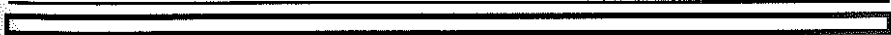

DERECHOS HUMANOS:
ACTUALIDAD Y DESAFÍOS
III





DOCTRINA JURÍDICA CONTEMPORÁNEA

COLECCIÓN DIRIGIDA POR
José Ramón Cossío y Rodolfo Vázquez

DERECHOS HUMANOS: ACTUALIDAD Y DESAFÍOS III

Luis González Placencia
Julieta Morales Sánchez
(Coordinadores)



Esta colección es arbitrada por pares académicos, mediante dictamen ciego.

Reservados todos los derechos conforme a la ley

©Luis González Placencia

©Julieta Morales Sánchez

©Distribuciones Fontamara, S. A.

Av. Hidalgo No. 47-b, Colonia Del Carmen

Deleg. Coyoacán, 04100, México, D. F.

Tels. 5659•7117 y 5659•7978 Fax 5658•4282

Email: coedicion@fontamara.com.mx

www.fontamara.com.mx

ISBN 978-607-736-081-0

Impreso y hecho en México

Printed and made in Mexico

INTRODUCCIÓN

El derecho en México después del 10 de junio de 2011

Anterior a este libro que el lector tiene en sus manos, han visto la luz dos tomos previos de *Derechos humanos: actualidad y desafíos*. En todos ellos se ha contado con el apoyo y colaboración decidida, comprometida y paciente de expertos en temas de derechos humanos, quienes nos ofrecen diferentes perspectivas sobre los diversos tópicos abordados a lo largo de los tres tomos. Agradecemos a ellos, a los lectores y a la Universidad de Guanajuato –mediante sus autoridades comprometidas con la investigación científica del derecho y de los derechos– por permitir la existencia de estos tres tomos que integran un solo conjunto y persiguen un mismo objetivo: difundir y contribuir a la efectiva cultura de respeto y protección de los derechos humanos en México y Latinoamérica.

Nuestro país ha experimentado cambios relevantes en materia de derechos humanos, desde la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, a raíz de la cual se han realizado dos grandes decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: el Expediente Varios 912/2010, resuelto en julio de 2011, y la Contradicción de Tesis 293/2011, resuelta en septiembre de 2013. En la primera decisión se rediseñó el sistema de control constitucional-convencional en México; asimismo, se sostuvo que todas las autoridades deberían de observar el principio *pro persona*, es decir, aplicar aquella norma o interpretación que mejor proteja un derecho humano u optar por aquella que restrinja en menor medida el derecho en juego. La contradicción de tesis 293/2011 determinó que la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana o CorteIDH) es

vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona. Lo anterior supone el conocimiento previo del sistema interamericano, de los órganos que lo integran y de su funcionamiento, así como de su vasta jurisprudencia.

Como puede verse, los derechos humanos en México no son un tema de moda o un estandarte político; por el contrario, se erigen como mandato constitucional. Por lo anterior, su conocimiento, promoción, difusión y respeto no son potestativos para la autoridad.

La ciudadanía y la población en general encuentran en el nuevo texto constitucional una herramienta poderosa para la defensa de sus derechos.

Bajo estas premisas entraremos a analizar el contenido de este tomo III: en una primera parte se habla de la interpretación de los derechos humanos, cuyo estudio es prioritario de frente a los cambios que experimenta nuestro país y el mundo en esta sensible materia. Así hay que tener en mente el renombrado “control de convencionalidad”, surgido de la jurisprudencia interamericana en el *Caso Almonacid Arellano*, llegó a México mediante cuatro sentencias que instrúan a su ejercicio: *Caso Radilla Pacheco*, *Caso Inés Fernández*, *Caso Valentina Rosendo* y *Caso Cabrera García y Montiel Flores*.

Si se entiende que como efecto del control de convencionalidad todo acto, omisión, ley y sentencia nacional deben ser compatibles o congruentes con los tratados o convenciones internacionales, una de las primeras dudas que surge es ¿quiénes deben ejercerlo?, ¿quién debe realizar esta verificación de compatibilidad entre el tratado internacional o la convención, por un lado, y, por otro, la norma, acto, omisión o sentencia nacional a fin de determinar si estas últimas son convencionales? La jurisprudencia interamericana ha evolucionado y transitado entre dos puntos diversos a este respecto.

En un primer momento, las sentencias en torno a control de convencionalidad de la Corte Interamericana establecían que éste era obligación del “Poder Judicial”, “órganos del Poder Judicial”, “jueces” o “juzgador”.¹ Sin embargo, en sentencias de la etapa más reciente, la Corte Interamericana se ha referido al control de convencionalidad como función de “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”, expresión que parece extender considerablemente el ámbito subjetivo de esa función.²

¹ Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros*, párr. 124; *Caso Trabajadores Cesados del Congreso*, párr. 128; *Caso La Cantuta*, párr. 173; *Caso Boyce y otros*, párr. 78; *Caso Heliodoro Portugal*, párr. 180; *Caso Radilla Pacheco*, párr. 339; *Caso Fernández Ortega*, párr. 236; *Caso Rosendo Cantú*, párr. 219; y *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, párr. 202. Para profundizar sobre el control de convencionalidad, cfr. Sergio García Ramírez y Julieta Morales Sánchez, *La reforma constitucional de derechos humanos (2009-2011)*, 3a. ed., México, Porrúa/UNAM, 2013, pp. 297-312.

² Cfr. *Caso Cabrera García y Montiel Flores*, párr. 225; *Caso Gelman*, párr. 193; *Caso Chocrón*, párr. 164; *Caso López Mendoza*, párr. 226; *Caso Fontevecchia y D'Amico*, párr. 93; *Caso Atala Riffo y niñas*, párr. 282.

Este punto es relevante en virtud de que la CorteIDH ha reiterado la función del control de convencionalidad en sede interna al afirmar que “solamente si un caso no se ha solucionado a nivel interno, como correspondería primariamente hacerlo a cualquier Estado Parte en la Convención *en ejercicio efectivo del control de convencionalidad*, entonces el caso puede llegar ante el Sistema, en cuyo caso debería resolverse ante la Comisión y, solamente si las recomendaciones de ésta no han sido cumplidas, el caso podría llegar ante la Corte”.³

Hay que tomar en cuenta que en 2012, la Corte Interamericana ha sostenido que la idea del Estado como principal garante de los derechos humanos ha “adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que *todas las autoridades y órganos de un Estado Parte* en la Convención tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad”.⁴

En 2013, la CorteIDH amplió aún más la obligación a nivel nacional al incluir expresamente al Poder Ejecutivo y al Ministerio Público en el *Caso Mendoza y otros (vs. Argentina)*.⁵ Claramente, si se sostiene que todas las autoridades deben ejercer el control de convencionalidad (es decir, verificar que una norma, acto de autoridad o sentencia no contravenga un tratado internacional), se tendrían que establecer los efectos de dicho control. Las opciones básicamente son dos: 1) inaplicación en el caso concreto, y 2) declaratoria general de inconstitucionalidad o inconvencionalidad.

