente debajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado mexicano, al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales y además, atendiendo al principio fundamental del derecho internacional consuetudinario “*pacta sunt servanda*”, contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo cumplimiento supone por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.²³

En estas tesis, la Suprema Corte mantuvo la decisión sobre el nivel de los tratados internacionales, pero ahora los incluyó en el concepto de “Ley Suprema de la Unión” que había sido cercenado en la decisión anterior y que ahora entendió conformada por la Constitución, los tratados internacionales y una categoría de leyes que se denominan leyes generales en ese orden. Estas leyes serían aquellas dictadas por el Congreso de la Unión sobre materias coordinadas, es decir, aquellas en las cuales deben actuar los tres niveles de gobierno.

Con esta decisión, la Ley Suprema de la Unión vuelve a estar presente. La Constitución ocupa el lugar más alto de la estructura, seguida de los tratados y luego las leyes generales. Hasta este momento, el ordenamiento jurídico mexicano y la especial sección de éste conformada por la Ley Suprema de la Unión son ensamblados en términos jerárquicos.

En la siguiente sección analizaremos los impactos que han generado en la Ley Suprema de la Unión, el derecho convencional y los nuevos criterios para su internalización establecidos a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos.

La Ley Suprema de la Unión ante el derecho internacional de los derechos humanos

La reforma constitucional en materia de derechos humanos en vigor desde el 10 de junio de 2011 introdujo importantes modificaciones en relación con nuestro tema. En términos generales, se podría afirmar que la reforma tuvo como objetivo primordial fortalecer y apuntalar el proceso de constitucionalización del derecho internacional de

²³Tesis P. IX/2007. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXV abril de 2007, p. 6.

los derechos humanos en términos de provocar una mayor apertura del sistema jurídico mexicano a los derechos humanos de fuente internacional. La reforma abordó diversos temas y modificó varios artículos constitucionales; sin embargo, la reforma al artículo 1º constitucional generó los impactos más profundos en nuestro sistema, y particularmente, en el tema aquí abordado. Recordemos que hasta el momento, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se había referido a las relaciones que los tratados internacionales, sin distinciones de materia, debían guardar con el resto de los componentes de la Ley Suprema de la Unión, pero específicamente con respecto a las leyes. En todas esas resoluciones los tratados mantuvieron un lugar subordinado a la Constitución. El nuevo artículo 1º constitucional, párrafo primero, cambiaría en parte los términos de dicha relación. El párrafo reformado establece:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

A partir de esta redacción, se generó en el sistema jurídico mexicano un bloque de derechos conformado por los derechos humanos contenidos en la Constitución y aquellos contenidos en tratados internacionales de los que México es parte. El artículo no refiere únicamente entonces a tratados internacionales sobre derechos humanos. Bajo este criterio, formarán parte del bloque de derechos aquellos derechos humanos que formen parte de tratados internacionales aunque no estén contenidos en los tratados que tengan tal naturaleza.²⁴

Los derechos humanos de fuente constitucional y aquellos traídos a la constitución por el artículo primero constitucional, conforman entonces un bloque de constitucionalidad que se ubica en la cúspide del ordenamiento jurídico mexicano y que servirá de parámetro de control constitucional y convencional de las leyes y actos.²⁵

A partir de este reconocimiento, son varios los puntos que deben ser comentados y aclarados. Procederemos entonces, primero: a intentar esclarecer una cuestión conceptual consistente en analizar si este bloque puede ser denominado bloque constitucional; segundo: a analizar la recepción de la idea del bloque de constitucionalidad por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; indagar el contenido y extensión que le ha

²⁴Jorge Ulises Carmona Tinoco, “La reforma y las normas de derechos humanos”, en *La reforma constitucional en materia de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, Miguel Carbonell, Pedro Salazar (coord.), México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012, p. 45.

²⁵Eduardo Ferrer MacGregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad”, en *La reforma constitucional en materia de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.), México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012, p. 356. Véase también José Luís Caballero Ochoa, “Clausula de Interpretación conforme y el principio pro persona”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos, Un nuevo paradigma*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012, p. 122.

dado al bloque de derechos y cómo ha entendido que se articulan las relaciones entre sus componentes. Dejaremos para el final el análisis de la relación que guardan el bloque de derechos y la Ley Suprema de la Unión en el nuevo escenario constitucional.

Bloque de constitucionalidad como bloque de derechos

Desde sus orígenes, la expresión bloque de constitucionalidad ha sido utilizada para englobar diferentes contenidos según el sistema jurídico de que se trate y según el tiempo en el que se analice tal contenido en cada uno de los sistemas. Es decir, que se trata de una expresión que denota un contenido variable por razones espaciales y temporales. El término fue acuñado por Louis Favoreu al comentar una importante sentencia de 1971 del Consejo Constitucional Francés mediante la cual se otorgó valor constitucional al preámbulo de la Constitución, a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, al preámbulo de la Constitución de 1946 y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República que, junto a la Constitución de 1958, conformarían el llamado bloque de constitucionalidad. Desde ese momento, el concepto ha evolucionado e incluido componentes diversos.²⁶

Amén de sus variaciones, el concepto parece responder a una idea matriz que le permitiría mantener identidad más allá de las variaciones temporales y espaciales ya apuntadas. Rodrigo Uprimy indica que esa idea consistiría en que el bloque de constitucionalidad refiere a la existencia de normas con calidad constitucional que no aparecen directamente en el texto constitucional.²⁷ El bloque permitiría canalizar jurídicamente el fenómeno de acuerdo al cual —sostiene el autor—, existen normas materialmente constitucionales —con fuerza constitucional— más allá de las que formalmente ésta reconoce —las expresamente mencionadas—²⁸ Esas normas materialmente constitucionales que integran el bloque de constitucionalidad, son llamadas a integrarse a él por la propia Constitución, tal como sucede en México a partir de la nueva redacción del artículo 1º constitucional. Por ello, no habría conflicto con el principio de supremacía de la constitución, pues es por su imperio que aquellas normas son llamadas y se integran.²⁹ Bidart Campos, al describir el proceso de reconocimiento de rango constitucional a ciertos tratados internacionales en la reforma constitucional argentina de 1994, afirmó que estos tratados se incorporan al derecho interno, no a la Constitución, fuera de ella pero junto a ella, conformando el bloque de constitucionalidad federal.³⁰

²⁶Para un análisis pormenorizado del bloque de constitucionalidad véase: Louis Favoreu y Francisco Rubio Llorente, *El bloque de la constitucionalidad*, Madrid, Universidad de Sevilla, Cuadernos Civitas, 1991.

²⁷Rodrigo Uprimy, *El bloque de constitucionalidad en Colombia*, Colombia, Universidad Nacional-ENS 2005, p. 2, disponible en [www. http://redescuelascsa.com/sitio/repo/DJS-Bloque_Constitucionalidad\(Uprimny\).pdf](http://redescuelascsa.com/sitio/repo/DJS-Bloque_Constitucionalidad(Uprimny).pdf) el 22 de junio de 2016.

²⁸*Ibidem*, p. 3.

²⁹*Idem*.

³⁰Germán Bidart Campos, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Nueva Edición ampliada y actualizada, tomo III, El Derecho internacional de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 285.

Algunos autores, es el caso de Nogueira Alcalá, sostienen que el bloque de constitucionalidad desarrollado en ciertos países de América Latina no debe analogarse al concepto proveniente de países como Francia, Italia o España, en donde el bloque incluye contenidos diversos a los derechos humanos.³¹ Efectivamente, en América latina el bloque de constitucionalidad ha asumido una identidad más específica como *bloque de constitucionalidad de derechos*,³² aunque el nombre no haga referencia a ello. Es el caso de México, en donde como ya tendremos oportunidad de explicar, la Corte se ha referido a él como parámetro de regularidad constitucional, o de Colombia, en donde se denomina bloque de constitucionalidad a secas. En el primer caso, el bloque incluye exclusivamente derechos humanos; en el caso colombiano, la Corte Constitucional le ha dado mayormente ese contenido pero ha incorporado otro tipo de leyes como por ejemplo las referidas a leyes de límites.³³ Por lo pronto y para nuestro sistema, el artículo 1º constitucional establece un verdadero bloque constitucional de derechos.

El bloque constitucional de derechos en las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Identificación, contenido, extensión y articulación de las relaciones entre sus componentes

Luego de la reforma al artículo 1º constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido una serie de importantes pronunciamientos a partir de los cuales ha comenzado a configurar el bloque constitucional de derechos en nuestro sistema constitucional.

La primera resolución en la que este asunto fue tratado por la Suprema Corte fue en el Expediente Varios 912/2010, al abordar el estudio de uno de los importantes temas allí tratados, consistente en la identificación del parámetro que deben utilizar los jueces para llevar a cabo el control de constitucionalidad y convencionalidad. De dicha resolución surgió la tesis que a continuación transcribimos:

PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. El mecanismo para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente. El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente: a) todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1º y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; b) todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; c) los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos

³¹Nogueira Alcalá, Humberto, “El bloque constitucional de derechos en Chile. El parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: Doctrina y Jurisprudencia”, en *Estudios Constitucionales*, año 13, núm. 2, 2015, Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, p. 310, pp. 301-350.

³²*Ibidem*, p. 311.

³³Para un estudio de la evolución del concepto de bloque de constitucionalidad en Colombia véase Rodrigo Uprimy, *op. cit.*, nota 28.

Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y d) los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte.

Aquí la Suprema Corte se refiere a un término cercano al bloque de constitucionalidad pero que debe ser diferenciado, se trata del *parámetro de análisis*, término que, como apunta Astudillo, tiene una connotación más procesal, pues alude a los materiales desde los cuales los jueces ejercerán la actividad de control, a diferencia del bloque, que tiene una significación más sustantiva y al mismo tiempo estructural.³⁴ Amén de esta correcta distinción, la relación entre bloque y parámetro es estrecha, pues el bloque será utilizado como parámetro por los jueces en sus labores de control. Por ello, aun cuando la Corte se refiere al parámetro, nos ofrece ideas claras acerca de la conformación del bloque en ese momento: Derechos Humanos de la Constitución, Jurisprudencia del Poder Judicial Federal, Derechos Humanos de Tratados Internacionales de los que México es parte y criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos vertidos en casos en los que México haya sido Estado demandado y criterios orientadores, sentados en casos en los que México no haya sido parte.

Tiempo después, al resolver una serie de amparos, la Primera Sala de la Suprema Corte estableció la siguiente jurisprudencia:

PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE.

De conformidad con el texto vigente del artículo 1º constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico Mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan, deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental sea 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 a lo que se ha denominado principio pro persona, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1º constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance y 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

³⁴César Astudillo, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en la Interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, en Miguel Carbonell, Héctor Fix Fierro, Luis Raúl González Pérez, Diego Valadez, (coords.), *Estado Constitucional, Derechos Humanos, Justicia y vida universitaria, Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, Estado Constitucional, tomo IV, vol. 1, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pp 117-168.

restricción. En esa 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 mexicano.³⁵

Esta jurisprudencia toca puntos muy importantes. Primero, en relación con la identificación del bloque de derechos, se aprecia que la Corte ya no refirió al parámetro de constitucionalidad, en su lugar, mencionó a las normas supremas del ordenamiento jurídico y ellas serían los derechos fundamentales de la Constitución y los derechos humanos de los tratados internacionales. En la segunda parte de la tesis, aborda el tema del conflicto al interior del bloque de derechos. Cuando exista diferencia entre los derechos de fuente constitucional y aquellos de fuente internacional, el derecho aplicable será determinado mediante la aplicación del principio pro persona. De esta forma, se ratificó la finalidad de la reforma introducida por el artículo 1º constitucional en cuanto a abandonar el criterio jerárquico y proponer que los derechos humanos de fuente internacional se integran de manera armónica.

La siguiente resolución importante es la recaída al resolver la Acción de Inconstitucionalidad 155/2007. En ella, se indicó, al comentar la resolución adoptada en el Expediente Varios 912/2010, que allí se había establecido la existencia de un parámetro de regularidad constitucional a partir del cual se establecía la validez de las normas del orden jurídico mexicano y que a su vez servía como catálogo normativo para los jueces.³⁶ Al parecer, la Corte aquí reconoció que aquel concepto participaría de las características del bloque, al ser portador de criterios de validez y del parámetro, de donde proviene el rol de instrumento para los jueces.

Llegamos así al análisis de la Contradicción de tesis 293/2011. Se trata de una de las decisiones más importantes tomadas por la Corte en los últimos años. En parte, esta resolución permitió continuar y superar asuntos que no habían sido bien resueltos en el Expediente Varios 912/2010 o bien habían quedado abiertos. Por otro lado, generó un retroceso importante en el camino andado hasta el momento, provocando la desarticulación del funcionamiento previsto para los conflictos entre los componentes del bloque de derechos previstos desde la Constitución y sostenidos por decisiones anteriores de la propia Corte. La contradicción estuvo motivada por pronunciamientos contradictorios entre el Primer Tribunal Colegiado en materia administrativa y de Trabajo del Primer Circuito al resolver el amparo directo 1060/2008 y los criterios sostenidos por el Séptimo Tribunal Colegiado en materia Civil del primer circuito al resolver los amparos directos 344/2008 y 623/2008. Tras un primer análisis para identificar los puntos de contradicción, el Pleno determinó que sí existió contradicción de criterios y que los mismos se referían a los siguientes temas: 1. La posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, y 2. El valor de la jurisprudencia en materia de derechos humanos emitida por la Corte IDH.³⁷ Al resolver estos asuntos, se generaron las jurisprudencias que a continuación transcribimos:

³⁵ 1a. /J. 107/2012 (10a), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XIII, octubre de 2012, tomo 2, p. 799.

³⁶ Acción de Inconstitucionalidad 155/2007, *Diario Oficial*, 30 de octubre de 2012, Segunda Sección, pp. 42 y 43.

³⁷ Contradicción de tesis 293/2011. Engrose, p. 26.

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 AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1º constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1º, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en el sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento, es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente debe calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta Supremacía Constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.³⁸

JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1º constitucional, pues, por principio pro persona, obliga a los jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: *i)* cuando un criterio se haya emitido en un caso en el que el estado mexicano no haya sido parte, la aplicación del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento, *ii)* en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional y, *iii)* de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorable para la protección de los derechos humanos.³⁹

³⁸P/J 20/2014 (10a), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 5, abril de 2014, tomo 1, p. 202.

³⁹P/J 21/2014 (10a), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 5, abril de 2014, tomo 1, p. 204.