Pensando en que el control de convencionalidad, en esta hipótesis, se ejercería, por autoridades administrativas y no sólo jurisdiccionales, la opción más viable quizá podría ser la inaplicación en el caso concreto.

Actualmente, en México –según lo dispuesto por el artículo 1o. constitucional y el expediente Varios 912/2010– todas las autoridades deben observar el principio *pro persona* y en este ejercicio valorar, comparar y sopesar dos o más normas o interpretaciones para finalmente elegir aquella que mejor proteja a la persona o al derecho humano en el caso concreto.

Como consecuencia del ejercicio del principio *pro persona*, las autoridades en cada caso concreto aplican la norma o la interpretación que mejor o más ampliamente protege el derecho –y, por tanto, inaplican la norma o interpretación que era más desfavorable al derecho humano.

Aunque es claro que aquí existen matices –ya que el control de convencionalidad verifica la no contravención a los tratados internacionales y el principio *pro persona* permite la prevalencia del dispositivo normativo más benéfico–, se podría llegar a considerar que en ambos casos el efecto es la inaplicación. En el control de

³ *Caso Masacre de Santo Domingo*, Sentencia de 30 de noviembre de 2012, párr. 144.

⁴ *Ibid.*, párr. 142. Énfasis agregado.

⁵ Párrafo 221.

convencionalidad porque la norma inaplicada contraviene instrumentos internacionales; en el principio *pro persona* porque la norma inaplicada es más desfavorable al goce y ejercicio de los derechos humanos.

Resulta pertinente también preguntar: ¿sobre qué tipo de normas nacionales se debe ejercer el control de convencionalidad?, ¿es posible plantear la inconvencionalidad de un precepto constitucional?

La respuesta la dilucidó la Segunda Sala de la SCJN en una tesis aislada en la que ha afirmado que hay “imposibilidad jurídica de que, en un juicio de amparo directo, o en cualquier otro juicio, la propia Constitución pueda sujetarse a un control frente a algún tratado internacional del que el Estado Mexicano sea parte”, ya que el principio de supremacía constitucional “obstaculiza cualquier posibilidad de que las normas internacionales se conviertan en parámetro de validez de la Constitución (por lo que se) torna imposible el planteamiento de la inconvencionalidad de un artículo constitucional”.⁶ Posteriormente, el Pleno de la Suprema Corte decidió, en la Contradicción de Tesis 293/2011, que cuando exista una confrontación, antinomia o incongruencia entre la norma constitucional y un tratado internacional, siempre prevalecerá la Constitución. Con esta decisión, la Suprema Corte mexicana parece haber restringido el ejercicio del control de convencionalidad y haber matizado la obligación que ella misma impuso en el Expediente Varios 912/2010 por la que todos los jueces mexicanos están obligados a ejercer el control de convencionalidad. Además se puede limitar el principio *pro persona*.

La discusión en torno a este tópico debió resolverse recordando que en el *Caso Radilla Pacheco* se analizó la compatibilidad del artículo 13 constitucional con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Aunque en este caso en concreto la CorteIDH, al ejercer el control de convencionalidad en sede internacional, señaló la compatibilidad entre ambos dispositivos el resultado pudo ser distinto o puede serlo en el futuro, por lo que podría existir una condena de la CorteIDH en el sentido de que México debe reformar su Constitución. Si el control de convencionalidad en sede externa es posible, el control de convencionalidad de la Constitución en sede interna también debería ser una opción factible que libre a México de una futura responsabilidad internacional.

Los Estados tienen un papel primordial en la protección de los derechos humanos, muestra de ello es el carácter complementario y subsidiario del sistema internacional de protección de derechos humanos. Por ello, es necesario que los derechos humanos sean conocidos, protegidos, respetados y garantizados en los diversos niveles y ámbitos de gobierno. Los poderes públicos deben garantizar, in-

⁶ [TA]; 10a. época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIII, octubre de 2012, tomo 3, p. 2034. Conceptos de violación inoperantes en el amparo directo. Son los que plantean la inconvencionalidad de un precepto constitucional.

terpretar y aplicar en un sentido amplio, progresivo y extensivo los derechos humanos de todas las personas que se encuentran en su territorio. Es necesario que los órganos de justicia constitucional interpreten los derechos humanos siguiendo el principio *pro persona*.

Aunque es claro que la jurisdicción internacional sólo funciona una vez agotados los recursos internos de defensa de los derechos y cuando la persona que sufrió la presunta violación considera necesario acudir a la instancia internacional, es fundamental para la garantía integral de los derechos que exista una relación congruente entre la interpretación realizada por los órganos internos y los internacionales; ello, además de asegurar la plena eficacia de los derechos, permitiría librar al Estado en cuestión de cualquier imputación de responsabilidad internacional. A pesar de los avances, aún se está lejos de la recepción integral del derecho internacional de los derechos humanos.

Así, uno de los retos que tienen por delante los órganos de justicia constitucional es lograr su apertura a la dignidad humana como eje rector de su actuación a fin de realizar una interpretación extensiva, progresiva y *pro persona*, de los derechos y para los derechos. Claramente la actividad de los jueces constitucionales está supeditada a las leyes internas, pero debe recordarse que también se han contraído compromisos internacionales y que este “bloque de constitucionalidad” –integrado conforme a la voluntad soberana de cada Estado– debe regirse y sujetarse al servicio de los derechos humanos; sólo así se podrá hablar de Estados democráticos de derecho.

El conocimiento y exigibilidad de los criterios interamericanos, con base en el principio *pro persona*, es fundamental. Actualmente, el derecho en México debe releerse a la luz de los derechos humanos. Lo anterior supone una complejidad adicional, todos los operadores jurídicos del país, así como los servidores públicos, deben conocer las sentencias emitidas por la CorteIDH. Además, se necesita promover el conocimiento por parte de la población en general a fin de que se fortalezca la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos humanos en México.

No obstante lo anterior, hay que reconocer que, la actividad del Estado se desarrolla en un contexto determinado que en ocasiones –las más– está marcado por la pobreza, la exclusión, la desigualdad, la discriminación o las nulas oportunidades de desarrollo. La perspectiva de cambio de dichas situaciones es más bien lejana –en algunos casos o la mayoría de ellos, muy lejana o inimaginable–, es aquí donde la actividad de los órganos del Estado cobra importancia y donde su interpretación debe fortalecerse y edificarse precisamente sobre la base de los derechos humanos.

En este tomo III, también se abordan temas diversos y relevantes que son prioritarios en el contexto mundial actual, como son:

- Seguridad, militarización y combate a la delincuencia, en donde los autores buscan responder a una interrogante en torno a si las políticas de seguridad actual han puesto, pusieron o siguen poniendo a los derechos humanos en riesgo.
- También se encuentran trabajos en torno a la política criminal, administración de justicia, justicia restaurativa y derecho penal internacional.
- Se incluyen reflexiones de especialistas en género y derechos humanos de las mujeres, entendiendo que éste es un rubro pendiente aún en nuestro país y que el género evidencia la discriminación que padecemos mujeres y hombres debido a la persistencia de roles y estereotipos. Asimismo, nos permite visualizar los impactos diferenciales que la legislación, las políticas públicas y las sentencias pueden generar en mujeres y hombres.
- Se concluye con el estudio de los derechos colectivos, específicamente los derechos de pueblos y comunidades indígenas.

Como puede verse, los tres tomos de *Derechos humanos: actualidad y desafíos* plantean debates y discusiones abiertas, así como propuestas sólidas, para afianzar y avanzar en la protección de los derechos humanos en los distintos países del orbe. Por lo anterior, su estudio es relevante en contextos golpeados por la desigualdad, la pobreza, la corrupción, la impunidad, la inseguridad y la injusticia.

Reiteramos nuestro agradecimiento a los colaboradores que hicieron posibles estos tres tomos que hoy se suman al acervo de los derechos humanos, así como a la Universidad de Guanajuato por su apoyo decido en la descentralización de la generación del conocimiento en torno a los derechos humanos. Gracias a la editorial Fontamara y a la colección que nos dio cobijo, pero sobre todo nuestro agradecimiento a los lectores con quienes —a pesar de no conocernos— compartimos, trabajamos y luchamos, cada uno desde su propio ámbito, por la vigencia efectiva de los derechos humanos y por hacer de ellos una realidad en beneficio de las generaciones presentes y futuras.

JULIETA MORALES SÁNCHEZ
LUIS GONZÁLEZ PLACENCIA

México, D. F., marzo de 2014.

I

INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

LA INTERPRETACIÓN VICIADA DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Teresita Rendón Huerta Barrera

1. Introducción

La *razonabilidad* en la interpretación de la ley es un deber que no necesariamente se cumple. Si la corrección y armonía en la interpretación jurídica es percibida como signo de pericia jurídica y de integridad, el error es señalado como una transgresión o descarrío en la aplicación correcta de la norma, en la que cuenta mucho la valoración y actitud del intérprete.

Saber cuándo se producen los errores no sólo depende del llamado "sentido común" o de esa intuición capaz de detectar inconsistencias éticas. La idea de una facultad especial destinada a tal aprehensión constituiría un riesgo al dejar en manos del intérprete, lo que en su concepto es un comportamiento interpretativo correcto. Por ello el propósito mediato e inmediato de una interpretación adecuada es la emisión de una decisión jurídica razonable y, consecuentemente, la protección al gobernado contra dislates deliberados o fortuitos.

Me refiero en este estudio a dos casos tan distantes en el tiempo, como cercanos en la naturaleza jurídica de su causa. El propósito no es aportar soluciones, sino poner de relieve la complejidad y el riesgo que implica una interpretación viciada de los conceptos jurídicos indeterminados.

2. Los conceptos jurídicos indeterminados

Los conceptos jurídicos indeterminados, vagos, ambivalentes, elásticos, polisémicos, con "aureolas de penumbra",¹ contenidos en las normas de textura abierta, comprenden elementos del supuesto fáctico, cuya característica es la imprecisión o ambigüedad.

Tales conceptos son conocidos también como conceptos flexibles. Son una noción procedente de la doctrina alemana. Se trata de expresiones cotidianas y abundantemente empleadas en el lenguaje jurídico-administrativo y en el político.

Haba² identifica tres tipos de conceptos jurídicos indeterminados con referencia a los derechos humanos: (a) conceptos indeterminados pro-humanísticos (eventual base para desarrollos jurídicos que garanticen derechos humanos; como por ejemplo: "dignidad de la persona humana"; (b) conceptos indeterminados restrictivos (con peligrosa potencialidad expansiva proautoritaria) "orden público", "interés público", "moral", "orden social", "tranquilidad pública", "fines lícitos", "honrar a la patria", "seguridad pública", entre otros; y (c) conceptos indeterminados ambivalentes, como por ejemplo: "interés general", "bien común", entre otros.

El orden jurídico nos sorprende a cada paso con su recurrencia a los mencionados conceptos, revelándonos que se trata de una noción exultante de lo público, que proclama su vanguardismo como *nomen iuris* del que no es posible llegar a su univocidad, en tanto encierra múltiples manifestaciones. Ejan Mac Kaay refiere: "Las nociones y, más en general, la semántica de los términos jurídicos no constituyen un obstáculo aleatorio a un sistema que, de otro modo, resultaría perfecto y determinado, sino que, muy al contrario, son un elemento esencial para el buen funcionamiento del derecho".³

De la previsión legal de los conceptos indeterminados no se desprende un medio de control sobre su interpretación que conduzca a la apreciación objetiva de cuál debe ser el sentido que inequívocamente resulte de una norma, que pueda expresar sin objeciones una orientación única, fuera del umbral de incertidumbre, so pena de trivializar tanto el problema como su resolución.

Las dificultades de interpretación que surgen a partir de su interacción demuestran que tales categorías no pueden materializarse hasta que se traduzcan sus significaciones, se resuelvan sus puntos oscuros, se exploren sus consecuencias y sus premisas, y se precisen los instrumentos de control de razonabilidad. Pero na-

¹ Enrique P. Haba, "Conceptos indeterminados, derechos humanos y seguridad nacional", *Costa Rica, Revista de Filosofía*, vol. xxii, núms. 55 y 56, Universidad de Costa Rica, 1983, pp. 3-30.

² *Idem*.

³ Cit. por Ignacio Ara Pinilla, *Semántica de los derechos humanos*, España, Universidad de las Islas Baleares, 1987, versión en línea: *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, 1987, vol. 16. Consulta: 18 de febrero de 2013.

die ha alcanzado aún siquiera a arañar la superficie de lo que eso impone, presuponere y representa.

Tanto en el caso de los reglamentos administrativos y tratándose del acto administrativo *stricto sensu*,⁴ como manifestación del ejercicio del poder público, consistente en una declaración voluntaria, formal y unilateral, de acuerdo con las normas jurídicas, que afecta obligatoriamente a los administrados en lo particular, se encuentra una sorprendente frecuencia en la utilización de los conceptos indeterminados; por ejemplo, *las causas de utilidad pública o social*, en materia de expropiación, cuando el Estado adquiere coactivamente bienes pertenecientes a los gobernados, conforme al procedimiento determinado en la ley, mediante el pago de una *justa indemnización*. Ejemplo clásico de un acto regulado por el derecho administrativo en el cual es preciso determinar qué son esas *causas de utilidad pública o social*, así como en qué consiste la *justa indemnización*. Los conceptos de *bienestar social*, *interés colectivo*, *necesidad*, *urgencia*, *oportunidad*, *conveniencia*, *orden público*, *paz y tranquilidad social*, *causa justificada*, *grave peligro*, *moral pública*, etc., revisten un profundo interés no sólo para el derecho administrativo, sino para la ciudadanía en general.