En relación con el primer asunto, hemos comentado que la Corte ya había realizado pronunciamientos importantes sobre los derechos humanos contenidos en tratados internacionales y su incorporación al parámetro de regularidad. La reforma constitucional de 2011 ha establecido —sostuvo el Pleno—, un conjunto normativo que denominó “parámetro de regularidad constitucional” que se compone por los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Así, los derechos humanos contenidos en ambas fuentes no se relacionan entre sí en términos jerárquicos; es el principio pro persona el que permitirá determinar qué derecho es aplicable al caso, prefiriendo aquel que conceda una protección más benéfica. Pero lamentablemente el Pleno torció el curso y determinó que a pesar de lo dicho sobre el abandono del criterio jerárquico, cuando la Constitución establezca una restricción al ejercicio de un derecho humano, se deberá estar a lo que determine la norma constitucional. Sobre este punto en particular cabría decir algunas cosas. En primer lugar, un juicio tal, establecido de manera apriorística y general, resulta contradictorio con el derecho internacional de los derechos humanos, pues los Estados tienen la obligación de adecuar su derecho a los estándares fijados por el *corpus iuris* internacional y específicamente interamericano. Como sabemos, el derecho internacional de los derechos humanos determina mínimos, o, un piso en materia de derechos que debe ser respetado por los Estados. Es decir, todo el sistema jurídico interno debe adaptarse a ese orden público internacional en materia de derechos humanos, incluyendo a la propia constitución de cada Estado. En este sentido, un juicio como el vertido por la Corte en esta resolución no resulta aceptable, pues una restricción constitucional a un derecho humano deberá eventualmente ser aceptable para los estándares del sistema interamericano y ahora, para los del parámetro de regularidad constitucional. En consecuencia, la viabilidad convencional de una restricción estará siempre sujeta al escrutinio del sistema interamericano, por ello, no es cierto que apriorísticamente se pueda determinar que una restricción constitucional prevalezca. La Corte IDH se ha pronunciado sobre la inconvencionalidad de normas constitucionales en algunos casos entre los que cabe mencionar el caso “Olmedo Bustos *vs.* Chile” (la última tentación de cristo). Asimismo, esta resolución de la Corte mexicana compromete el ejercicio del control de convencionalidad por parte de los jueces mexicanos, pues les obliga a preferir una restricción constitucional a un derecho, aunque ésta sea inconvencional.

Por otro lado, la prevalencia de las restricciones constitucionales resultaría violatoria del propio artículo 1º constitucional porque la incorporación de los derechos humanos de fuente internacional al bloque constitucional de derechos determina que esos derechos, regirán en el orden interno en las condiciones de mínima determinadas por el derecho convencional y las interpretaciones que de ellos realice la Corte IDH, ello incluye el tratamiento acerca de las restricciones. Por tanto, la determinación de la Suprema Corte acerca de este tema es inconvencional y eventualmente inconstitucional. Adicionalmente, podría llevar a los jueces a no aplicar el principio pro persona decantándose por aplicar el estándar interamericano en caso de resultar más favorable, lo que también conllevaría a una decisión inconstitucional. En consecuencia, esta

determinación potencialmente puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado mexicano y orillar a los jueces a generar sentencias inconstitucionales. En relación con nuestro tema, altera de manera sustancial el funcionamiento interno del bloque de derechos cuya integración es armónica y no jerárquica.

El segundo asunto discutido en la contradicción que estamos comentando tuvo que ver con someter a revisión el criterio establecido en el Expediente Varios 912/2010 referido a que las sentencias de la Corte IDH en las que el Estado mexicano no haya sido parte, serían orientadoras para los jueces mexicanos. En un sentido, esta determinación de la Suprema Corte no era del todo respetuosa con las pretensiones del sistema interamericano y la comprensión de la Corte IDH para el ejercicio del control de convencionalidad/constitucionalidad, pues de acuerdo con sus decisiones, dicho control debía considerar como parámetro las interpretaciones que la Corte IDH hubiera vertido y las interpretaciones a las que refiere, son las vertidas tanto en sentencias en las que el Estado sea parte y aquellas sentadas en casos en los que no lo sea.

La Suprema Corte decidió entonces modificar el criterio y determinar que “como resultado de nuevas reflexiones, y con motivo de la nueva integración de este Tribunal Pleno, debe considerarse que esta fuerza vinculante de los criterios interpretativos contenidos en sentencias interamericanas debe extenderse a aquellas dictadas en casos en los que el Estado mexicano no haya sido parte”.⁴⁰

La Ley Suprema de la Unión y el bloque de derechos

Durante el proceso de elaboración de propuestas para la reforma constitucional de 2011, se pensó en modificar el artículo 133 constitucional para reconocer jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos.⁴¹ Sin embargo, explica Caballero Ochoa que comenzaron a primar las opiniones tendientes a establecer la jerarquía constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en el artículo primero, en el cual se condensan las principales disposiciones constitucionales sobre la dimensión de los derechos humanos en el sistema jurídico mexicano.⁴² Amén de esta cuestión de orden, se procuró evitar que el artículo 133 siga generando divisiones; mantener su carácter de sistema de fuentes, dar a los derechos humanos de fuente internacional autonomía como derecho no producido por el ordenamiento interno⁴³ y creo, mantener alejados a los derechos humanos de la gradación jerárquica a la que hubieran ingresado de haber sido incorporados en el artículo 133 y, por tanto, en el ámbito del concepto Ley Suprema de la Unión. Tomando en cuenta los increíbles problemas interpretativos que este artículo ha generado a lo largo de los años, no parece haber sido una mala estrategia, es decir, se alejó a los derechos humanos de las

⁴⁰Contradicción de tesis 293/2011. Engrose, p. 80.

⁴¹José Luis Caballero Ochoa, *op. cit.*, nota 25, p. 107.

⁴²*Ibidem*, p. 108.

⁴³*Ibidem*, p. 109.

gradaciones jerárquicas y de los problemas interpretativos tan propios en el desenvolvimiento del artículo 133 constitucional.

De todas formas, el concepto Ley Suprema de la Unión ha sido alterado por la aparición del bloque de derechos establecido en el artículo 1º constitucional.

Para comenzar, Los derechos humanos constitucionales y los provenientes del derecho internacional conforman un bloque en cuyo interior no existen jerarquías y las relaciones entre esos derechos se resuelven mediante los criterios de interpretación conforme y principio pro persona. Este bloque de derechos que se integra en términos armonizadores y no jerárquicos con el resto del ordenamiento no renuncia a su carácter prevalente ante ciertas circunstancias, como por ejemplo, cuando se pretenden vulnerar los límites mínimos desde allí establecidos. En esos casos, el bloque reclama supra ordenación frente a todo el ordenamiento jurídico. Se podría afirmar entonces que el bloque de derechos impregna todo el ordenamiento y se integra con normas que son supremas por mandato constitucional. La ley Suprema de la Unión, de esta manera, se completa por mandato constitucional, con el bloque constitucional de derechos.

Bibliografía

- ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho Constitucional*, México, Oxford, 1999.
- ASTUDILLO, César, “El bloque y el parámetro de constitucionalidad en la Interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en Miguel Carbonell, Héctor Fix-Fierro, Luis Raúl González Pérez y Diego Valadez (coords.), *Estado constitucional, Derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo, Estado constitucional*, tomo IV, vol. I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo I, El derecho constitucional de la libertad, Buenos Aires, Ediar, 1989.
- , *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Nueva Edición ampliada y actualizada, tomo III, El Derecho internacional de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994, Buenos Aires, Ediar, 1995.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, “Cláusula de Interpretación conforme y el principio pro persona”, en *La reforma constitucional en materia de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coord.), México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012.
- CARPIZO, Jorge, *Estudios Constitucionales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1996.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de derechos humanos”, en *La reforma constitucional en materia de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.), México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012.
- DE LA CUEVA, Mario, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 2008.
- DEL CASTILLO VELASCO, José María, *Apuntamientos para el estudio del derecho constitucional mexicano*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Senado de la República, Miguel Ángel Porrúa, Facsimilar de la edición príncipe, 1871, 2007.

- DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos, *La cláusula de supremacía constitucional, el artículo 133 constitucional a la luz de su origen, evolución jurisprudencial y realidad actual*, México, Porrúa, 2011.
- FAVOREU Louis y Francisco Rubio Llorente, *El bloque de la constitucionalidad*, Universidad de Sevilla, Madrid, Cuadernos Civitas, 1991.
- FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y Garantismo*, Madrid, Trotta, 2008.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad”, en *La reforma constitucional en materia de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coord.), México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012.
- FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, 37 ed., México, Porrúa, 1998.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 1983.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 65 ed., México, Porrúa, 2015.
- HAMILTON, A., J. Madison y J. Jay, *El Federalista*, trad. Gustavo Velasco, México, FCE, 2000.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El bloque constitucional de derechos en Chile. El parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: Doctrina y Jurisprudencia”, *Estudios Constitucionales*, año 13, núm 2, Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2015, pp. 301-350.
- OTTO, Ignacio de, *Derecho Constitucional sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel Derecho, 1998.
- UPRIMY, Rodrigo, “El bloque de constitucionalidad en Colombia, Colombia, Universidad Nacional-ENS, 2005, p. 2, disponible en [www. http://redescuelascsa.com/sitio/repo/DJS-Bloque_Constitucionalidad\(Uprimny\).pdf](http://redescuelascsa.com/sitio/repo/DJS-Bloque_Constitucionalidad(Uprimny).pdf) el 22 de junio de 2016.

La reforma constitucional en México:
¿Flexibilidad o disfuncionalidad del modelo democrático constitucional?¹

Introducción

El proceso para reformar una constitución es un tema central en la teoría y en la práctica constitucional, que se resuelve en cada Estado de manera distinta y con diferentes grados de eficacia. No es una simple técnica jurídica para hacer modificaciones a una ley, ni tampoco un mero conjunto de acuerdos entre actores y partidos para ejecutar políticas públicas. Para la teoría constitucional contemporánea, se trata en realidad de un delicado proceso que busca cumplir con dos objetivos principales de manera simultánea, los cuales en principio son antagónicos: dotar de flexibilidad a la norma superior del ordenamiento jurídico para poder adaptar su contenido a la cambiante realidad pero, al mismo tiempo, otorgar protección a la norma para sustentar y potenciar su naturaleza diferente y suprema. Es decir, se busca cumplir con dos objetivos opuestos que se encuentran en una tensión permanente, pues mientras que uno busca encontrar la manera de cambiar la norma, tiene como objetivo el cambio, el otro, objetivo de la estabilidad, busca protegerla contra cambios constantes que le diluyan su carácter extraordinario.²

Sumario

Introducción	1135
Funciones y problemas del proceso de reforma constitucional	1138
Las disfuncionalidades del proceso de reforma constitucional en México.	1145
La realidad del Estado constitucional mexicano: una Constitución al servicio de la política.	1147
Conclusiones.	1151
Bibliografía	1152

¹Este trabajo surgió originalmente de las reflexiones vertidas en el Seminario sobre Cambio y eficacia constitucional: el caso del hiper-reformismo mexicano organizado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM por la doctora Andrea Pozas Loyo el 20 de noviembre de 2015. Fue enriquecido con la ponencia presentada en el VII Congreso Nacional de Derecho Constitucional, que se celebró del 3 al 5 de febrero de 2016 en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí.

²Se trata de la tensión existente en el Estado constitucional señalada por el profesor español Pedro de Vega entre el principio democrático y el principio de supremacía en su paradigmático libro *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 60.

Por lo que toca al primero de estos objetivos, cambiar la norma constitucional es un problema asociado a la democracia, pues está directamente relacionado con el poder de la soberanía popular y las formas en que ésta debe poder decidir los contenidos de la constitución y el momento oportuno de sus cambios. Se trata de la manera en que el pueblo, a través de sus representantes o de órganos especializados, puede llevar a cabo estas modificaciones. Este objetivo está ligado a temas específicos como es el alcance del cambio constitucional, es decir hasta dónde una reforma constitucional puede cambiar el contenido de la Constitución, para así poder diferenciar una reforma amplia de una que acabe por crear una nueva Constitución.³

Por el otro lado, proteger la supremacía constitucional significa encontrar los mecanismos que protejan a la norma originaria y fundante de todos aquellos intentos de cambio provenientes de grupos y actores con intereses particulares, como bien pueden ser los órganos de poder constituidos, y que de esta manera la demeriten, devalúen o incluso la aniquilen. Este segundo objetivo está estrechamente vinculado a problemas como el de la periodicidad del cambio constitucional, la naturaleza y el tipo de procedimiento extraordinario que asegure que el cambio verdaderamente provee de estabilidad a la norma, la legitimidad de los encargados de llevar a cabo la modificación a la constitución o incluso la interrogante sobre la existencia de límites de contenido (cláusulas de eternidad,⁴ de intangibilidad⁵ o de superlegalidad constitucional)⁶ o de límites en el procedimiento.

Es por ello que el procedimiento para poder cambiar, agregar o sustituir disposiciones constitucionales acaba materializando la doble naturaleza, política y jurídica, del ordenamiento constitucional, así como toda su problemática. En ese mismo sentido, el constitucionalista alemán Peter Häberle señala con precisión que las modificaciones constitucionales pueden servir para adaptar la norma a procesos que ya se han transformado en la realidad social, pero que también pueden pretender inducir tales cambios, “...Deben distinguirse pues la *modificación de adaptación* y la *modificación de creación*”.⁷

Como quiera que sea el caso, una reforma constitucional debe elaborarse en un contexto de oportunidad en donde los cambios realizados sean para alcanzar la dinámica social, o bien para detonar un camino de transformaciones, logren alcanzar sus objetivos, pues es claro que una reforma constitucional que no lo logra acaba por convertirse en un proceso de desgaste y deslegitimación de la propia norma suprema. Ese problema, caracterizado por la existencia de una constitución sin eficacia, acaba por detonar toda una crisis del modelo normativo y de convivencia social.

El acelerado y amplio espectro del proceso de reforma constitucional mexicano de los últimos años, particularmente de la última década, requiere de un serio y detallado

³Se trata de un tema al cual los especialistas y autores han dedicado mucha atención en obras y encuentros. En México, una buena fotografía del panorama de este debate se puede ver en obras como Varios autores, *Hacia una nueva constitucionalidad*, 1999, o César Astudillo y Lorenzo Córdova, *Reforma y control de la Constitución. Implicaciones y Límites*, 2011, ambos del Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.

⁴Véase Peter Häberle, *El Estado Constitucional*, pp. 145 y ss.

⁵De Vega, *op. cit.*, p. 244.

⁶Maurice Hauriou, *Précis de Droit constitutionnel*, p. 297.

⁷Véase Häberle, *op. cit.*, p. 140, donde alude que desde la perspectiva de la duración y la estabilidad de una comunidad se puede requerir o no la modificación constitucional, dependiendo de cada caso particular.

análisis para poder entender el alcance de estos cambios en un doble sentido, por la importancia que tiene la temática material de los cambios en específico (*v. g.* Las “reformas en materia de derechos humanos”, o bien las “reformas estructurales” de la administración del presidente Peña Nieto), como también el alcance que tienen en cuanto a principios más generales del Estado constitucional en su conjunto, como son la eficacia o grado de observancia de la normativa constitucional (y en esa medida del Estado de derecho en su conjunto), la estabilidad política (a partir del grado de funcionamiento de las instituciones político-constitucionales) o bien, la democratización del Estado, a partir de su grado de legitimidad y niveles de interacción democrática entre instituciones estatales y sociedad.

En ese mismo sentido, se trata de un análisis que permite contestar preguntas de extraordinaria importancia relacionadas con la práctica constitucional, como por ejemplo si el carácter acelerado, la velocidad de un proceso de reforma constitucional tiene algún significado sobre la rigidez del proceso de reforma y por tanto si afectan su carácter supremo; si un amplio espectro (número) de reformas constitucionales trastorna la estabilidad jurídica y política de un Estado, consecuencias del hiper-reformismo; si el contenido específico de algunas reformas (de mayor o menor profundidad en el funcionamiento de las instituciones, creando o modificando) afecta de distinta manera el funcionamiento constitucional en su conjunto, o de qué manera un uso reiterado de la reforma constitucional está relacionado con la función de interpretación constitucional por parte del tribunal constitucional, ya sea porque esta interpretación es errática e insuficiente, o bien como una fórmula en manos de los actores políticos para evitar que sea este el camino que establece en última instancia la orientación de las políticas públicas del Estado y no el órgano jurisdiccional; y, finalmente, un asunto muy estudiado por la doctrina, si el control jurisdiccional en manos del tribunal constitucional puede incluir la revisión de los procesos de reforma constitucional (tanto en su forma como en su contenido).⁸ En resumidas cuentas, si las constantes y aceleradas reformas constitucionales contribuyen a fortalecer el funcionamiento de la constitución en su doble dimensión de fuente originaria y principal de todo el ordenamiento jurídico y como el conjunto de acuerdos e instituciones políticas. Si las funciones de la constitución, legales y políticas, se ven afectadas por un proceso de reformas acelerado e intenso.⁹

La Constitución mexicana, a pesar de su extensión y tamaño, contiene tan sólo una disposición relativa al procedimiento de reforma constitucional, sin que incluya ninguna mención a la naturaleza del órgano reformador (*vis a vis* el poder constituyente originario o la Suprema Corte de Justicia en su papel de tribunal constitucional) o algún tipo de límite, lo que ha generado que en un régimen presidencialista donde además ha predominado un partido político, por muchos años se ha abusado del procedimiento como una forma de imponer y proteger las políticas públicas que el Ejecutivo busca promover.