La norma es el marco que fundamenta y pone en acción el concepto indeterminado cuya instrumentalidad, replicabilidad y adecuación habrá que demostrar. No hay una connotación preexistente y consabida, debido a que debe construirse o esclarecerse paso a paso, a contrapelo de lo que podría considerarse como verdad consagrada, como la "única solución justa" o de lo que algunos a presuponien resuelto.

No es de sorprender que los administrativistas menos entusiastas hayan rechazado con presuroso desdén la separación entre conceptos determinados e indeterminados, cuya lógica consideran nebulosa y propia de una estructura conceptual que no deja de ser discursiva y que requiere una revisión. Pero en la actuación jurídica de la administración pública es una constante la presencia de conceptos indeterminados, trátense de actos por la extensión de sus efectos —generales y concretos—; por la posibilidad de ser combatidos —en impugnables e inimpugnables—; por razón del tipo de facultades ejercitadas —discrecionales y reglados—; por los sujetos que intervienen —actos simples y complejos, unilaterales y bilaterales—, y por razón del contenido del acto y sus efectos —en meros actos administrativos y actos

⁴ Manuel María Díez, *El acto administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1961, p. 32, lo define como: "Una declaración de un órgano del Poder Ejecutivo en ejercicio de su función administrativa que produce efectos jurídicos con relación a terceros; y que cuando cumple con su ciclo de formación y contiene todos los elementos esenciales se dice que es perfecto. Su eficacia surgiría de su capacidad de producir efectos jurídicos". Duguit lo menciona como "toda manifestación de la voluntad de los agentes administrativos conforme al derecho objetivo, que produce una situación de derecho objetivo o condiciona el nacimiento de una situación de derecho objetivo".

negocios jurídicos, actos definitivos y actos de trámite. Se hallan, asimismo, en el contenido de los actos discrecionales y de los reglados, dictados en ejercicio de las potestades públicas. De acuerdo con la doctrina, no hay ni competencias o potestades absolutamente discrecionales, ni éstas pueden invocarse para impedir el enjuiciamiento de fondo de los actos administrativos. La potestad discrecional se considera como opuesta a la actividad reglada; en tanto que la administración, ante determinadas situaciones, dispone de un margen de elección, que le permite hacer o no hacer y, en este segundo caso, puede disponer de varias soluciones.

Allí donde se construye, aplica o analiza el tema de referencia en materia administrativa, se despliega con más frecuencia una parafernalia simbólica, que aporta ocasionales reflexiones de cierto interés, pese a su fatigoso semiotismo, a su proclividad hacia los planteamientos vagos y al hecho de estar dirigidos a expertos. Por eso, en el proceso formativo de la argumentación en torno a la aplicación de los conceptos indeterminados, cabe preguntarse si procede otorgarles un rango y valor propios, jerarquizarlos, es decir, concederles un grado de primacía con base en su frecuencia y radio de utilización.

Los conceptos indeterminados son una constante no sólo en los actos y las normas administrativas en estricto sentido, sino también en los actos administrativos originados en los poderes públicos, que no son formalmente administración pública y que son los dictados fuera del ejercicio de las funciones típicas y definidoras de otros poderes.

No se alcanza a descubrir el fondo de diferenciación entre conceptos determinados e indeterminados, los cuales se contraponen y complementan entre sí, tejiendo en el orden jurídico un contrapunto extraordinario. Saber integrar ambas categorías en el Derecho administrativo, es un arte que debemos aprender. Si alguien lo desconoce, tiende a dar por supuesto que los aspectos contrastados se oponen insalvablemente entre sí. Por eso es necesario subrayar que son componentes en todos los ámbitos de la ciencia jurídica.

Si bien la autoridad administrativa puede actuar por circunstancias inmediatas, no implica necesariamente que lo haga subjetivamente. He ahí por qué profunda razón la actitud del intérprete, su decisión y rotundidad, induce a estimar que los esquemas dentro-fuera, interior-exterior, libertad-norma, autonomía-heteronomía, independencia-vinculación, autoafirmación-solidaridad, son siempre dilemas y contrastes que estarán presentes en la interpretación.

La tarea decisiva de la autoridad consistirá, entonces, en descubrir el modo como se pueden encontrar pistas certeras para realizar tal interpretación en un ámbito creado por el entrelazamiento de los elementos objetivos y la subjetividad, cuya armonía se logra en un encuentro desbordante de sentido, orden y rigor. La clave de bóveda es el análisis de constitucionalidad como punto de confluencia en

el que vibra la tensión de cada elemento del proceso hermenéutico. Visto así, cada elemento es un nodo de relaciones.

Los conceptos jurídicos indeterminados han madurado la convicción de que su función en el derecho se encuentra profundamente vinculada al tiempo y a elementos metajurídicos; pues más allá de que son simples expresiones, esos principios son activos, vitales, coexistentes a las decisiones de la autoridad, y consecuentemente, inmersos en una temporalidad y en un contexto.

La dimensión de ese mundo jurídico de indeterminaciones, fuertemente imbricado al de las determinaciones, permite advertir que no se trata de una simple sutileza, ni de una digresión filosófica sin consecuencias prácticas; su intensa cotidianidad invita a pensar en las posibles acciones para facilitar su aplicación con el menor margen de subjetividad, por lo cual considero que la clave está en construir metodológicamente una estructura argumental que justifique jurídica y objetivamente la aplicación de tales conceptos —efectividad instrumental—, evitando en lo posible las subjetividades de quienes van a aplicar la norma —efectividad simbólica—, lo cual contribuirá a reforzar la eficacia del derecho, hoy día tan debilitada en el ámbito público.

Las normas administrativas son de orden público, dado que los sujetos en sus relaciones deben ceñirse ineludiblemente a ellas, en virtud del interés público. Pero en nombre de ese “interés público”, se han cometido serios atropellos en perjuicio de los gobernados.

La atribución que la ley confiere a las autoridades siempre articula autorizaciones-órdenes de naturaleza finalista encaminados a la realización del interés general, a cuyo servicio está vinculada y orientada la actividad administrativa.

El nivel de vinculación o libertad que la disposición otorga a las autoridades establece el carácter de sus facultades, ya sea regladas o discrecionales, el cual Hans Huber considera que “es el caballo de Troya dentro del Estado de derecho”.⁵ La potestad discrecional se considera como opuesta a la actividad reglada, en tanto que la administración, ante determinadas situaciones, dispone de un margen de elección que le permite hacer o no hacer y, en este segundo caso, puede disponer de varias soluciones, como puede verse en el siguiente esquema:

⁵ Cit. por Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo I*, Madrid, Civitas, 2002, p. 457.

Esquema 1. Temas de discrecionalidad

Múltiples cauces de acción adecuados.

Fuerte No hay estándares

Hay necesidad de fundar y motivar ampliamente la elección.

Tipos de discrecionalidad

Débil Estándares o finalidades

Refutables

Imprecisos o aproximados (epistémico-semántico)

3. Oscuridad de la norma jurídica y conceptos jurídicos indeterminados

Es fundamental distinguir cuándo estamos en presencia de la oscuridad de la norma jurídica y cuándo frente a conceptos jurídicos indeterminados. No siendo admisible bajo ningún criterio la identificación de una con los otros, ya que en la primera, el examen se detiene en la redacción y estructura de la disposición, mientras en los segundos, el análisis se dirige a una parte del texto legal cuyo significado es impreciso.⁶

La norma puede ser oscura, ya sea porque directamente no revela una finalidad, o no plantea la protección de bien jurídico alguno, o porque la redacción resulta inentendible debido a la ambigüedad o vaguedad en el modo de redactar. En la norma oscura hay un fondo de tinieblas que cubren la claridad de lo dispuesto, afectando el objeto mismo de la norma y obstaculizando su aplicación en vista de que no están dadas las condiciones para su correcta interpretación.

Si las expresiones lingüísticas comunes suelen carecer de claridad, las normas jurídicas no están exentas de ese riesgo. Pueden identificarse tres momentos en que tal oscuridad puede advertirse:

- Cuando se localiza en la redacción de la norma, por la ambigüedad manifiesta en que incurrió el órgano emisor.

⁶ Cfr. Teresita Rendón Huerta Barrera, *Los conceptos jurídicos indeterminados en el derecho administrativo*, Quito, Librerías Cevallos, 2012.

- Cuando la disposición se compone de términos no oponibles, por lo cual no es conceptual. La mayor parte del lenguaje jurídico es conceptual, el noema –del griego *nóhma*, contenido objetivo del pensar, en oposición a patema– es su rasgo funcional; si la disposición carece de él, la disposición será oscura.
- Cuando proviene de la interpretación, tratándose de normas heteroaplicativas.

La claridad de una ley es su primer requisito para ser conocida y realizada; pues no se practica bien lo que se comprende mal.⁷

El hecho de que pueda cuestionarse el significado de una expresión empleada en una ley, no es prueba de que la norma sea oscura, como tampoco la complejidad de la ley autoriza a atribuirle tal adjetivo, en tanto en cuanto la duda u oscuridad puede ser que resida en el propio intérprete, y no en la norma.

Sólo como nota histórica, cabe recordar que la falta de claridad originó la llamada *non liquet* –literalmente, “no está claro” en latín– ante cuestiones controvertidas que los juzgadores no resolvían por no encontrar clara la disposición, o por no identificar la directamente aplicable ante una causa mal planteada, lo que les permitía dejar sin solución el asunto en forma indefinida, lo cual no puede ocurrir en nuestros días, dadas las disposiciones expresas al respecto y que están previstas normativamente.

La claridad de la norma jurídica se da cuando es de fácil comprensión; o sea, cuando su contenido se entiende y aplica sin dificultad; un ejemplo es: “La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos. Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento”.

La claridad de la ley viene de su lógica, de su método, del encadenamiento y filiación de sus partes.

La norma tendrá claridad si morfológicamente está bien estructurada, lo cual será posible deducir cuando su texto no abusa de pronombres; no omite datos necesarios; limita el uso de gerundios; evita el exceso de adjetivos; evita vocablos ambiguos; hay concordancia; esto es, puede identificarse el comienzo y continuación de la frase, especialmente con el uso de los tiempos verbales; evita los circunloquios o rodeos de palabras; evita expresiones incompletas, digresiones; utiliza frases cortas, palabras que todo el mundo puede entender. Si la claridad del texto legal radica en la precisión o exactitud de la exposición, permitiendo su fácil comprensión, la concisión estriba en ser breve y exacto en el uso de las palabras.

⁷ Juan Bautista Alberdi (s. a.), *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, versión en línea: <Descargar Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina en Ebookio.com>, 1 de febrero de 2013.

Claridad y concisión son inseparables. El texto será conciso si no se añaden detalles innecesarios y no se suprimen los necesarios. Se logra la concisión cuando la norma se concentra en la acción central y no se incorpora una acción dentro de otra, cuando la disposición normativa evita repeticiones sin caer en el extremo contrario, que no se entienda. Si el texto normativo no es conciso, y no hay bases objetivas para su interpretación, el logos es determinante para atenuar o suprimir los atentados exteriores contra la lógica.

4. La interpretación viciada

Surge cuando la autoridad no se atiene al texto ni al espíritu de la ley, o desconoce u omite las condiciones sociales, históricas y lingüísticas en que surgió la disposición.

La autoridad dotada de potestades decisorias puede y debe obligatoriamente realizar procedimientos de interpretación de los ordenamientos para determinar su pertinencia, sentido y alcance en relación con los planteamientos que se le formulen.

Interpretar un texto normativo es justamente identificar las hipótesis que contiene, desentrañando su sentido para aplicar la disposición al caso concreto. El aforismo *in claris non fit interpretatio* —que literalmente significa: “ante la claridad no cabe interpretación”— es técnicamente inaplicable refiriéndose a las normas jurídicas. Se trata de un brocardo aplicable a las cláusulas contractuales, que erróneamente se ha querido hacer extensivo a la interpretación normativa. La interpretación no es una actividad que se realice por falta de claridad. Se lleva a cabo en tanto es una tarea immanente a la aplicación del derecho, sean claras o ambiguas las disposiciones.

No es sencillo determinar en términos exactos que una interpretación es incorrecta, sobre todo cuando no hay un quebrantamiento directo y manifiesto de la norma que lleve a evidenciar el error. Hay casos en que la decisión de autoridad es insostenible, claramente contraria al sentido y alcance de la disposición que se pretende interpretar. Y en ese caso estaríamos irrecusablemente ante una ilegalidad.

La interpretación errónea no es la falta de soluciones legales o hermenéuticas ajustadas al caso, sino la interpretación sesgada que tuerce el camino que deben recorrer las autoridades para producir la decisión. Por ello, la sociedad debe exigir que todo acto de autoridad tenga verdaderos cimientos basados en la razón. Por ende, la operación de interpretar los textos normativos en busca de lo que ellos contienen, debe ser una actividad sujeta a control.