Lo que sí podemos afirmar es que las respuestas a estas interrogantes revelan la naturaleza del régimen pues, como ya advertía el célebre filósofo y constitucionalista

⁸Véanse diversos trabajos en concreto sobre este problema en México en Astudillo y Córdova, *op. cit.*

⁹Véase la ponencia de Francisca Pou Giménez, “Hyper-reformism and constitutional inefficacies in Mexico”, presentada en el VII Congreso Nacional de Derecho Constitucional citado en nota preliminar de este ensayo, que justamente aborda esta interesante perspectiva.

Karl Lowenstein, “el material de derecho comparado hasta permite sacar la conclusión de que a partir de la técnica de la reforma constitucional aplicada respectivamente, se puede deducir el carácter político del régimen. Allí donde tanto la competencia para iniciar la reforma como la capacidad para llevarla a cabo radica fundamentalmente en el ejecutivo, se trata de una forma de gobierno autoritario”.¹⁰

Funciones y problemas del proceso de reforma constitucional

Pedro de Vega nos presenta un marco muy puntual para analizar un proceso de reforma constitucional, el cual utilizaremos para el caso mexicano contemporáneo. De acuerdo con el constitucionalista español, la reforma constitucional cumple con tres funciones en la organización democrática contemporánea:¹¹

- a) Debe ser un instrumento de adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política (o social).
- b) Debe ser un mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado.
- c) Debe de constituirse como una institución de garantía frente al resto de los poderes constituidos.

Conforme se analicen estas funciones y sus particulares complejidades en el caso mexicano, estaremos revisando las cuestiones que la doctrina identifica como los ámbitos problemáticos en torno al proceso de reforma de una constitución, tales como son el sujeto de la competencia o función modificatoria; la cuestión del alcance de los obstáculos procedimentales para la modificación constitucional; la existencia o no de requisitos formales adicionales que refuercen el carácter democrático del procedimiento (un plebiscito por ejemplo); el establecimiento de límites o contenidos que quedan fuera del alcance de la reforma constitucional como bloque de constitucionalidad o cláusulas intangibles; límites de temporalidad; la excepcionalidad a la reforma en determinadas circunstancias como situaciones de emergencia; el detalle y la ubicación de las normas que regulan el proceso de reforma, y la relación que guarda el proceso de reforma con los otros medios de control constitucional.

Adecuación jurídica (con la realidad)

En primer lugar, la constitución busca constituirse como la realidad política en un Estado. A través de su declaración de derechos fundamentales esbozará el alcance de las relaciones entre los habitantes de una comunidad y específicamente de la relación de éstos con las instituciones estatales, en forma de prerrogativas (derechos y liberta-

¹⁰Véase Karl Lowenstein, *Teoría de la Constitución*, p. 172.

¹¹De Vega, *op. cit.*, pp. 67 y ss.

des) con límites (prohibiciones) y con garantías que aseguren su cumplimiento. A través de su parte orgánica, la constitución establece un modelo de régimen político con la integración de tres poderes públicos. Hasta ahí un primer modelo de Constitución, considerado como clásico o liberal, que ha sido rebasado por la realidad desde hace muchos años.

Modelos posteriores con alto contenido social y de reconocimiento al juego democrático con fuerzas plurales y distintas entre sí evolucionaron a efecto de que las constituciones contemporáneas (en su gran mayoría) además establezcan otro tipo de disposiciones tales como las relativas a protecciones específicas de grupos, sistemas electorales para llevar a cabo la interacción y competencia democrática, órganos técnicos que requieren de autonomía política para cumplir con una amplia gama de funciones al margen de intereses sociales o políticos, así como también sistemas para luchar contra la corrupción y la integridad de los servidores públicos. De esta manera, diversas constituciones, como las latinoamericanas y en particular la mexicana, son constituciones a detalle, que establecen amplias declaraciones de derechos y múltiples instituciones y órganos para llevar a cabo las políticas públicas del Estado y cumplir con muy diversos objetivos.

Ahora bien, la Constitución como un conjunto de principios y enunciados normativos apoyados por las fuerzas sociales se erige como un modelo que pretende encuadrar y dirigir la realidad social. Se considerará eficaz aquel modelo que logre conformar la realidad que regula y, por el contrario, poco eficaz aquella constitución que se encuentre alejada de la realidad. Si bien no existe un modelo perfecto o plenamente eficaz, todas las constituciones buscan predominar como fuentes del sistema jurídico y diseño del sistema político. No hacerlo con un mínimo de efectividad significaría el fin de ese modelo y régimen.¹²

Sin embargo, aunque tal es la pretensión teórica de toda constitución y en general de toda norma jurídica (bajo presupuesto teórico del positivismo jurídico),¹³ diversas teorías y enfoques han explicado que en realidad se trata de una relación bidireccional de influencias y adaptaciones mutuas entre el derecho y la realidad,¹⁴

¹²En ese sentido es útil desde una perspectiva didáctica la clasificación ontológica o existencial de las constituciones que elaboró Lowenstein, *op. cit.*, pp. 216-222. Este criterio de clasificación “radica en la concordancia de las normas constitucionales con la realidad del proceso del poder. Se punto de partida es la tesis de que una constitución escrita no funciona por sí misma una vez que haya sido adoptada por el pueblo, sino que una constitución es lo que los detentadores y destinatarios del poder hacen de ella en la práctica... Para que una constitución sea viva, debe ser, por lo tanto, efectivamente vivida por destinatarios y detentadores del poder, necesitando un ambiente nacional favorable para su realización... Para que una constitución sea viva, no es suficiente que sea válida en sentido jurídico. Para ser real y efectiva, la constitución tendrá que ser observada lealmente por todos los interesados y tendrá que estar integrada en la sociedad estatal, y ésta en ella”. De esta forma, el autor habla de constituciones normativas, aquellas que tienen plena concordancia con la realidad social; nominales, aquellas jurídicamente válidas pero con una dinámica del proceso político que no se adapta a las normas, donde la constitución existe de forma pero carece de “realidad existencial”; y semánticas, aquellas plenamente aplicadas pero su existencia es la formalización de la existente situación del poder político en beneficio exclusivo de los detentadores del poder que de esa manera se apropian “legalmente” del aparato estatal.

¹³Véase el famoso ensayo de Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*.

¹⁴En general, éste es uno de los planteamientos principales de la llamada escuela de sociología del derecho o sociología jurídica, con una historia ya larga y diferentes perspectivas, destacando la estadounidense a cargo de la Law and Society Association, disponible en <http://www.lawandsociety.org>, o la europea por el Research Committee on Sociology of Law perte-

pues una norma jurídica no sólo establece un modelo prescriptivo a la que la realidad social se adapta. Es la propia realidad la que obligará a la norma a adaptarse a la hora de su aplicación o bien posteriormente a que el propio legislador o intérprete reformule los elementos de la norma a efecto de que esta pueda efectivamente regular una conducta social.¹⁵

En otras palabras, la realidad, en su acelerada dinámica, va generando nuevas necesidades, expectativas y demandas que obligarán a la norma a un proceso continuo de adaptación. Esta adaptación de todas las normas, incluyendo las constitucionales, se da por dos caminos, dependiendo de las características de cada régimen y de sus instituciones y formas de operar. En aquellos sistemas jurídicos donde la norma es general y la tarea de su aplicación corresponde fundamentalmente a los órganos encargados de interpretarla, como sucede con los países de la tradición del *common law*, será precisamente una labor constante a través de la fuerza de resoluciones y precedentes judiciales,¹⁶ mientras que en aquellos países de tradición codificada o derecho escrito, de naturaleza altamente casuística, la reforma legislativa a la norma jurídica será el método predominante para su adaptación. Lo anterior no significa que en cualquier caso los dos tipos de mecanismos de cambio o adaptación estén impedidos para convivir, pero en cada tradición y sistema jurídico uno es el mecanismo predominante.

En el sistema mexicano, como en muchos más, la reforma es el mecanismo fundamental para que el propio ordenamiento se adapte y mantenga su vigencia. La Constitución, como norma fundamental, corre la misma suerte, pues se reforma, a final de cuentas, para sobrevivir, aunque su reforma debiera ser excepcional, trascendente para que no altere su estabilidad y certidumbre respecto a los derechos que reconoce, las instituciones que crea y, en general, los principios y valores que contiene.

Sin embargo, en México las cosas no parecen desenvolverse de esa forma. Por muchos años, la Constitución fue modificada conforme el presidente en turno lo deseaba.¹⁷ Al ser la figura que controlaba políticamente a todos los órganos políticos (por la naturaleza del sistema de partido hegemónico), el Ejecutivo Federal decidía qué contenidos quería que tuvieran fuerza de norma constitucional para avalar su plan de gobierno o bien para apoyar alguna medida a la que consideraba importante darle toda la legitimidad, fuerza y publicidad. De esta forma, aun cuando la Constitución mexi-

ciente a la International Sociological Association, disponible en <http://www.isa-sociology.org/rc12.htm>. Una buena introducción general de la disciplina y sus presupuestos teóricos la ofrece el profesor Vincenzo Ferrari, *Primera lección de sociología del derecho*, 2015.

¹⁵Es así como Ferrari afirma que “Entre las normas y las acciones inspiradas por aquellas existe una relación biunívoca, de condicionamiento recíproco, ya que las normas, al circular entre los actores sociales, influyen en su acción y esta, a su vez, retroalimenta continuamente al mundo normativo, modificándolo”, *ibidem*, p. 41.

¹⁶Para una lectura a fondo de las características y diferencias entre sistemas jurídicos, recomiendo la lectura de Melvin Aron Eisenberg, *The Nature of the Common Law*; John Henry Merryman, *The Civil-Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*; o la clásica obra de René David, *Los grandes sistemas jurídicos comparados*.

¹⁷En el sugerente estudio elaborado por Diego Valadés y Héctor Fix Fierro, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto reordenado y consolidado*, se ilustra que del año de la primera reforma, 1921, a julio de 2015, se habían realizado un total de 642 reformas constitucionales en 225 decretos.

cana de 1917 establece un método extraordinario para llevar a cabo una reforma constitucional en su artículo 135,¹⁸ en realidad esa excepcionalidad era tan sólo de forma, pues para el presidencialismo la reforma constitucional no era un método auténticamente rígido o difícil.

La alternancia política en la Presidencia de la República tras las elecciones de 2000 no cambió este desafortunado abuso de la reforma constitucional. Al contrario, a partir de dicho año, en que la pluralidad política se estableció como una realidad, los presidentes en turno han buscado legitimar sus acciones a través de este mecanismo, como si una norma jurídica fuera la fórmula para que sus políticas y acciones fueran aceptadas y sobre todo implementadas. Tal y como lo señala un estudio sobre el desordenado texto constitucional mexicano, del total de las 642 reformas constitucionales que se han efectuado, 200 han sido hechas en los últimos 10 años (110 durante la administración del presidente panista Felipe Calderón y ya más de 90 durante los cuatro años del presidente del PRI, Enrique Peña Nieto, considerando hasta julio del 2015), lo que equivale a 31.2 por ciento del total, de 1921 a 2015.¹⁹

Un somero análisis de las varias y aceleradas últimas reformas (más de 90 en cuatro años) cuestiona esta función constitucional, sobre qué tanto se está adecuando la norma a la realidad, o es la norma, como instrumento político, la que persiste en su lucha por querer transformar a la realidad y, de ser así, el grado de éxito que ha tenido. Lo que es cierto, es que la naturaleza rígida de la Constitución en México ha quedado tan sólo como forma, pues los acuerdos políticos entre los principales partidos políticos han permitido que lo extraordinario del proceso de reforma sea tan sólo un trámite. Sin la rigidez, la norma constitucional pierde su valor único y diferenciado, y, consecuentemente, eficacia.

Continuidad jurídica

La reforma constitucional tiene también como función ser un mecanismo que articule la continuidad jurídica del Estado y de esta manera cumplir con uno de los objetivos más importantes de todo Estado de derecho: la seguridad o certidumbre jurídica. Esto significa que una comunidad jurídicamente organizada cambiará, se adaptará a las exigencias y necesidades sociales, pero de manera limitada, conservando su estructura y su funcionamiento básico, generando estabilidad en la propia vida comunitaria o social. Es de esta manera que la reforma constitucional es de naturaleza excepcional para lograr cambios que resultan importantes en el funcionamiento de los órganos de

¹⁸“Artículo 135. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.”

¹⁹Véase Valadés y Fierro, *op. cit.* La suma de reformas durante la administración en curso del presidente Peña ya se ha incrementado de la fecha del estudio a agosto de 2016.

poder y estructura institucional, así como cambios en la manera en que se ejercen y protegen los derechos, pero sin alterar de manera fundamental ni quebrantar el orden jurídico en su integralidad.

El primer cuestionamiento que surge entonces de esta segunda función es hasta dónde la frecuencia y extensión de las reformas constitucionales perjudica la estabilidad y continuidad del orden jurídico o en realidad se está transformando de raíz éste, y de ser así, de qué manera el poder reformador o revisor de la constitución está cumpliendo con su papel o está apropiándose de un papel que no le corresponde al cambiar la constitucionalidad. Es justamente ese el punto que aborda Pedro Vega cuando explica que la reforma constitucional es una función contenida en la propia constitución y por tanto a cargo de un poder constituido, llamado revisor o reformador que obtiene su legitimidad en el propio ordenamiento, ya que su función de reformar es una operación esencialmente jurídica.²⁰

La discusión respecto a la naturaleza del órgano que reforma la constitución sigue siendo un debate abierto y de importancia, pues dependiendo del enfoque se entiende el alcance de la función reformadora (total o parcial). Por una parte existe una perspectiva que establece al orden constitucional como un orden jerárquicamente superior o supraordenado con funciones muy específicas como son reformar o adicionar la Constitución (incluido su aspecto geográfico), la suspensión de garantías y llevar a cabo el control (o defensa) de la Constitución.²¹ Para esta perspectiva de corte positivista, el órgano encargado de llevar a cabo las reformas es un órgano excepcional con la misma naturaleza que el poder constituyente originario. De ahí que su nombre es poder constituyente permanente, pues no tiene límite material o temporal para llevar a cabo las modificaciones o adiciones que considere pertinentes. Su naturaleza es la misma que tiene el Tribunal Constitucional para proteger a las normas constitucionales a través de distintos recursos o medios jurisdiccionales, diferenciándose de los órganos constituidos de los órdenes subordinados y secundarios, como son el orden federal o el orden local.

La estabilidad del orden jurídico, en un modelo idealmente funcional, debería de recaer en un ejercicio prudente e inteligente de reformas constitucionales ocasionales pero oportunas, que den paso a una serie de interpretaciones por parte del tribunal constitucional, afinando el alcance de las nuevas disposiciones pero creando entre ambas operaciones un ordenamiento jurídico estable y al mismo tiempo adaptable. El problema que la realidad mexicana nuevamente nos presenta es qué tanta estabilidad se puede lograr por parte de una doctrina de interpretación constitucional cuando el referente cambia de manera abrupta, rápida y poco razonada. En estas circunstancias es prácticamente imposible poder contar con una doctrina constitucional, aunque esta no sea el único impedimento para que exista.

Una segunda perspectiva es aquella que distingue la función reformadora de la función creadora de la constitución. La función reformadora fue diseñada y prevista por el órgano constituyente, y encargado a un órgano especial sí, pero finalmente cons-

²⁰De Vega, *op. cit.*, p. 68.

²¹Véase la obra de Ulises Schmill, *Teoría del Derecho y del Estado*, p. 294.

tuido al igual que los otros poderes. Para este razonamiento, “el poder de revisión, que tiene competencia para efectuar la reforma, para lo que, en ningún caso, poder tenerla es para hacer la revolución. Esto quiere decir, como demostraremos más adelante, que la reforma está por necesidad sometida a límites; incluso cuando, disparatada y absurdamente, en la propia normativa legal, se reconoce, como sucede en nuestro ordenamiento, la posibilidad de reformas totales”.²²

Es ahí entonces, donde esta segunda perspectiva abre una pregunta fundamental, respecto a cuáles son o deberían ser los límites de la reforma constitucional en nuestro país y, de haberlos, si estos límites han sido transgredidos por la gran cantidad y profundidad de reformas llevadas a cabo en los últimos años.

Garantía constitucional: garantía jurídica y política

Además de ser el mecanismo previsto por la propia constitución para lograr cambiar y adecuarse a la realidad y dar continuidad jurídica, la reforma constitucional se erige también como el mecanismo a través del cual se logra materializar la supremacía de la norma. Gracias a que el procedimiento de reforma constitucional es extraordinario, por ser un procedimiento especial que se lleva a cabo por un órgano integrado de manera diferenciada, la constitución se protege de ser modificada por simples modas o caprichos de los actores políticos, pues el consenso que se requiere para llevar a cabo este procedimiento reúne a mayorías calificadas tanto del orden federal como de las legislaturas locales. Este procedimiento agravado debería, en teoría, coadyuvar a la rigidez y por tanto a la estabilidad de la norma constitucional sin cerrar de manera absoluta su posibilidad de cambio. Es este procedimiento una garantía jurídica de la norma, pues una diferencia de procedimiento significa una diferencia de sustancia, ya que así la norma constitucional adquiere una estabilidad mucho más clara y contundente que cualquier otra norma, dotándola así de esta característica de rigidez que la convierte en una norma superior en su forma de modificación. Serán los contenidos específicos de las normas constitucionales los que además la dotarán de una supremacía material.²³

La cualidad diferente y suprema de las normas constitucionales son así cuidadas en una doble vertiente jurídica. La primera, ya señalada, a través de su particular y agravado proceso de modificación. La segunda está relacionada con la existencia del sistema de control constitucional a través del Tribunal Constitucional, pues será éste el órgano que tendrá a su cargo la revisión de los contenidos de todas las normas del ordenamiento en el sentido de que no contravengan a los establecidos por las normas constitucionales, pues de lo contrario las podrá declarar inválidas.

Pero un problema interesante y delicado se presenta al preguntarnos si el Tribunal Constitucional está facultado para revisar una reforma constitucional. La respuesta es solucionada fácilmente cuando el constituyente previó incluir normas que regularán

²²De Vega, *op. cit.*, p. 68.

²³Véase De la Cueva, *Teoría de la Constitución*, p. 94.

justamente esta situación. Sin embargo en un buen número de constituciones esto no se presenta, tal y como acontece en el caso mexicano. La discusión sobre la naturaleza del órgano revisor vuelve a presentarse, pues si se considera que se trata de un órgano constituido, el Tribunal Constitucional debiera estar en capacidad de examinar la eventual constitucionalidad de las normas introducidas o modificadas. Pero si, por el contrario, se estima que el revisor es en realidad un poder extraordinario como poder constituyente permanente, no queda claro que el Tribunal Constitucional pueda controlar su labor.

La interpretación de la Suprema Corte de Justicia no ha sido clara tampoco a este respecto. Se ha tratado de un criterio “incierto y oscilante”.²⁴ El resumen de esta situación es resumida claramente por Astudillo y Córdova:

En 1998, al pronunciarse sobre el llamado amparo Camacho consideró que el juicio de amparo era una vía idónea para controvertir las reformas constitucionales pero únicamente por lo que hacía a las cuestiones procedimentales o de forma, pero no para incidir en cuestiones de fondo. En 2002, al conocer de las controversias constitucionales interpuestas con motivo de la reforma constitucional en materia indígena, su juicio fue más radical al sostener que los actos del órgano reformador de la Constitución no eran susceptibles de control constitucional, por no ser de la naturaleza de aquellos que realizan funciones de gobierno. Para mediados de 2008, cuando resolvió un par de acciones de inconstitucionalidad interpuestas contra la reforma constitucional electoral de 2007, reiteró su criterio previo en el sentido de su incompetencia para juzgar la labor de los órganos que intervienen en la reforma constitucional. Sin embargo, dos meses y medio después, en septiembre de 2008 (mediante la sentencia recaída en el amparo en revisión 186/2008) consideró que el juicio de amparo sí era procedente para tal efecto sin aclarar de manera indubitable si los alcances de ese control se restringían a juzgar aspectos de procedimiento o si también podían revisarse aspectos sustanciales. En una sesión pública posterior llevada a cabo tres días después, fue tajante al señalar en el amparo en revisión 159/2008 que dicho mecanismo de tutela es improcedente para impugnar los contenidos de los nuevos preceptos constitucionales incorporados por la reforma. El 31 de enero de 2011 tuvo nuevamente la posibilidad de discernir sobre el particular, al discutir el amparo en revisión 2021/2009, interpuesto por un grupo de intelectuales contra el procedimiento y el contenido de la reforma electoral de 2007. La procedencia genérica del amparo contra la reforma constitucional no pudo ser definida ante el empate a cinco votos que se produjo en el pleno, derivado de la ausencia del ministro que habrá de sustituir al fallecido Gudiño Pelayo. De esta manera, en fechas próximas una vez que la Corte se encuentre nuevamente integrada conforme lo establece la Constitución, el pleno habrá de avocarse a discutir nuevamente el tema de procedencia y sobre todo, el tema de fondo, es decir, si el amparo habilita a inspeccionar cuestiones de procedimiento o si, por el contrario, permite dilucidar el contenido de una reforma constitucional.²⁵

²⁴Véase Astudillo y Córdova, *op. cit.*, p. IX.

²⁵*Idem.*

El dilema, por supuesto, no fue solucionado por la Corte en los años posteriores, ya que lo que está de fondo es la falta de claridad respecto a la naturaleza del órgano reformador y, como se ha explicado, dependiendo de cada enfoque, los efectos son diversos y la auténtica supremacía o última palabra del contenido constitucional queda en manos del intérprete o bien en manos del órgano reformador.

Además de esta pugna jurídica, la reforma constitucional puede ser vista como una garantía de tipo político, pues es claramente un instrumento para evitar la eventual tiranía de una mayoría parlamentaria o bien de un gobierno cuyo Poder Ejecutivo cuente con una mayoría en el Legislativo. Un serio problema se presenta cuando aun contando con las disposiciones que establecen un procedimiento agravado para llevar a cabo la reforma, el Ejecutivo cuenta con mecanismos que le permiten dispensar o negociar estos elementos, ya que, nuevamente, como asentó Lowenstein, “Allí donde tanto la competencia para iniciar la reforma como la capacidad para llevarla a cabo radica fundamentalmente en el ejecutivo, se trata de una forma de gobierno autoritario”.²⁶

Las disfuncionalidades del proceso de reforma constitucional en México

Una revisión de la forma en que ha funcionado el proceso de reforma constitucional en México, nos presenta el siguiente panorama:

Se ha utilizado la reforma constitucional de manera intensa, lo que en gran medida pone en duda su carácter extraordinario (diferenciado y supremo), ya que el elemento “agravado” que implica este procedimiento, es decir las mayorías calificadas de voluntades de representantes políticos tanto del Congreso federal como de las legislaturas locales, ha sido superado por otros medios extra legales basados en negociaciones, acuerdos e intercambios políticos. Esto trastoca directamente las tres funciones del procedimiento constitucional:

La primera función de adecuación del texto normativo a la realidad se cumple sin duda alguna, pero para adecuar el texto a razones y justificaciones basadas en negociaciones e intercambios políticos y no necesariamente a necesidades sociales imperantes. La amplia gama de temas involucrados en las reformas llevadas a cabo en los últimos años careció de diagnósticos, debates nacionales que puntualizaran la importancia y las prioridades de las mismas. Por el contrario, fueron temas y prioridades impuestas por el Ejecutivo federal, secundado por los partidos políticos. Esto equivaldría a aseverar que la Constitución mexicana, a pesar de sus múltiples cambios y adiciones, no es una constitución que establezca una estructura ni un conjunto de derechos y garantías adecuados para las necesidades sociales del país.

Por lo que toca a la continuidad del ordenamiento jurídico, esta función se ha conseguido cumplir desde una perspectiva formal, ya que la validez y legalidad del procedimiento ha sido cuidada, pues las reformas han sido efectuadas siguiendo lo

²⁶Véase Lowenstein, *op. cit.*, p. 172.

establecido en el procedimiento del artículo 135 constitucional con la aprobación de los poderes constituidos. Sin embargo, desde una perspectiva material de lo que significa el papel de la constitución como sistema de fuentes de todo el ordenamiento, si lo que la Constitución busca es generar un conjunto de reglas que sirvan como mandatos para la acción, es decir que auténticamente establezcan las pautas de reconocimiento del resto de las normas jurídicas y particularmente pautas para la actuación (adjudicación) de los poderes judiciales, esta situación está lejos de lograrse pues como asevera Francisca Pou, en México los diferentes actores gastan una cantidad irracional de tiempo y esfuerzo para la operación primaria de descubrir lo que la Constitución establece. De esa manera, para ella las líneas de continuidad que deben existir entre un programa constitucional y la substancia del resto del sistema legal simplemente no existen o lo que existe es confuso e ineficaz.²⁷

Finalmente, por lo que se refiere a analizar el procedimiento de reforma como una garantía, tanto jurídica como política, de todo el sistema constitucional, esta función ha sido seriamente alterada pues al abusarse en su uso y condicionar la posibilidad de reformas al intercambio o negociación entre fuerzas políticas, la reforma constitucional deja de ser un mecanismo de protección de la norma y, por el contrario, convierte a la norma constitucional en moneda de cambio, en instrumento al servicio de los intereses partidistas, los que claramente no representan los intereses de toda una comunidad, sino tan sólo de algunos de tipo coyuntural y de los que les conviene de manera específica en su búsqueda por el poder político. La garantía para que sistema jurídico cumpla con sus diferentes funciones se pierde, pues como muy bien afirma la doctora Pou, el sistema jurídico pierde certeza, con lo que deja de dar pautas para la acción o cumplimiento espontáneo de los ciudadanos, así como también deja de dar pautas o directrices para una construcción sistemática de interpretaciones judiciales que puedan generar una doctrina constitucional.²⁸ Si esto no fuera suficientemente delicado, el uso desmedido de la reforma constitucional también afecta su naturaleza de garantía del sistema político, por tres razones. En primer lugar, la discusión de temas claramente acotados, con consenso nacional, se pierde y es substituida por una ilimitada gama de temas (todos los contenidos de las 11 reformas “estructurales” de la administración el presidente Peña Nieto, sumadas a una gran cantidad de reformas de la administración anterior) en donde prácticamente todo tema de política pública se discute, sin prioridades, sistema, método o rigor. En segundo lugar, la Constitución difícilmente es conocida y apropiada por la ciudadanía, pues es un documento largo, complejo y muy cambiante. Si la ciudadanía no cuenta con este instrumento de manera cotidiana y natural, no la puede utilizar para hacer demandas claras y exigir una rendición de cuentas del desempeño del gobierno y representantes razonada y apegada a la legalidad. Y finalmente, en tercer sitio, los jueces constitucionales, los ministros de la Suprema

²⁷Francisca Pou, *op. cit.*, nota 8 en sus conclusiones.

²⁸Me refiero al trabajo de Francisca Pou, *ibidem*, así como a su intervención en el VII Congreso Nacional de Derecho Constitucional, nota preliminar. De la misma manera, la falta de elementos para construir una doctrina constitucional es abordada por José Ramón Cossío, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*.

Corte en el caso mexicano, se sobre-empoderan, pues se espera de ellos la claridad que el texto constitucional no es capaz de brindar por sí mismo.²⁹

La realidad del Estado constitucional mexicano: una Constitución al servicio de la política

Ahora bien, quedando establecido cómo la reforma constitucional genera disfuncionalidades que afectan al sistema jurídico y al sistema político, es también importante analizar lo que le sucede a la norma constitucional en su interior; como si se tratase de un ente independiente. En la medida que la teoría de la constitución es una teoría que busca el modelo de “buena” constitución, es importante, en palabras de Häberle, y necesario en mi opinión personal, analizar un conjunto de problemáticas a las que se enfrenta la reforma o modificación constitucional³⁰ mexicana desde esta perspectiva.

El uso extensivo (frecuencia) e intenso (profundidad) de la reforma constitucional en México genera distorsiones a la estructura y problemas al funcionamiento propiamente de la Constitución de diversas maneras. Para explicar esta afirmación, planteo dos ámbitos de distorsión o disfuncionalidad constitucional: el funcionamiento y eficacia del procedimiento agravado de modificación constitucional, y las violaciones o distorsiones a la estructura del federalismo.

En primer lugar, la mayoría calificada que en teoría se busca a través de las representaciones políticas del poder revisor de la Constitución (dos terceras partes de los miembros presentes del Congreso federal y la mayoría de las legislaturas estatales) queda subordinada a una figura “meta constitucional”,³¹ como es la existencia de un acuerdo político fuera de la Constitución (el “Pacto por México”),³² donde el Ejecutivo acordó y negoció distintas reformas y cambios con las cabezas de los partidos políticos mayoritarios, y éstos, a través de una disciplina partidista absurda y fuera de la voluntad democrática ciudadana, logran que sus bancadas parlamentarias voten como se les ordena.

Claramente las instituciones establecidas en la Constitución como son el poder revisor, la representación política y, consecuentemente, la rigidez constitucional, están siendo avasalladas por el enorme poder del presidente de la República. Para ilustrar esto, tomemos como ejemplo varias de las reformas constitucionales aprobadas en el año de 2013, como fueron la llamada reforma educativa, la reforma energética o la reforma en telecomunicaciones, las cuales no formaban parte de la agenda de los partidos de izquierda, como claramente lo explicitaron en la prensa nacional;³³ pero el

²⁹Pou, *op. cit.*, nota 8 en sus conclusiones.

³⁰Häberle, *op. cit.*, pp. 141 y ss.

³¹Utilizando el concepto generado por Jorge Carpizo en su célebre *El presidencialismo mexicano*, ya que se refería a mecanismos políticos extra legales, la jefatura informal del partido hegemónico y su voluntad única para nombrar a su sucesor, que acababan por ser decisivos para entender el poder del presidente mexicano.

³²Para una versión del texto íntegro del Pacto por México, disponible en <http://www.redpolitica.mx/contenido/documento-integro-pacto-por-mexico>.