5. Oscar Wilde

Un caso célebre de interpretación viciada de tales conceptos se dio a finales del siglo XIX, con el “movimiento por la pureza social”, una coalición de feministas y conservadores que tenía como objetivo la lucha contra los comportamientos sexuales abusivos cometidos por los hombres contra las mujeres en sus distintas modalidades, como el adulterio, la prostitución y la pornografía, logrando una reforma a la legislación cuyo propósito era, según se decía, proteger a las escolares y adolescentes. Pero el parlamentario a quien correspondió sacar adelante la reforma, Henry Labouchere, exageró la nota e introdujo en la ley la expresión “indecencia grave”, un concepto jurídico indeterminado, muy riesgoso por las diversas interpretaciones a que puede conducir. Tan impreciso era el enunciado, que los jueces del caso de Oscar Wilde lo interpretaron de forma extensiva, para incluir los actos sexuales mutuamente aceptados entre adultos del mismo sexo. Y esta interpretación es la que perdió al escritor en aquel lamentable juicio histórico.⁸

Las leyes no siempre se interpretan conforme a la voluntad auténtica del legislador original. Una ley ambigua es una ley peligrosa, porque da pie a la arbitrariedad. Oscar Wilde —n. 16 de octubre de 1854, en Dublín, Irlanda, entonces perteneciente al Reino Unido, m. 30 de noviembre de 1900, en París, Francia—, dramaturgo, escritor y poeta, autor entre otras obras de: *El retrato de Dorian Gray*, *El fantasma de Canterville*, *El príncipe feliz*, *La importancia de llamarse Ernesto*, *El gigante egoísta*, *El ruiseñor y la rosa*, *Salomé* y muchas obras más, es uno de los más grandes talentos de la literatura universal, por su impar agudeza, por sus diálogos ingeniosos en los que siempre hay giros sorprendentes.

En 1895, el escritor se vio envuelto en un caso judicial, que se inició con una nota del marqués de Queensberry, donde insinuaba que Oscar Wilde era homosexual, lo cual se consideraba delito en la Inglaterra victoriana. En mayo de ese año, se inició un juicio en contra de Wilde en donde Charles Parker lo acusaba de haberlo llevado a un cuarto de hotel, tras haber sido contactado por Alfred Wood. A su vez, Wilde demandó al marqués por difamación, pero el acusado se defendió en todo momento bajo el argumento de que lo escrito era verdad y entregando pruebas a la Corte que fueron suficientes para juzgar a Wilde por el delito de cometer actos ilícitos con otras personas, entre quienes se encontraban Charles Parker y Alfred Wood.

Oscar Wilde negó reiteradamente los hechos. Las evidencias en su contra nunca fueron contundentes, y aunque hubo intentos de los sectores más progresistas

⁸ Carlos Pardo, *Oscar Wilde gana el juicio después de muerto*, Madrid, 08 de diciembre de 2008, <<http://www.publico.es/culturas/181335/oscar-wilde-gana-el-juicio-despues-de-muerto>>. Consulta: 14 de febrero de 2013.

de Inglaterra y de diversos círculos intelectuales para tratar de que se redujera su condena, no pudo lograrse nada, ya que la homosexualidad era considerada como un delito de gravedad, por lo que en interpretación de un concepto jurídico indeterminado, se le negó la libertad bajo fianza mientras duró el penoso juicio, habiendo sido condenado a dos años de prisión y a trabajos forzados, que lo convirtieron en el preso C.3.3 de la cárcel de Reading.

Se trató de un juicio por demás polémico, ya que se consideró que todo el asunto radicó, por una parte, en una indebida interpretación de un concepto jurídico indeterminado y, por otra, en un chantaje de Parker y Wood, que afectó gravemente al dramaturgo e incluso a sus hijos, quienes renunciaron a su apellido para no vivir bajo la sombra de la vergüenza.⁹

El artículo 11 de la Ley para la Protección de las Mujeres y Niñas, la Supresión de los Burdeles, y Otros Fines, que sirvió de fundamento para condenarlo, establecía: "Aquel hombre que, en público o privado, cometa o participe en la comisión de [...] cualquier acto de indecencia grave con otro hombre [...] será condenado a una pena máxima de dos años".

Merlin Holland, nieto y biógrafo de Wilde, en *El marqués y el sodomita*—que publicó Global Rhythm—, recupera las actas judiciales de uno de los casos más famosos del siglo XIX. El caso Wilde es un didáctico ejemplo del cuidado que debe tenerse con los conceptos jurídicos indeterminados en la legislación.¹⁰

La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados como descripción frustrada del funcionamiento del derecho.¹¹ La simplificación que conlleva la asunción de la doctrina del silogismo judicial como una actividad infalible y automática, ajena a cualquier consideración del derecho como una realidad a cuya conformación contribuyen en buena medida la personalidad y el sistema de valores del juez, resulta en este sentido la consecuencia inmediata de una representación falseada y reductiva de la complejidad semántica de los enunciados normativos...¹²

Para cumplir y aplicar las normas jurídicas, se requiere necesariamente una interpretación que objetivamente tenga el carácter de *razonable*, tema esencial lo

⁹ Tras haber purgado su tiempo en prisión, el escritor dejó Inglaterra para establecerse en París bajo el nombre de Sebastián Melmoth, en donde vivió con penurias económicas hasta 1900, año en que murió. La ley que llevó a Wilde a la cárcel por homosexualidad fue abrogada hasta 1967.

¹⁰ Véase el blog *Esta no es mi vida*. Domingo 27 de noviembre de 2005. "Los juicios contra Oscar Wilde", en <<http://estanoesmi vida.blogspot.com/2005/11/los-juicios-contra-oscar-wilde.html>>. El Nuevo Diario. El juicio de Oscar Wilde. —Ing. Rolando Hernández Aburto— Managua, viernes 7 de abril de 2000. Disponible en <<http://archivo.elnuevodiario.com.ni/2000/abril/07-abril-2000/opinion/opinion7.html>>. Blog *Contrapunto*. La otra cara de las cosas <<http://luism.espacioblog.com>> 10 enero 2013.

¹¹ Ignacio Ara Pinilla, "Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XXI, enero 2004, Universidad de La Laguna, España, 2004, pp. 5 y ss.

¹² *Idem*.

mismo en la teoría, que en la práctica, especialmente cuando la visión que de ella se tiene, difiere sustancialmente en cada ser humano.

6. El bando de policía y gobierno del municipio de Guanajuato, Gto., México

Otro caso de interpretación viciada de un concepto jurídico indeterminado se dio en un país donde el pensamiento político liberal decimonónico del *laissez faire*, *laissez passer* parece ser atributo del Estado, en un país donde se han perpetrado tantos delitos vinculados al narcotráfico, donde la devastación de la naturaleza, la corrupción y el asalto a mano armada parecen no tener castigo ni freno. Ahí se hizo posible centrar los ojos del mundo en un concepto jurídico indeterminado, en el ámbito municipal de Guanajuato.