³³Algunos ejemplos: contra la reforma educativa, disponible en <http://www.animalpolitico.com/2013/09/la-reforma-educativa-parte-en-dos-al-prd/>; contra la reforma energética: <http://www.animalpolitico.com/2013/12/prd-anuncia-plan->

partido de izquierda, en ese entonces mayoritario en el Congreso, decidió apoyar (o en algún caso por lo menos no obstaculizar) así como también en las legislaturas locales, la aprobación de las mismas a cambio de obtener apoyos en otros temas, tales como la reforma política de la Ciudad de México y en posicionamientos políticos. De la misma manera, el partido conservador, el Partido Acción Nacional (PAN), apoyó estas reformas a cambio de que el Ejecutivo y su partido, el PRI, apoyaran otras reformas: la político electoral, con la subsecuente nacionalización de la autoridad electoral y la subordinación de los órganos electorales locales a ésta, vieja demanda de ese partido.³⁴

De esta manera, la rigidez constitucional se convirtió simplemente en un trámite más largo que el habitual proceso de reforma legislativa, pero donde las bancadas de los partidos mayoritarios, PRI, PAN Y PRD, aprobaron en todo el país, pues eran temas ya negociados en el Pacto por México.³⁵

En segundo lugar, muchas de las reformas que se aprobaron en 2013 y algunas medidas más han afectado seriamente la organización del Estado federal. En pos de un pragmatismo político que provea dividendos inmediatos, el Ejecutivo federal acordó y negoció reformas que van en contra del modelo federal como la base organizativa establecida en el Estado mexicano desde su primera Constitución en 1824 y reafirmada en los procesos constitucionales de 1857 y de 1917, y fortalecida, si bien con múltiples distorsiones, a lo largo de nuestra vida constitucional contemporánea. La primera tendencia en contra del Estado federal, conformada por más de una decena de reformas al artículo 73, es la relativa a la creación de competencias específicas del Congreso de la Unión para que pueda crear las llamadas leyes generales. Éstas son en realidad leyes de alcance nacional que van mucho más allá de lo que se supone que es la facultad originaria del Congreso de la Unión para crear leyes en el ámbito federal. Las leyes generales permiten que el Congreso federal establezca en el instrumento normativo las competencias de los tres niveles u órdenes de gobierno, lo que le corresponde a los órganos federales, lo que les corresponde a los estatales y lo relativo a los municipales. A partir de estas leyes puede además crearse legislación federal, local y municipal, o bien quedarse como único instrumento para uno o varios órdenes de gobierno. Lo que estas leyes están haciendo es suplantarse la facultad que sólo tiene originalmente el poder constituyente o en su caso el poder reformador de distribuir competencias en el texto constitucional, para dárselo al órgano legislativo federal y que sea éste el que lo decida en múltiples materias. Al no estar contempladas en la Constitución original este tipo de instrumentos, en realidad se trata de un invento que queda plasmado en la Constitución y por tanto adquiere total validez, sin que exista precepto alguno que de

contra-reforma-energetica/, <https://www.google.com.mx/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=PRD+y+reforma+energetica+2013>; contra la reforma en telecomunicaciones: <http://aristeginoticias.com/2203/lomas-destacado/prd-explica-su-voto-a-favor-de-la-reforma-en-telecomunicaciones/>, por citar tan sólo algunas notas que revelan lo controversial del tema.

³⁴Disponible en <http://www.jornada.unam.mx/ultimas/2013/11/28/asegura-pan-que-la-reforma-politica-se-negocio-con-licencia-de-los-perredistas-8980.html>.

³⁵En ese sentido es necesario ver los compromisos gubernamentales derivados del Pacto por México que en muchos casos involucraban reformas constitucionales o legales, disponible en <http://www.redpolitica.mx/contenido/los-compromisos-del-pacto-por-mexico>.

alguna manera establezca algún tipo de límite o control para este tipo de leyes, como pudiera ser el exigir que este tipo de legislación fuera aprobada también por alguna mayoría calificada. Si se toma en cuenta que el Ejecutivo Federal cuenta con las mayorías necesarias para aprobar legislación ordinaria, estas leyes, que distribuyen competencias entre todos los órdenes de gobierno, son aprobadas como cualquier ley del ámbito federal.³⁶

Otro ejemplo reciente de la manera en que una reforma constitucional ha generado un problema a la estructura federal es la reforma político electoral de 2013, que si bien contuvo numerosos temas, destaca la reorganización de los ámbitos de competencia. El sistema electoral mexicano, desde su reformulación en 1990, se basaba en un sistema dual, constituido por la existencia de una legislación electoral federal (fundamentada en el artículo 41 constitucional y reglamentado por el entonces Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, principalmente), un conjunto de instituciones federales electorales (el Instituto Federal Electoral, el Tribunal Electoral y la Fiscalía Especializada para Delitos Electorales), y por otro lado, el conjunto creado por 32 legislaciones locales y 32 conjuntos de instituciones electorales locales paralelas a las federales. Mientras que las primeras tenían su foco competencial alrededor de las elecciones federales para elegir a los miembros del Congreso y al presidente de la República, las locales se encargaban de organizar los comicios estatales y municipales. Con la reforma constitucional de 2013, se decidió nacionalizar los procesos electorales. Se sustituyó el Instituto Federal Electoral por un nuevo Instituto Nacional Electoral y los Institutos Locales Electorales por los Organismos Públicos Locales, organismos subordinados normativa y jerárquicamente al primero. Se sustituyó la legislación reglamentaria existente en 2014. Se creó una Ley general de instituciones y procedimientos electorales, una Ley general en materia de delitos electorales y una Ley General de Partidos Políticos. Hasta el momento, y pasados dos procesos electorales ya con este nuevo diseño y nueva legislación, en 2015 (las elecciones del Congreso y en 17 entidades federativas) y en 2016 (en 13 entidades federativas y una extraordinaria para elegir una asamblea en la Ciudad de México), el diseño es muy confuso, pues la relación entre el Instituto Nacional Electoral con los organismos locales es muy heterogéneo, en algunos casos destacando la autonomía de los órganos, en otros su subordinación y en algunos más una relación de coordinación. No es posible señalar los beneficios que este cambio de enormes proporciones acarreo al sistema electoral en su conjunto, ni en la operación y organización de las elecciones, ni tampoco en los enormes recursos que se utilizan. En cambio, los supuestos vicios que se querían eliminar, como eran la posible injerencia de gobernadores en estos órganos, siguen existiendo, pues son los gobiernos estatales los que dotan de presupuesto a los nuevos órganos, y en todo caso los consejeros del Instituto Nacional, electos mediante cuotas de los partidos políticos nacionales, han suplantado con sus intereses aquellos que recaían en los gobiernos locales.

³⁶Véase José María Serna de la Garza, *El sistema federal mexicano. Un análisis jurídico*, quien también hace reflexiones en este sentido.

De la misma manera, la tendencia de nacionalizar leyes y ámbitos competenciales también surgió con la reforma constitucional al artículo 73 en su fracción XXI que posibilitó al Congreso de la Unión a expedir un Código Nacional de Procedimientos Penales a propósito de la reforma constitucional aprobada en junio de 2008 que estableció la transformación del sistema penal existente en uno de corte adversarial y acusatorio. Bajo el argumento defendido por especialistas sobre la necesidad de iniciar un proceso de unificación legislativa, y con ello establecer un mismo tipo de juicio penal para todo el país, se abrió el camino para que diversas materias legislativas abandonen el camino de competencias dual y busquen la uniformidad. El debate en realidad se debería de volver a presentar sobre la conveniencia o no del sistema federal de organización. A pesar de los argumentos que se puedan encontrar en casos específicos de fallas en los ordenamientos estatales, creo que el país se ha beneficiado de poder explotar su diversidad y posibilidad de innovación legislativa.

Una buena cantidad de las últimas reformas constitucionales ha acarreado la creación (o transformación en algunos casos) de órganos constitucionales autónomos. Este fenómeno halla su explicación original, nuevamente, en las demandas y negociaciones con los partidos políticos que posibilitaron las reformas, pues en muchos casos los partidos de oposición ponían como condición al gobierno y su partido que los órganos encargados de implementar las reformas fueran autónomos de cualquier influencia del gobierno priista o, más aún, si los órganos en cuestión contaban con órganos de dirección colegiados, los partidos pedían este modelo para entonces proceder a negociar la integración de estos cuerpos por cuotas. El problema radica en que de la enorme lista de órganos autónomos, el único elemento en común es justamente su autonomía constitucional. Cada órgano cuenta con una naturaleza y funciones distintas, algunos son reguladores, otros son operativos, otros más tiene facultades sancionatorias; cada uno cuenta con órganos de dirección y formas de nombramiento o integración distintos, y finalmente, lo que resulta preocupante, es que al salir del ámbito de poderes constituidos en los órdenes de gobierno constitucionales, muchos no tienen mecanismos de control, fiscalización o supervisión, o los que tienen son internos, dejándolos en una situación de debilidad para evaluar su desempeño.

Como ya se comentó, en junio de 2016 se realizaron elecciones en diversas partes del país, y entre éstas se encontraba una de naturaleza extraordinaria que daba cumplimiento a una reforma constitucional aprobada en enero de 2016 para cambiar la naturaleza y organización del Distrito Federal y dar paso a la creación de la Ciudad de México. Esta reforma respondía a una petición que por muchos años diversos actores sociales y políticos habían reclamado, y que veían en ella la posibilidad de ampliar los derechos de sus habitantes y mejorar el gobierno y las instituciones de la ciudad. Era evidente que un componente fundamental era la convocatoria a un congreso constituyente y al cambio de las disposiciones constitucionales que regulaban al Distrito Federal. No obstante, la reforma política de la ciudad también fue producto pactado del Ejecutivo federal con las fuerzas políticas predominantes. El resultado fue una aberración constitucional. El congreso constituyente no sería el producto de una elección abierta y libre, donde los ciudadanos de la capital del país eligieran a líderes sociales

y perfiles claramente identificados con los problemas y los temas de la ciudad. Los artículos transitorios de la reforma constitucional establecieron una integración de 100 miembros a la asamblea constituyente, en donde 40 de ellos eran representantes políticos ya en funciones (14 diputados federales, 14 senadores de la República, seis designados por el Ejecutivo Federal y seis designados por el jefe de Gobierno del Distrito Federal), es decir poderes ya constituidos, y los otros 60 serían electos por una votación de representación proporcional donde se elegiría a los candidatos que los partidos políticos decidieron nombrar en listas. Aun cuando se abrió la puerta para que participaran candidatos independientes, los requisitos formales y de tiempo fueron tan complicados que tan sólo uno de éstos logró ser electo. Por otra parte, este proceso de creación de la Ciudad de México cuenta con otro inconveniente de corte constitucional. A pesar de que la próxima asamblea constituyente tendrá a su cargo aprobar la nueva Constitución de la Ciudad de México, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos mantuvo el artículo que regulaba al anterior Distrito Federal. Este artículo sigue regulando diversos aspectos de la nueva Ciudad de México, lo que generará una situación aberrante en que la nueva Ciudad de México tendrá materialmente dos constituciones: el artículo 122 de la Constitución Política del país y la nueva Constitución política creada por su Congreso Constituyente. Si en algún momento cierta disposición que apruebe la ciudad no es del gusto del Ejecutivo federal, éste puede accionar una nueva reforma constitucional (general) que modifique el artículo 122 y termine ahí con los aspectos de la nueva Constitución local, nuevamente reflejando un medio de control y centralización política con un disfraz de validez jurídica.

Conclusiones

El panorama que nos arroja el análisis del proceso de reforma constitucional en México presenta conclusiones contundentes. Al analizar las motivaciones que se encuentran en el origen de las últimas reformas, constatamos la existencia de un presidencialismo reforzado que utiliza un discurso progresista y democrático, pero que en realidad establece procedimientos de enorme centralización (nacionalización) y control político por arriba de los mecanismos constitucionales y los intereses de las mayorías, subordinando éstos a las fuerzas políticas y sus intereses coyunturales a través de negociaciones e intercambios.

La reforma constitucional no detona espacios de deliberación y votación de mayorías calificadas de representantes políticos, pues el sistema político-electoral y de partidos opera con mayor contundencia sobre los representantes parlamentarios a través de la organización y disciplina partidista. Por tanto, no existen auténticos espacios de deliberación y argumentación parlamentaria sobre las razones, conveniencias, ventajas y desventajas de las modificaciones constitucionales. Todo es pactado fuera del debate público entre el Ejecutivo federal y las cabezas de los principales partidos.

El resultado del exagerado uso de la reforma constitucional, o del hiper-reformismo es una constitución laxa, desordenada, que no cumple con sus funciones normativas,

que no provee de un marco de pautas que sean fácil y espontáneamente observadas por la ciudadanía, como tampoco pautas competenciales claras para las instituciones. En particular, los jueces, como encargados de hacer una lectura ordenada y sistemática de la Constitución, no pueden hacerlo al no haber estabilidad en la norma constitucional. De la misma manera, la Constitución no da claridad sobre sus contenidos para poder generar una cultura participativa y demandante que exija el cumplimiento de las normas y una rendición de cuentas a partir de éstas. Dichas carencias dejan el campo abierto a los espacios de impunidad, corrupción y crisis institucional.

Ante esta realidad, es necesario reinventar nuestro constitucionalismo, como la forma de reinventar nuestra estructura y vida social. Para ello, podemos plantear algunas ideas, con el objetivo de iniciar un debate al respecto. La primera tiene que ver con limitar la válvula de cambio constitucional, a partir del fortalecimiento de nuestro tribunal constitucional para que en el corto plazo vigile y sobre todo limite la función de reforma o modificación constitucional en tres supuestos:

- a) Cuando la reforma no cumpla con la integración de voluntades auténticamente representativas (rigidez constitucional).
- b) Cuando las reformas rompan la estructura constitucional fundamental y sus principios de república, representativa, laica, federal y democrática.
- c) Cuando la reforma vulnere derechos fundamentales.

Asimismo, en un mediano y largo plazo, deberíamos intentar ya no limitar, sino cerrar la válvula del cambio a través de la modificación del proceso de reforma, agregando límites y medios de control democrático (como el plebiscito), para devolverle su carácter rígido y por ende el valor de norma suprema.

En ese sentido también sería importante dejar fuera al Ejecutivo federal de la posibilidad de iniciar o de influir en modo alguno en el proceso de reforma constitucional. Por último, sería muy importante cambiar el tipo de contenidos que yacen en el texto constitucional a partir de una reordenación de los contenidos, o bien a través de una nueva constitucionalidad.

Bibliografía

- ASTUDILLO, César y Lorenzo Cordova (coords.), *Reforma y control de la Constitución: Implicaciones y límites*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2011.
- BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2007.
- COSSÍO, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2001.
- CUEVA, Mario de la, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 1982.
- DAVID, René, *Los grandes sistemas jurídicos comparados*, Madrid, Tecnos, 1968.
- EISENBERG, Melvin Aron, *The Nature of Common Law*, Harvard, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.

- FERRARI, Vincenzo, *Primera lección de sociología del Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2015.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Comentario sobre el Código Nacional de Procedimientos Penales de 2014”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (UNAM-II) XLVII, núm. 141, septiembre-diciembre 2014.
- HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional* (traducido por Héctor Fix Fierro), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2001.
- LOWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución* (traducido por Alfredo Gallego Anabitarte), Barcelona, Ariel, 1983.
- MERRYMAN, John Henry, *The Civil Law Tradition. An introduction to the Legal systems of Western Europe and Latin America*, Second, Stanford, California, Stanford University Press, 1985.
- POU, Francisca, “Hyper-reformism and constitutional inefficacies in Mexico”, Ponencia en Congreso, México, 2015.
- SCHMILL, Ulises, *Teoría del Derecho y del Estado*, México, Porrúa, 2003.
- SERNA DE LA GARZA, José María, *El sistema federal mexicano. Un análisis jurídico*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2008.
- VALADÉS, Diego y Héctor Fix Fierro, *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto reordenado y consolidado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/CEDIR/Senado de la República/Cámara de Diputados, 2016.
- VV.AA., *Hacia una nueva constitucionalidad*, editado por Diego Valadés, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1999.
- VEGA, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Editorial Tecnos, 1985.

El artículo 134 constitucional. Apuntes desde la perspectiva electoral

Evolución e importancia
del artículo 134 constitucional

El texto vigente del artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos engloba un conjunto de disposiciones que, en términos generales, establecen las bases normativas para regular lo relativo a los recursos económicos; la evaluación de los resultados del ejercicio de los mismos; las licitaciones públicas; el manejo de recursos económicos federales y la necesidad de que la propaganda tenga carácter institucional, prohibiendo la denominada propaganda personalizada. Al efecto, consagra una serie de principios o valores, tales como la transparencia, la honradez, la eficiencia, la eficacia, la imparcialidad y la equidad en la contienda electoral; establece las obligaciones a cargo de los servidores públicos y prevé un régimen de responsabilidades y sanciones. Si bien es cierto que es un artículo que contiene diversas normas, también lo es que tiene como hilo conductor garantizar la debida utilización de los recursos económicos o públicos.

El artículo 134 constitucional se encuentra ubicado dentro del Título Séptimo, denominado “Prevenciones generales” de la Constitución Mexicana que entró en vigor el primero de mayo de 1917. El texto original de ese artículo establecía el deber de adjudicar en subasta, mediante convocatoria, y para que se presentasen proposiciones en sobre cerrado que sería abierto en junta pública, la ejecución de obras públicas que tuviera que contratar el gobierno. Esta porción normativa no tiene antecedente alguno en el proyecto de Constitución del presidente Carranza, ni existió disposición similar alguna en las constituciones mexicanas

Sumario

Evolución e importancia del artículo 134 constitucional . . .	1155
Matrices conceptuales y normativas	1156
Claves de doctrina internacional . .	1160
Interpretación judicial del artículo 134 constitucional	1161
Reflexión final	1169
Bibliografía	1170

anteriores.¹ Después de un breve debate en el Congreso Constituyente de 1916-1917, se aprobó el texto presentado por la comisión.²

El texto original ha tenido cuatro reformas o adiciones sucesivas: la primera, en virtud del decreto de reformas publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 28 de diciembre de 1982; la segunda, por decreto publicado el 13 de noviembre de 2007; la tercera, por decreto de mayo de 2008 y, la más reciente, con motivo de las reformas publicadas el 29 de enero de 2016.

El artículo 134 constitucional tiene un efecto transversal en diferentes ámbitos del ordenamiento jurídico al imponer obligaciones a los servidores públicos (ámbito personal de validez) de todos los órdenes del Estado mexicano (ámbito espacial de validez) de aplicar con imparcialidad los recursos públicos que estén bajo su responsabilidad (ámbito material de validez) y en todo tiempo (ámbito temporal de validez). No obstante su generalidad, a raíz de la reforma de 2007 adquirió una clara dimensión electoral, como una respuesta a un largo historial de intervenciones e injerencias indebidas de los poderes públicos en los procesos electorales a favor de un partido político y del uso sesgado de los recursos públicos, particularmente, aunque no sólo, a partir de la difusión de propaganda gubernamental.

Matrices conceptuales y normativas

El artículo 134 establece que los recursos económicos de que dispongan la Federación, las entidades federativas, los municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México se administrarán con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados. Al respecto, el precepto fue reformado (7 de mayo de 2008) con el objetivo de fortalecer la rendición de cuentas y la transparencia en el manejo y administración de los recursos públicos, con el firme propósito de que su utilización se lleve a cabo bajo la más estricta vigilancia y eficacia, con el objeto de garantizar a los ciudadanos que los recursos recibidos por el Estado se destinen a los fines para los cuales fueron recaudados.

En ese marco, por cuanto hace a su impacto en el ámbito electoral, el párrafo séptimo del artículo 134 constitucional establece la obligación de los servidores públicos de la Federación, las entidades federativas, los municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, de aplicar, en todo tiempo, con *imparcialidad* los recursos públicos que están bajo su responsabilidad, sin influir en la *equidad* de la competencia entre los partidos políticos. Asimismo, respecto a la propaganda gubernamental, el párrafo octavo dispone que la propaganda, bajo cualquier modalidad de comunicación social, que difundan como tales los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y cualquier otro ente

¹Eduardo Andrade Sánchez, “Comentario al artículo 134”, en *Constitución Política de los Estados Unidos Comentada*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Rectoría-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985, p. 334.

²*Ibidem*, p. 335.

de los tres órdenes de gobierno deberá tener carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social y que en ningún caso esta propaganda incluirá nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público.

Finalmente, el párrafo noveno establece que las leyes, en sus respectivos ámbitos de competencia, garantizarán el estricto cumplimiento de lo previsto en los párrafos séptimo y octavo, incluido el régimen de sanciones a que haya lugar. Sobre el particular, es preciso señalar que al momento de escribir estas líneas no se ha emitido legislación reglamentaria alguna del artículo 134.³

Entre las razones que llevaron a la reforma de 2007 está la fuerte crítica generada con motivo de la elección presidencial del año anterior, así como por la injerencia de funcionarios públicos, incluido el Presidente de la República, en la contienda a favor de una fuerza política. Al respecto, en la exposición de motivos se destacó:

En México es urgente armonizar, con un nuevo esquema, las relaciones entre la política y los medios de comunicación, para lograrlo es necesario que los poderes públicos, en todos los órdenes, observen en todo tiempo una conducta de imparcialidad respecto a la competencia electoral. Es por ello que se propone llevar al texto de nuestra Carta Magna las normas que impidan el uso del poder público a favor o en contra de cualquier partido político o candidato a cargo de elección popular, y también el uso del mismo poder para promover ambiciones personales de índole política.⁴

De lo expuesto se advierte que el Poder Reformador de la Constitución Federal estableció la obligación de los servidores públicos de aplicar con imparcialidad los recursos del erario bajo su responsabilidad, de manera relevante, para no influir en la equidad en la competencia entre los partidos políticos, prohibiéndoles hacer propaganda personalizada cualquiera que sea el medio empleado para difundirlo y en cualquier modalidad de comunicación social, visual o auditivamente.

Complementariamente, el artículo 41, base III, apartado C, segundo párrafo, de la Constitución Federal establece que durante el tiempo que comprendan las campañas electorales federales y locales y hasta la conclusión de la respectiva jornada comicial, “deberá suspenderse la difusión en los medios de comunicación social de toda propaganda gubernamental, tanto de los poderes federales, como de las entidades federativas,

³De acuerdo con el artículo tercero transitorio del Decreto de reforma constitucional, publicado en el DOF el 13 de noviembre de 2007, dispuso que el “Congreso de la Unión deberá realizar las adecuaciones que correspondan en las leyes federales en un plazo máximo de treinta días naturales contados a partir del inicio de la vigencia de este Decreto”. Asimismo, el Decreto de la reforma electoral de 2014, publicado el 10 de febrero de 2014, dispuso también en su artículo tercero transitorio: “El Congreso de la Unión deberá expedir, durante el segundo periodo de sesiones ordinarias del segundo año de ejercicio de la LXII Legislatura, la ley que reglamente el párrafo octavo del artículo 134 de esta Constitución, la que establecerá las normas a que deberán sujetarse los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y de cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno, y que garantizará que el gasto en comunicación social cumpla con los criterios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez, así como que respete los topes presupuestales, límites y condiciones de ejercicio que establezcan los presupuestos de egresos respectivos”.

⁴Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Gobernación, de Radio y Televisión y Cinematografía y de Estudios Legislativos del Senado de la República, a la reforma de 13 de noviembre de 2007.

así como de los Municipios, de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México y cualquier otro ente público”. Las únicas excepciones a lo anterior serán las campañas de información de las autoridades electorales, las relativas a servicios educativos y de salud, o las necesarias para la protección civil en casos de emergencia.⁵

Acerca de los principios de imparcialidad en la aplicación de recursos y de equidad en la contienda electoral deben destacarse tres aspectos:

En primer lugar, la imparcialidad en este ámbito, es decir, la imparcialidad gubernamental constituye una condición necesaria, aunque no suficiente, para que los procesos electorales se lleven a cabo con integridad, o sea, elecciones auténticas y apegadas a los principios y valores, como los de certeza, legalidad, independencia, máxima publicidad y objetividad que toda elección debe contener para que sea considerada válida. Es, además, un factor de legitimidad y confianza institucional en la medida en que la actividad gubernamental y su propaganda no incidan negativamente en las condiciones de la contienda, pues de ello depende, en último análisis, la legitimidad del sistema político en su conjunto. Así, el voto no debe estar sujeto a presión; el poder público no puede emplearse válidamente para influir en el ánimo de la ciudadanía, tal y como lo han determinado otros tribunales constitucionales. Por ejemplo, la Corte Constitucional alemana (2 BvE 1/76) ha estimado que no se permite que las autoridades públicas se identifiquen, a través de su función, con candidatos o partidos políticos en elecciones, ni que los apoyen mediante el uso de recursos públicos o programas sociales, en especial propaganda. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF).⁶

En segundo lugar, en el contexto normativo en que aparecen, los principios de imparcialidad y equidad cobran una significación electoral en cuanto se refieren a la obligación de los sujetos normativos de aplicar con imparcialidad los recursos públicos que estén bajo su responsabilidad, sin influir en la equidad de la competencia electoral entre los contendientes.

En tercer lugar, el principio de imparcialidad supone asumir un compromiso institucional y personal (cultural en sentido amplio) con los valores del sistema democrático, por ello, aunque en ocasiones se denomina también principio de “neutralidad”,⁷

⁵El artículo 449 de la LEGIPE, en relación con el diverso 209 que reproduce el texto constitucional, contempla entre las infracciones de las autoridades o los servidores públicos, la difusión, por cualquier medio, de propaganda gubernamental dentro del periodo que comprende desde el inicio de las campañas electorales hasta el día de la jornada electoral, inclusive con excepción de la información relativa a servicios educativos y de salud, o la necesaria para la protección civil en casos de emergencia, así como el incumplimiento del principio de imparcialidad establecido por el artículo 134 de la Constitución, cuando tal conducta afecte la equidad de la competencia entre los partidos políticos, entre los aspirantes, precandidatos o candidatos durante los procesos electorales; la difusión, durante los procesos electorales, de propaganda en cualquier medio de comunicación social que contravenga lo dispuesto por el párrafo octavo del artículo 134 de la Constitución, y la utilización de programas sociales y de sus recursos con la finalidad de inducir o coaccionar a la ciudadanía para votar a favor o en contra de cualquier partido político o candidato.

⁶Tesis V/2016 sustentada por la Sala Superior del TEPJF, de rubro: PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD. LO DEBEN OBSERVAR LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES (LEGISLACIÓN DE COLIMA).

⁷Cfr. Cliserio Coello Garcés, “Las excepciones constitucionales a la prohibición de difusión gubernamental en las campañas electorales”, en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, tomo VI-Bis, México, TEPJF-Miguel Ángel Porrúa, 2014, p. 321; y Óscar Sánchez Muñoz, “El mandato de neutralidad de los poderes públicos en el

en estricto sentido no se debiera confundir con una noción de “neutralidad ideológica”, puesto que la imparcialidad no implica abstenerse de cualquier valoración o asumir una actitud nihilista, sino la necesidad imperiosa de no hacer una indebida utilización de los recursos públicos para aplicarlos en una finalidad electoral.⁸ De esta forma, bajo el modelo de Estado constitucional de derecho, los servidores públicos están comprometidos con los valores constitucionales, y la imparcialidad supone una actitud de promoción de los derechos humanos, un activismo en favor de la autonomía personal y del proceso de deliberación democrática, así como una fidelidad al derecho.

Al respecto, el artículo 128 constitucional establece que todo servidor público, sin excepción alguna, antes de tomar posesión de su encargo deberá prestar la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen, y la Constitución mexicana —como muchas otras de Estados constitucionales— es una constitución re(materializada), esto es, cargada de valores morales y políticos.

A la par del principio de imparcialidad gubernamental, se encuentra el principio de equidad en la competencia electoral. En conjunto, el principio de imparcialidad gubernamental se relaciona, como lo advierte Francisco Guerrero, tanto con el uso de recursos públicos (en dinero o en especie; el uso de servicios programas, bienes y obras públicas; en general, recursos humanos, materiales y financieros, que por su empleo, cargo o comisión tengan a su cargo los servidores públicos para influir en la contienda electoral), como con aquellas conductas que no implican el uso de recursos del Estado pero que se relacionan con la calidad de servidor público que ostentan en el momento en que acontecen los hechos (tales como asistencia durante las jornadas laborales a mítines, marchas, asambleas, reuniones o actos públicos de carácter electoral o la restricción de difundir informes de labores).⁹

Desde su primera integración (1996-2006), la Sala Superior del TEPJF ha reconocido expresamente la importancia del principio/valor de la equidad en el financiamiento y en las campañas electorales como uno de los principios que toda elección debe contener para que una elección sea considerada válida.¹⁰ En la reforma constitucional de 2007 se introdujo la expresión “la equidad de la competencia entre los partidos políticos”; expresión que debe entenderse en un sentido más amplio, bajo una interpretación sistemática, funcional y evolutiva, considerando que en la actualidad se reconocen las candidaturas independientes, ciudadanas o no partidarias, con motivo de la reforma constitucional de 2012.

En definitiva, lo que busca la prohibición es inhibir o desalentar toda influencia indebida de los servidores públicos que incline la balanza a favor o en contra de

proceso electoral como proyección del principio de igualdad de oportunidades entre los competidores electorales”, en VV. AA., *La elección presidencial en México (2012). Memoria del V Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral del TEPJF*, Carlos Báez y Luis Efrén Ríos (coords.), México, TEPJF, 2014, pp. 163-181.

⁸Véase Rodolfo Vázquez, *Liberalismo, Estado de derecho y minorías*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Facultad de Filosofía y Letras-Paidós, 2001, pp. 98-99.

⁹Cfr. Francisco Guerrero Aguirre, “El principio de imparcialidad de los servidores públicos durante el proceso electoral federal”, en *Justicia Electoral*, México, TEPJF, Cuarta Época, vol. 1, núm. 9, 2012, pp. 45-72.

¹⁰En la tesis X/2001, de rubro: ELECCIONES. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES QUE SE DEBEN OBSERVAR PARA QUE CUALQUIER TIPO DE ELECCIÓN SEA CONSIDERADA VÁLIDA.

determinada fuerza política, o bien alterar las condiciones de equidad en la contienda, con el objetivo de tutelar el acceso, en condiciones generales de igualdad, a cargos públicos, de conformidad con el artículo 23, párrafo 1, inciso c), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Claves de doctrina internacional

El vínculo entre el principio de imparcialidad de las autoridades y la igualdad de oportunidades en la contienda ha sido destacado también por la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho, conocida como la “Comisión de Venecia”, en su *Código de buenas prácticas en materia electoral*, en el cual señala que la igualdad de oportunidades implica la neutralidad de las autoridades públicas, lo que supone que el Estado “debería mostrarse imparcial con todos y aplicarles la misma ley de manera uniforme”; en particular, el “principio de neutralidad se aplica a la campaña electoral y a la cobertura de los medios de propiedad pública, así como al financiamiento público”. Además, la igualdad se aplica a la utilización de la infraestructura pública con fines de propaganda.¹¹

De esta forma, la prohibición de difundir propaganda gubernamental durante las campañas es una proyección del principio de imparcialidad o neutralidad. En términos generales, la finalidad de la propaganda gubernamental es informar a la ciudadanía sobre cuestiones y gestiones de gobierno, así como respecto del ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes; es un mecanismo de transparencia y rendición de cuentas.