Cabe recordar lo que ocurrió con la más absurda interpretación que pueda hacerse del artículo 36, fracción III, del Bando de Policía y Gobierno del municipio de Guanajuato en enero del 2009, que decía textualmente: "Artículo 36. Son infracciones contra la moral del individuo y de la familia: [...] III. Realizar tocamientos obscenos en espacios públicos"; y que fue interpretado dolosamente como: "una prohibición de darse besos en la vía pública". La única finalidad de tal "interpretación" se acomodó a los propósitos de quienes dirigieron un embestida al partido político conservador que en ese periodo tenía mayoría de miembros en el Ayuntamiento. Se trataba de una manifestación de querellas partidarias internas, bajo los viejos vicios de la politiquería pueblerina y ramplona, de esa que aún se vive en muchos municipios, pero que alcanzó dimensiones internacionales como el escándalo mediático de la "prohibición del beso", desatando la más abusiva e injustificada violencia psicológica, social y verbal, sobre un populismo que intentó persuadir al mundo sobre la gravedad y la estulticia de una disposición inexistente. Diversos personajes con diferentes filiaciones partidistas se manifestaron en contra de la "prohibición de los besos", pero en cuanto se esbozaba la respuesta y se demostraba que era ficticio, irreal, dejaba de tener interés el tema porque no había *casus belli*. Hubiera sido conveniente que la verdad se hubiera difundido en la medida que se difundió el engaño, como síntoma inequívoco de que la conciencia ciudadana se está sacudiendo.

Se trató de un disparate de "interpretación", sin que haya existido tal prohibición y sin que se haya tenido al alcance algún medio para difundir y asegurar la razonabilidad en la interpretación.

Los medios de comunicación desempeñan un papel fundamental en la construcción social de un escándalo, en primer lugar porque muchos no leen, ni menos recurren a fuentes directas y fidedignas. Las redes sociales, la televisión, el radio y los periódicos son los principales formadores de la opinión pública, no en términos

de una estructura seria, de un debate, de una discusión informada, de equidad en la información, de evaluación objetiva; todo lo contrario. A los medios les urge encontrar sucesos potencialmente escandalosos porque con ello venden. Los observadores y analistas profesionales saben con certeza que jamás existió la "prohibición de darse besos en la vía pública", pero en general, los medios de comunicación tuvieron un papel decisivo en el estrépito mediático de algo que nunca existió, sobre una disposición que no se había leído. La presión infundada e ilegal obligó a la abrogación del famoso bando el 19 de enero de este mismo año. A nivel local, nacional e internacional se desataron injustificadas, arrogantes y demoledoras críticas y sarcasmos, argumentos abrumadores cuya intención subyacente era meramente político partidista.

Ese episodio convocó a la polémica a los especialistas y a algunas organizaciones que prestaron implícitamente una importancia limitada al asunto. En octubre del propio año, el mismo texto íntegro —con dos intrascendentes modificaciones— fue adoptado por el nuevo Ayuntamiento, formado mayoritariamente por miembros del partido político que lo había vilipendiado. Lo aprobaron y ordenaron su publicación en el periódico oficial en su primer día de labores en el cargo.¹³ La verdad y la ética se sacrificaron; lo jurídico quedó a expensas de lo político. Lo analítico, el aspecto lógico, jamás fue abordado.

Todo lo ocurrido en torno a la interpretación de la expresión "tocamientos obscenos" no fue casual, fue el resultado de una estrategia política. Se trata de una evidencia que merece ser analizada en beneficio del derecho a la verdad, a la razonabilidad y a los nuevos abordajes en torno a los conceptos jurídicos indeterminados. En un sistema jurídico democrático deben cerrarse los caminos que puedan conducir a la arbitrariedad y, consecuentemente, a lesionar los derechos de los ciudadanos, por lo cual el interés de precisar el papel que desempeñan los conceptos indeterminados en el derecho administrativo, es fundado y superlativo.

7. Interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados

Interpretar una norma jurídica es esclarecer su contenido. Semejante esclarecimiento es también concebible respecto al derecho consuetudinario, deduciéndose su verdadero sentido de los actos de uso, de los testimonios y del *usus fori* reconocido y continuo. Pero el objeto principal de la interpretación lo forman las leyes.¹⁴ Hans Joachim Koch y Helmut Rümmer prueban que el modo deductivo de argu-

¹³ Pueden consultarse íntegros los documentos probatorios en el Archivo Municipal dependiente de la Secretaría del Ayuntamiento, de Guanajuato, Gto., México.

¹⁴ Ludwig Enneccerus, *Tratado de derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1953, tomo I, p. 197.

mentación es la base esencial de la racionalidad jurídica y que también, más allá de las simples deducciones analíticas, puede y debe ser usado. Refiere primero que "lo que debe de hacer por ello el aplicador (de la norma) es determinar el significado del concepto legal (no semántico)".¹⁵

La interpretación del lenguaje jurídico puede ser mucho más compleja por el uso de conceptos indeterminados, ya sea por su contexto o por el simple transcurso del tiempo, pudiendo tener sentidos o connotaciones diferentes.

Para cumplir y aplicar las normas jurídicas se requiere necesariamente la interpretación, tema esencial lo mismo en la teoría, que en la práctica. En un gran número de casos se efectúa una interpretación de las disposiciones administrativas, ya sea por los sujetos obligados, por las autoridades o por abogados asesores, sin intervención de los tribunales. Interpretar es explicar o declarar el sentido o la significación de alguna expresión o texto normativo, por lo que interpretar los conceptos jurídicos indeterminados, es encontrar o precisar su contenido. Respecto a la interpretación del derecho, Radbruch afirma que se compone de "una mezcla indisoluble de elementos teóricos y prácticos, cognitivos y creativos, reproductivos y productivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos".¹⁶ O como dice Cowan, se trata de un "centro en torno del cual se combina, en mayor o menor grado, una singular mezcla de ciencia, mitos, supersticiones, folclor y usos tradicionales de antiquísimas tecnologías".

De acuerdo con Recasens,¹⁷ el único método lógico, válido para el tratamiento del derecho, por ende, de los conceptos jurídicos indeterminados, es la aplicación del *logos de lo razonable* o de lo humano, que consiste en interpretar la ley de modo que lleve a la solución más justa y conveniente del problema concreto, lo cual es inequívoco en tanto no estamos frente a procedimientos descriptivos aplicables a los objetos de la naturaleza, como las formas puras de la lógica, que se ocupan de los seres ideales, desde el punto de vista de lo que ellos son. El mundo de la cultura tiene indudablemente su propio *logos* que busca determinar no lo que las cosas son, sino lo que deben ser.

Si los conceptos jurídicos indeterminados son una creación de la norma jurídica, deben ser interpretados en el contexto de la realidad social e histórica de una comunidad determinada, tomando en cuenta los factores teleológicos y los valores de la comunidad, que normalmente se encuentran implícitos en la norma, ajustándose al principio de legalidad, así como a la equidad que propicie la armonía entre

¹⁵ Cit. por Mariano Bacigalupo, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 200.