De acuerdo con los *Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión*, adoptados por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en una sociedad democrática “los ciudadanos tienen derecho a saber, esto es, a conocer las actividades oficiales, las políticas de gobierno y los servicios que presta el Estado” y, en consecuencia, los Estados

deben utilizar la pauta o publicidad oficial para comunicarse con la población e informar a través de los medios de comunicación social sobre los servicios que prestan y las políticas públicas que impulsan, con la finalidad de cumplir sus cometidos y garantizar el derecho a la información y el ejercicio de los derechos de los beneficiarios de las mismas o de la comunidad. Se debe tratar de información de interés público que tenga por objeto satisfacer los fines legítimos del Estado y no debe utilizarse con fines discriminatorios, para violar los derechos humanos de los ciudadanos, o con fines electorales o partidarios.

No obstante, de acuerdo con tales Principios, la publicidad oficial debe tener “un propósito de utilidad pública y el gobierno debe usar los medios, soportes y formatos

¹¹Cfr. Comisión de Venecia, *Código de buenas prácticas en materia electoral. Directrices e informe explicativo* (2.3) (2002), México, TEPIF, 2013, pp. 17 y 35.

que mejor garanticen el acceso y la difusión de la información, de acuerdo al propósito y características de cada campaña”, siendo que la información que transmitan los avisos oficiales “debe ser clara y no puede ser engañosa, esto es, no debe inducir a error a sus destinatarios ni ser utilizada para fines distintos de la comunicación legítima y no discriminatoria con el público”. Tampoco debe “inducir a confusión con los símbolos, ideas o imágenes empleadas por cualquier partido político u organización social, y deberían identificarse como publicidad oficial, con mención expresa del organismo promotor de la misma”. Asimismo, la publicidad estatal “no puede ser propaganda encubierta de quienes controlan el gobierno o de sus intereses, ni debe ser utilizada para la estigmatización de sectores opositores o críticos del gobierno”.

Como lo recuerda la propia Relatoría Especial,

[e]xisten estudios que muestran que en época de elecciones aumenta la utilización propagandística de la pauta estatal, así como su distribución discriminatoria hacia medios afines para hacerlos más vigorosos. Durante dichos procesos es necesario que la legislación específica sobre la materia establezca mecanismos que impidan que las campañas que deben servir al interés comunitario sean utilizadas como herramientas de captación del sufragio, ya que la utilización de recursos públicos con ese fin vulneraría el principio de equidad e igualdad de condiciones que deben regir una contienda electoral. Para lograr ese fin sería posible establecer normas que regulen la suspensión de la publicidad por un tiempo razonable durante las campañas políticas y los comicios, salvo en casos en los que exista un deber legal de informar o una emergencia sobre la cual es necesario comunicar cierto mensaje.¹²

Lo anterior pone en contexto más amplio tanto los fines que deben orientar la propaganda gubernamental como los controles y límites que deben establecerse a la misma en el contexto de una sociedad democrática y de contiendas electorales libres y auténticas.

Interpretación judicial del artículo 134 constitucional

Suprema Corte de Justicia de la Nación

En temas generales, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) determinó, al resolver la acción de inconstitucionalidad 33/2009, que el artículo 134 constitucional, en sus párrafos séptimo y octavo, impone a los servidores públicos señalados una obligación absoluta (en cuanto al tiempo, pues dice: “en todo tiempo”) y de estricto cumplimiento (lo que significa, entre otros aspectos, que no admite

¹²Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión*, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2012, Series. OAS official records; OEA/Ser.L. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF/6/12, párrs. 42-45.

excepciones) con el objeto de tutelar o asegurar los valores de la imparcialidad y la equidad de la competencia electoral, entre otros.¹³

De igual forma, la SCJN determinó, al resolver la acción de inconstitucionalidad 55/2009, que los precandidatos que por ocupar un encargo tengan a su disposición recursos públicos y humanos, no deben utilizarlos para promover su imagen ni notoriamente ni de alguna otra forma.¹⁴ El precepto legal impugnado en dicha acción, al establecer que los precandidatos que ostenten un cargo de elección popular o desempeñen un puesto en la administración pública estatal o municipal y manejen recursos económicos y personales, no deberán emplearlos para promover “notoriamente” su imagen, transgrede los párrafos séptimo y noveno del artículo 134 de la Constitución que vinculan al legislador a garantizar que los servidores públicos apliquen con imparcialidad los recursos públicos sin influir en la equidad de la competencia entre los partidos políticos, ya que al incluir el adverbio “notoriamente”, el legislador local permite que los recursos económicos y humanos se utilicen siempre que la promoción relativa no sea notoria, lo cual viola los principios de imparcialidad en la aplicación de los recursos y de equidad entre los precandidatos durante los procesos electorales, pues los precandidatos que por ocupar un encargo tengan a su disposición recursos públicos y humanos, no deben utilizarlos para promover su imagen ni “notoriamente” ni de alguna otra forma.¹⁵

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

Ante la falta de una ley reglamentaria del artículo 134 constitucional, el TEPJF, mediante su doctrina judicial (jurisprudencia, tesis y ejecutorias), ha ido paulatinamente trazando el contorno de dicho artículo, determinando el sentido y alcance de sus disposiciones de contenido electoral, en diferentes áreas temáticas, en particular respecto a la definición de competencias, informes de gestión gubernamental, informes sobre la gestión legislativa, asistencia de servidores públicos a actos de proselitismo político-electoral y propaganda personalizada.¹⁶

i) Definición de competencias. Dicho en términos generales, las normas constitucionales bajo estudio tienen aplicación en distintos ámbitos territoriales (federal, estatal, municipal y la Ciudad de México) y material de validez (electoral, administrativa y

¹³Resuelta en sesión pública de 28 de mayo de 2009.

¹⁴Resuelta en sesión pública de 1 de octubre de 2009.

¹⁵El asunto anterior dio origen a la tesis jurisprudencial sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que lleva por rubro: RECURSOS PÚBLICOS Y EQUITAD EN LA CONTIENDA ELECTORAL. EL ARTÍCULO 188 K DE LA LEY DE INSTITUCIONES Y PROCEDIMIENTOS ELECTORALES DEL ESTADO DE YUCATÁN, TRANSGREDE LO PREVISTO EN LOS PÁRRAFOS SÉPTIMO Y NOVENO DEL ARTÍCULO 134 CONSTITUCIONAL QUE OBLIGAN AL LEGISLADOR A GARANTIZAR LA APLICACIÓN IMPARCIAL DE AQUÉLLOS.

¹⁶Cfr. Roberto Martínez Espinosa, *Artículo 134 constitucional y su interpretación judicial electoral en México*, México, TEPJF, 2014.

penal), y su aplicación corresponde a las autoridades de los diferentes órdenes de gobierno, sin que se limite a los procesos electorales federales.¹⁷

En principio, el TEPJF ha determinado que las autoridades electorales administrativas locales son competentes para conocer de las quejas y denuncias que se presenten en contra de servidores públicos por aplicar recursos públicos para influir en la equidad de la competencia entre los partidos políticos en el ámbito local, o por realizar propaganda gubernamental que implique su promoción personalizada y afecte la contienda electoral en la entidad federativa de que se trate, con arreglo a la tesis jurisprudencial 3/2011 de la Sala Superior del TEPJF, que lleva por rubro: COMPETENCIA. CORRESPONDE A LAS AUTORIDADES ELECTORALES ADMINISTRATIVAS LOCALES CONOCER DE LAS QUEJAS O DENUNCIAS POR VIOLACIÓN AL ARTÍCULO 134 CONSTITUCIONAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).

Asimismo, el referido órgano jurisdiccional federal ha establecido el criterio según el cual el Instituto Nacional Electoral (INE) es competente para conocer y resolver las denuncias sobre hechos que involucren simultáneamente la probable violación a la prohibición constitucional de difundir propaganda que implique la promoción personalizada y la indebida difusión de informes sobre el desempeño de cargos públicos fuera del territorio estatal que corresponde al ámbito geográfico de su responsabilidad, en un medio de comunicación nacional o con un impacto nacional, con independencia de que su difusión incida o no en un proceso electoral federal. Lo anterior, dado que la infracción a las reglas sobre límites temporales o territoriales de la difusión de los informes de gobierno constituye una falta a la normativa electoral en sí misma, independiente de la transgresión a lo dispuesto en el artículo 134 constitucional, que debe ser examinada por la autoridad administrativa electoral nacional de conformidad con la tesis jurisprudencial 4/2015, de rubro: COMPETENCIA. CORRESPONDE AL INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL CONOCER DE LAS DENUNCIAS SOBRE LA DIFUSIÓN DEL INFORME DE LABORES FUERA DEL ÁMBITO GEOGRÁFICO DE RESPONSABILIDAD DE QUIEN LO RINDE.

Con todo, es preciso señalar que la reforma constitucional en materia electoral de 2014 se inscribe en un rediseño estructural de las autoridades electorales administrativas y jurisdiccionales orientado hacia un esquema nacional conforme al cual se ordenó al legislador ordinario expedir una ley general para regular las instituciones y procedimientos electorales.¹⁸ En ese sentido, la Sala Superior del TEPJF determinó, al resolver el asunto general identificado con la clave SUP-AG-58/2016,¹⁹ que corresponde a la Unidad de lo Contencioso Electoral de la Secretaría Ejecutiva del INE (*i. e.*, una autoridad de carácter nacional) conocer y resolver sobre las denuncias presentadas por la posible violación al principio de imparcialidad por parte de gobernadores en procesos electorales de otras entidades federativas, por el presunto uso indebido de recursos públicos, dado que lo que se busca resolver es si tales servidores públicos vulneraron el principio de imparcialidad al utilizar supuestamente recursos públicos para inter-

¹⁷María del Carmen Alanís Figueroa, “Comentario al artículo 134”, en *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones*, tomo VI, México, SCJN/TEPJF/IFE/Senado de la República/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Miguel Ángel Porrúa, 2012, p. 782.

¹⁸Recursos de revisión del procedimiento especial sancionador SUP-REP-3/2015 y acumulados.

¹⁹SUP-AG-58/2016, sentencia del 25 de mayo de 2016.

venir en una contienda electoral; con lo cual se vulnera la legislación general con independencia de que también estén previstas en la legislación estatal de la elección de que se trate prohibiciones sobre el uso de recursos públicos.

Aunado a lo anterior, la Sala Superior estableció que es importante considerar que los sujetos denunciados no son participantes ni tienen relación directa con el referido proceso electoral, incluso en su calidad de electores, pues no son ciudadanos del Estado en que se realiza la elección ni forman parte del gobierno de dicha entidad federativa o de alguno de sus municipios, sino que se trata de los titulares del Poder Ejecutivo de otras entidades, lo que los coloca en un ámbito de responsabilidades que no está bajo la jurisdicción de los órganos administrativo y judicial electorales de la entidad federativa de la elección. Una posición contraria implicaría sujetar a los titulares de uno de los poderes del Estado, en dichas entidades federativas, a la jurisdicción sancionatoria de otra entidad federativa, lo cual se estimó que no sería válido.

ii) *Informes de gestión gubernamental.* El informe anual de labores o gestión de los servidores públicos, así como los mensajes que para darlos a conocer difundan en los medios de comunicación social, no serán considerados como propaganda indebida siempre que esa difusión se limite a una vez al año en estaciones y canales con cobertura regional correspondiente a su ámbito geográfico de responsabilidad y no exceda de los siete días anteriores y cinco posteriores a la fecha en que se rinda el informe, sin que en ningún caso la difusión de tales informes pueda tener fines electorales.²⁰

De esa forma, ni siquiera so pretexto del informe anual de labores o de gestión de los servidores públicos, o en los mensajes para darlos a conocer, es válido apartarse de la prohibición de los servidores públicos de influir en la equidad de la competencia electoral entre los partidos políticos y los candidatos, ni la de incluir en esa propaganda nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada del servidor público que lo rinda. Ello, porque de los párrafos séptimo y octavo del artículo 134 constitucional se deduce que la rendición anual de informes también está vinculada a la observancia de las mismas limitaciones que permanentemente tiene toda la propaganda gubernamental.

Sobre el particular, la SCJN ha determinado, al resolver la acción de inconstitucionalidad 22/2014 y sus acumuladas, que el párrafo octavo del artículo 134 constitucional lo que prohíbe es la propaganda de los servidores públicos con fines puramente de promoción política personal, lo cual no acontece cuando cumplen con su obligación de rendir cuentas anualizadas de su gestión pública, ya que en estos casos se trata de

²⁰La Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, como antes el abrogado Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, dispone, en su artículo 242, párrafo 5, que, para los efectos de lo dispuesto en el párrafo octavo del artículo 134 de la Constitución Federal, el informe anual de labores o gestión de los servidores públicos, así como los mensajes que para darlos a conocer se difundan en los medios de comunicación social, no serán considerados como propaganda siempre que la difusión se limite a una vez al año en estaciones y canales con cobertura regional correspondiente al ámbito geográfico de responsabilidad del servidor público y no exceda de los siete días anteriores y cinco posteriores a la fecha en que se rinda el informe, y que en ningún caso la difusión de tales informes podrá tener fines electorales, ni realizarse dentro del periodo de campaña electoral.

información de carácter institucional para evaluar sus acciones de gobierno de cara a la sociedad, la cual está interesada en conocer los resultados de las tareas que les hubieran sido encomendadas, ya sea a través del voto popular o por virtud de una designación al frente de una determinada dependencia de gobierno, más aún si se toma en cuenta que la difusión de los respectivos informes está acotada en los términos de la legislación.

De igual forma, el Tribunal Pleno señaló que los mensajes alusivos a un informe de gestión gubernamental deben tener las siguientes características: *a)* aludir esencialmente al contenido del informe y no a la imagen, voz o símbolos que gráficamente impliquen a quien lo expone; *b)* referir a los actos de gobierno realizados, y no a la promoción partidista o de imagen, ni a las aspiraciones políticas y/o electorales del servidor público, y *c)* no deben constituir un vehículo para enaltecer la personalidad del funcionario, ni para manifestar aspiraciones electorales, ya que han de estar diseñados para difundir, con carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social, la reseña anual de las acciones, actividades y datos relacionados con el cumplimiento de las metas previstas en los programas de gobierno, que permitan posteriormente evaluar el desempeño y la aplicación del gasto público.

iii) Informes sobre la gestión legislativa. El TEPJF ha emitido diversos criterios en los que ha indicado claramente que los grupos parlamentarios y legisladores del Congreso de la Unión y de los congresos locales están sujetos a las prohibiciones que rigen en materia de propaganda gubernamental, como lo están el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, los gobernadores de los estados, así como todos los servidores públicos a nivel federal, local y municipal. Lo anterior es así dado que las prohibiciones que rigen la propaganda institucional o gubernamental aplican igualmente tanto a los legisladores del Congreso de la Unión como a los grupos parlamentarios, pues se trata de sujetos normativos comprendidos en el ámbito de los poderes federales,

tanto en lo individual como en grupos parlamentarios, pues si bien no constituyen por sí mismos el poder legislativo, sí forman parte de él y no se les puede desvincular de la Cámara de Diputados o de Senadores a la que pertenezcan, en relación con las cuales ejercen las funciones propias del Poder Legislativo que integran. Una interpretación contraria conllevaría la posibilidad de vulnerar los principios de imparcialidad y equidad en las contiendas electorales que se tutelan en los preceptos constitucionales citados.²¹

La difusión de promocionales alusivos a informes de gestión legislativa tiene que analizarse a la luz de un auténtico, genuino y veraz ejercicio de rendición de cuentas. En tal virtud, para el TEPJF los informes de gestión que rindan los legisladores federales, si bien pueden propalarse en todo el territorio nacional, en tanto sus funciones impactan a la totalidad de los habitantes del país, también lo es que deben ajustarse racionalmente a los requisitos previstos en la ley.

²¹ Jurisprudencia 10/2009, con el rubro GRUPOS PARLAMENTARIOS Y LEGISLADORES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN. ESTÁN SUJETOS A LAS PROHIBICIONES QUE RIGEN EN MATERIA DE PROPAGANDA GUBERNAMENTAL.

Así, de acuerdo con la doctrina judicial en materia electoral, los mensajes que se difundan con motivo de la rendición de las actividades que se comunican por los servidores públicos a la sociedad, al concluir el periodo de labores: *a)* debe ser un auténtico, genuino y veraz informe de labores —por lo que tendrá que referir a las acciones y actividades concretas que el servidor público realizó en el ejercicio de su función pública de acuerdo con las atribuciones conferidas normativamente—; *b)* realizarse una sola vez en el año calendario —después de concluido el periodo respecto del cual se rinde el informe de labores, dentro de la misma periodicidad y no de manera sucesiva—; *c)* tener verificativo en una temporalidad que guarde una razonable inmediatez con la conclusión del periodo anual sobre el que se informa; *d)* su cobertura (regional) estará limitada al ámbito geográfico de responsabilidad del servidor público; *e)* sujetarse a la temporalidad prevista en el artículo 242, párrafo 5, de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales; *f)* de ningún modo pueden tener o conllevar fines electorales; tampoco han de constituir una vía para destacar la imagen del servidor público en proporción a las actividades que se deberán informar; ni eludir la prohibición de influir en la equidad de la competencia entre los partidos políticos; y *g)* no podrán tener verificativo durante las precampañas, campañas electorales, veda electoral, e incluso, el día de la jornada electoral.

También debe tenerse presente que tratándose de los legisladores su labor parlamentaria se divide en dos periodos de sesiones ordinarias en año de calendario, por lo que tendrán que rendir su informe de gobierno dentro de la misma periodicidad y no de manera sucesiva, escalonada, continuada o subsecuente.²²

En ese tenor, teniendo en consideración que el informe de labores es anual y que debe rendirse después de concluido el periodo que la Constitución General de la República expresamente prevé para su conclusión, para que su difusión encuentre consonancia con el artículo 242, párrafo 5, de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, es menester que se rinda por una sola vez, después de concluido el segundo periodo de sesiones ordinarias y dentro de un término que tenga razonabilidad en relación con la fecha de conclusión del año legislativo respecto del que se informa. Es decir, que no se extienda de tal modo que rebase el imperativo legal, de forma que no puede presentarse en forma sucesiva o secuencial mediante la difusión de mensajes encadenados entre sí, los cuales se prolonguen en el tiempo o se den de forma permanente.

Por ende, tampoco se ajusta a la regularidad constitucional y legal que se concatenen o encadenen las fechas de la rendición de los informes de gestión y mensajes que publiciten el evento de la rendición del informe de los legisladores pertenecientes a una opción política, ya que acorde con el artículo 242, párrafo 5 citado, los informes de gestión se rinden una sola vez en el año de calendario y después de concluido el periodo, sin que obste que las actividades desplegadas por los legisladores del Con-

²²En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley Fundamental, el primer periodo inicia en el mes de septiembre y hasta el 15 de diciembre; mientras que el segundo, que inicia en febrero y concluye el 30 de abril de ese propio año.

greso de la Unión se dividan en periodos, por lo que tendrán que rendirlo dentro de la señalada periodicidad.

En esa tesitura, cabe indicar, en plena concordancia con el mandato constitucional, que, cuando confluyan procesos electorales, de ningún modo podrán difundirse promocionales alusivos a los informes de gestión si éstos coinciden con la etapa de precampañas, campañas electorales, etapa de veda electoral y jornada comicial, en cuanto se trata de una temporalidad en la cual es indispensable extender la máxima protección a efecto de tutelar la integridad de los procesos electorales, en la lógica de una racionalidad que busca alcanzar un equilibrio para todas las candidaturas y fuerzas políticas y preservar el modelo de comunicación política previsto constitucionalmente.²³

iii) Asistencia de servidores públicos a actos de proselitismo político-electoral. El TEPJF ha sustentado reiteradamente el criterio según el cual es válida la regla general que prohíbe que los servidores públicos asistan en días hábiles a actos de proselitismo político-electoral, ya que ello constituye una conducta injustificada, equiparable a un uso indebido de recursos públicos, pues con ello tales funcionarios generan una situación de influencia indebida al distraerse de sus actividades laborales para acudir a un acto de proselitismo político-electoral.

Incluso, se ha sostenido que la solicitud de licencia sin goce de sueldo, a partir de la cual se pretende justificar el actuar de los servidores públicos, no es suficiente a efecto de salvaguardar la imparcialidad en el uso de recursos públicos a la que se encuentran obligados todos los servidores públicos. Lo anterior es así, ya que el precepto constitucional invocado, como se indicó, dispone categóricamente que los servidores públicos de la Federación, las entidades federativas, los municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México tienen, *en todo tiempo*, la obligación de aplicar imparcialmente los recursos públicos que estén bajo su responsabilidad, sin influir en la equidad de la competencia electoral.

En esa línea, el TEPJF ha considerado que la determinación de cuáles días son hábiles e inhábiles se encuentra prevista ordinariamente en la legislación y la reglamentación correspondiente y no depende de la voluntad de los propios funcionarios, pues ello sería contrario al principio de certeza y seguridad jurídica, así como a la expectativa pública de imparcialidad de tales funcionarios durante el ejercicio de sus funciones, sin que ello se traduzca en una restricción indebida de los derechos a las libertades de expresión y asociación, u otro derecho fundamental de los servidores públicos, pues la prohibición de asistir en días hábiles a actos de campaña, en circunstancias que puedan incidir en la contienda electoral, deriva de lo dispuesto en el artículo 134 constitucional, así como de los principios que rigen la materia electoral, en particular los de equidad, imparcialidad, objetividad y certeza; tal prohibición resulta

²³Véase, por ejemplo, SUP-REP-3/2015 y acumulados, en el cual la Sala Superior del TEPJF determinó que los legisladores federales del grupo parlamentario del Partido Verde Ecologista de México, al transmitir promocionales en radio y televisión, a partir de los meses de septiembre a diciembre de 2014 —aproximadamente por 70 días consecutivos—, violaron la normativa constitucional y legal al incumplir la obligación atinente a que esa clase de mensajes solamente puede rendirse una vez al año y dentro de un plazo razonable a la conclusión del periodo respecto del cual se informa.

necesaria en tanto que limita en la menor medida los derechos de los funcionarios al permitirse su asistencia a tales actos en días inhábiles, siendo proporcional en atención a los valores y principios que la justifican.

Al respecto, el TEPJF ha considerado el conjunto de reglas y principios constitucionales que rigen la materia electoral, así como los derechos a las libertades de expresión y asociación de las personas que desempeñan un cargo público, siendo válido que los servidores públicos asistan a un acto de carácter proselitista, sin que ello vulnere, por sí mismo, lo dispuesto en el párrafo séptimo del artículo 134 constitucional, siempre que ello ocurra en un día y hora inhábil, tal como se desprende de la tesis jurisprudencial 14/2012, de rubro: ACTOS DE PROSELITISMO POLÍTICO. LA SOLA ASISTENCIA DE SERVIDORES PÚBLICOS EN DÍAS INHÁBILES A TALES ACTOS NO ESTÁ RESTRINGIDA EN LA LEY.

De esta forma, de acuerdo con la jurisprudencia electoral, la restricción para asistir a actos proselitistas responde a un fin legítimo del sistema democrático, como lo es el de garantizar los principios de equidad e imparcialidad; es necesaria en tanto que no es absoluta, pues excepcionalmente se les permite asistir en días inhábiles, por lo que resulta proporcional en sentido estricto frente a otros derechos, considerando que, además, con ello se contribuye a generar certeza para los propios partidos políticos, sus militantes, funcionarios públicos y la ciudadanía en general, respecto del momento y circunstancias en que pueden participar los funcionarios públicos, en particular aquellos de elección popular o de mando superior, en eventos proselitistas.

iv) Propaganda personalizada. La obligación constitucional de aplicar imparcialmente los recursos públicos que son asignados a los sujetos normativos tiene como finalidad establecer una prohibición concreta para la promoción personalizada de los servidores públicos, cualquiera que sea el medio para su difusión, con el objetivo de evitar influir en la equidad de la contienda electoral. En ese sentido, a efecto de identificar si la propaganda es susceptible de vulnerar el mandato constitucional, debe atenderse a los elementos siguientes: *a)* Personal, que deriva esencialmente en la emisión de voces, imágenes o símbolos que hagan plenamente identificable al servidor público; *b)* Objetivo, que impone el análisis del contenido del mensaje a través del medio de comunicación social de que se trate para determinar si de manera efectiva revela un ejercicio de promoción personalizada susceptible de actualizar la infracción constitucional correspondiente; y *c)* Temporal. Lo anterior encuentra respaldo en la tesis jurisprudencial 12/2015 sustentada por la Sala Superior del TEPJF, de rubro: PROPAGANDA PERSONALIZADA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. ELEMENTOS PARA IDENTIFICARLA.

v) La cuestión de las “gacetillas” en medios impresos. Una modalidad compleja de publicidad gubernamental, que linda con el ejercicio legítimo y pleno del periodismo, es el tema de las denominadas “gacetillas”, en las cuales se informa sobre la actividad gubernamental en un Estado, pero se destaca la imagen del funcionario —generalmente titulares del Ejecutivo— y se exponen los hechos de manera positiva (sin análisis o crítica) e idéntica o muy similar, a los comunicados de prensa oficiales. En la mayoría de los casos es muy difícil acreditar que se trata de publicidad gubernamental, puesto

que no existen contratos específicos para tal difusión, lo que abre la puerta a posibles fraudes a la constitución y a la ley.²⁴

Reflexión final

Como se advierte de lo expuesto, la falta de una legislación que reglamente el artículo 134 constitucional en todos sus ámbitos no ha sido un impedimento para que las máximas instancias judiciales precisen algunos de sus alcances más significativos en la materia electoral, a partir de criterios jurisprudenciales. Seguramente el legislador habrá de considerar tales criterios al momento de emitir la legislación que corresponda. Mientras tanto, las autoridades y funcionarios públicos deberán ceñirse a estas líneas como parámetros válidos de interpretación y alcance del numeral constitucional que se comenta.

No basta, sin embargo, una determinación clara (legislativa o jurisdiccional) de los alcances del texto constitucional si la voluntad política de los servidores y funcionarios públicos no se traduce en el fomento de una cultura de la imparcialidad gubernamental, a partir de la plena transparencia y la rendición de cuentas.

Asimismo, mientras no se establezca un sistema claro de sanciones por el incumplimiento al principio de imparcialidad en materia electoral, no habrá una plena efectividad en la determinación de responsabilidades. Ello dado que, en la actualidad, no existe propiamente en la legislación vigente una sanción que imponga directamente a un servidor público la autoridad electoral por la violación a dicho principio, sino que ésta se limita a dar vista al superior jerárquico y, en su caso, presentar la queja ante la autoridad competente por hechos que pudieran constituir responsabilidades administrativas o las denuncias o querellas ante el agente del Ministerio Público competente.

Ante este vacío normativo, la el TEPJF ha precisado que, con el propósito de hacer efectivo el sistema punitivo en que se basa el derecho sancionador electoral y proporcionarle una adecuada funcionalidad, los congresos de las entidades federativas son los órganos competentes del Estado, con base en sus atribuciones, para sancionar a servidores públicos sin superior jerárquico por la realización de conductas que la autoridad jurisdiccional determinó contrarias al orden jurídico en la materia electoral, con independencia de que ello pudiese eventualmente generar otro tipo de responsabilidades, por lo que resulta procedente que las autoridades electorales jurisdiccionales hagan del conocimiento de los congresos tales determinaciones para que impongan las sanciones correspondientes.²⁵

Con ello, se busca paliar la situación de ausencia normativa; no obstante, tal medida está lejos de garantizar la efectividad del modelo y más lejos aún de repre-

²⁴Véanse al respecto, las resoluciones en los expedientes SUP-REP-581/2015, SUP-REP-25/2015 y SUP-REP-34/2015; así como SUP-REP-583/2015 y acumulados, SUP-REP-11/2014 y acumulado, y SUP-REP-35/2015.

²⁵Tesis XX/2016 con rubro: RÉGIMEN ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELECTORAL. CORRESPONDE A LOS CONGRESOS DE LOS ESTADOS IMPONER LAS SANCIONES RESPECTO DE CONDUCTAS DE SERVIDORES PÚBLICOS SIN SUPERIOR JERÁRQUICO, CONTRARIAS AL ORDEN JURÍDICO.

sentar una verdadera garantía de no repetición o un estímulo que fomente una cultura de la imparcialidad gubernamental. En definitiva, en esta materia, existe mucho camino que recorrer.

Bibliografía

- GILAS, Karolina Monika, “Artículo 134 constitucional. Criterios Relevantes”, en *Líneas jurisprudenciales en materia electoral*, México, TEPJF-Tirant lo Blanch, 2014, pp. 123-181.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “Principio de neutralidad de las autoridades estatales en las campañas electorales. Un precedente alemán y la posición de México. Comentario”, en TEPJF, *Garantizar el principio de equidad en la contienda electoral, ¿deber de los gobiernos? Sentencia BVerfGE 44, 125. Tribunal Constitucional Federal de Alemania*, México, TEPJF, Sentencias Relevantes de Cortes Extranjeras, núm. 4, 2016, pp. 65-107.
- MARTÍNEZ ESPINOSA, Roberto, *Artículo 134 constitucional y su interpretación judicial electoral en México*, México, TEPJF, 2014.
- MURAYAMA RENDÓN, Ciro, *Publicidad gubernamental y campañas electorales locales. Los mensajes del Presidente Felipe Calderón en 2010*, Serie Comentarios a las Sentencias del Tribunal Electoral, núm. 52, México, TEPJF, 2013.
- SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar, “El mandato de neutralidad de los poderes públicos en el proceso electoral como proyección del principio de igualdad de oportunidades entre los competidores electorales”, en AA.VV. *La elección presidencial en México (2012). Memoria del V Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral del TEPJF*, Carlos Báez y Luis Efrén Ríos (coords.), México, TEPJF, 2014, pp. 163-181.

Derechos del pueblo mexicano

México a través de
sus constituciones

V
SECCIÓN SEGUNDA

se terminó en la Ciudad de México
durante el mes de noviembre del año 2016.

La edición impresa sobre papel ahuesado
ecológico de 60 gramos con *bulk* a 75,
estuvo al cuidado de la oficina
litotipográfica de la casa editora.

MAPorra
librero-editor • México

EDICIÓN DIGITAL



Derechos del pueblo mexicano

México a través de sus constituciones

NOVENA EDICIÓN



9 786075 240732



Jorge González Camarena: *Venustiano Carranza y la Constitución de 1917*,
MUSEO NACIONAL DE HISTORIA-INAH. Acrílico, 1967. 4.66 × 5.76 m.

USO DE LA IMAGEN FOTOGRÁFICA, AUTORIZADA POR: Secretaría de Cultura-INAH-Méx.
y Fundación Cultural Jorge González Camarena, A.C.