¹⁶ Cit. por Enrique P. Haba, "Racionalidad y método para el derecho: ¿es eso posible?", p. 169, disponible en <www.biblioteca.org.ar/libros/141779.pdf>.

¹⁷ *Idem*.

los derechos y obligaciones de los gobernados y las potestades de la administración.

En el supuesto de que el deber de resolver de la autoridad administrativa tenga por causa al derecho como tal, o sea, una determinación intrajurídica, o si obedece a la delimitación no positivista, o sea, una delimitación extrajurídica, tal deber, que es legal, no es indefectiblemente tan preciso y categórico, de ahí que el derecho deberá ser interpretado en tanto tiene como punto de referencia la salvaguarda de la dignidad y prioridad las personas, sin las cuales la totalidad del mismo no tendría valor.

En el caso de que surja un conflicto entre los intereses privados y los de la colectividad, deben prevalecer estos últimos, con estricto apego al principio de legalidad. Sin que esto signifique adhesión alguna a la interpretación restrictiva, la que conlleva serias limitantes; entre otras, la imposibilidad de que el intérprete clarifique el significado técnico lexicológico de cada texto. El jurista no debe concretarse sólo al sentido literal de las normas.

8. Conclusiones

- La razonabilidad en la interpretación de la ley es un deber, que no necesariamente se cumple. Si la corrección y armonía en la interpretación jurídica es percibida como signo de pericia jurídica y de integridad, el error es señalado como una transgresión o descarrío en la aplicación correcta de la norma, en la que cuenta mucho la valoración y actitud del intérprete.
- Los conceptos jurídicos indeterminados, contenidos en las normas de textura abierta, comprenden elementos del supuesto fáctico, cuya característica es la imprecisión o ambigüedad.
- Si en la aplicación de los enunciados indeterminados, la finalidad es la búsqueda de la justicia, la autoridad apelará indefectiblemente al criterio teleológico.
- El sistema jurídico no se integra sólo por disposiciones normativas que totalizan el ordenamiento, sino que está constituido también por principios, conceptos y reglas que permiten la solución a los problemas jurídicos.
- Ninguna norma existe aislada, en tanto se inserta en un sistema normativo cuya coherencia integral es presupuesto necesario para que ella tenga sentido.
- La exigencia de sistematicidad del orden jurídico y particularmente, del derecho administrativo, se apoya no sólo en cuestiones técnicas, sino también en valores garantistas, pues la configuración de un sistema racional y coherente propicia soluciones más lógicas, justas y previsibles en la

aplicación del derecho, favoreciendo cierta igualdad en la solución de los casos concretos y, sobre todo, la ampliación de la seguridad jurídica en la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados.

- La tarea decisiva de la autoridad consistirá en descubrir el modo como se pueden encontrar pistas certeras para realizar la interpretación de tales conceptos, en un ámbito creado por el entrelazamiento de los elementos objetivos y la subjetividad, cuya clave de bóveda es el análisis de constitucionalidad como punto de confluencia en el que vibra la tensión de cada elemento del proceso hermenéutico.
- Los conceptos jurídicos indeterminados han madurado la convicción de que su función en el derecho se encuentra profundamente vinculada al tiempo y a elementos metajurídicos; pues más allá de que son simples expresiones, esos principios son activos, vitales, coexistentes a las decisiones de la autoridad, y consecuentemente, inmersos en una temporalidad y en un contexto.
- No es sencillo determinar en términos exactos que una interpretación es incorrecta, sobre todo cuando no hay un quebrantamiento directo y manifiesto de la norma que lleve a evidenciar el error. Hay casos en que la decisión de autoridad es insostenible, claramente contraria al sentido y al alcance de la disposición que se pretende interpretar. Y en ese caso estaríamos irrecusablemente ante una ilegalidad.
- Un caso célebre de interpretación viciada de tales conceptos se dio a finales del siglo XIX, con el "movimiento por la pureza social". El juicio contra Oscar Wilde fue por demás polémico, ya que se consideró que todo el asunto radicó, por una parte, en una indebida interpretación de un concepto jurídico indeterminado y, por otra, en un chantaje de Parker y Wood, que afectó gravemente al dramaturgo e incluso a sus hijos, quienes renunciaron a su apellido para no vivir bajo la sombra de la vergüenza.
- Otro caso de interpretación viciada de un concepto jurídico indeterminado, es lo ocurrido en torno a la tergiversación por vindictas partidistas de la expresión "tocamientos obscenos" a que se refería el artículo 36, fracción III, del Bando de Policía y Gobierno del municipio de Guanajuato, Gto., México (decía textualmente: "Artículo 36. Son infracciones contra la moral del individuo y de la familia: [...] III. Realizar tocamientos obscenos en espacios públicos"), que se distorsionó como si la disposición versara sobre una "prohibición de darse besos en la vía pública", que originó un escándalo mediático a nivel nacional e internacional. No se trató más que de un disparate de "interpretación", en tanto no existió tal prohibición, sin que se haya tenido al alcance algún medio para difundir y asegurar la razonabili-

dad en la interpretación. Se trata de una evidencia que merece ser analizada en beneficio del derecho a la verdad.

El único método lógico, válido para la interpretación del derecho, por ende, de los conceptos jurídicos indeterminados, es la aplicación del *lo-gos de lo razonable* o de lo humano, que consiste en interpretar la ley de modo que lleve a la solución más justa y conveniente del problema concreto, lo cual es inequívoco en tanto no estamos frente a procedimientos descriptivos aplicables a los objetos de la naturaleza, como las formas puras de la lógica, que se ocupan de los seres ideales, desde el punto de vista de lo que ellos son.

LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE FUENTE INTERNACIONAL (ALGUNOS DE SUS PROBLEMAS, RETOS Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN)

Jorge Ulises Carmona Tinoco

1. Introducción

Los derechos de la persona han pasado en su reconocimiento y consagración por diversos momentos más o menos definidos. Sin duda, uno de los momentos más relevantes en esa evolución fue su incorporación en los incipientes documentos solemnes que serían los embriones de las constituciones actuales.

La práctica de la consagración de tales derechos en los documentos constitucionales se consolidó gracias especialmente a la influencia de los ejemplos de Francia y de los Estados Unidos de América durante el siglo XVIII, por lo que se refiere a los ahora denominados derechos civiles y políticos, y el ejemplo de México en la segunda década del siglo XX, con relación a los derechos en favor de grupos sociales, campesinos y trabajadores, entonces jurídicamente desprotegidos.

Las influencias recíprocas e interrelación del fenómeno de consagración escrita de los derechos en Inglaterra, Francia, España y los Estados Unidos de América –incluso en los tres primeros países durante siglos previos a los decisivos XVIII y XIX–, crearon una base común que se dispersó en los lugares de ocupación, conquista o predominio territorial o ideológica de dichas naciones, lo que permitiría en épocas posteriores encontrar un gran número de correspondencias y similitudes entre los textos constitucionales de muchos países.

La existencia de corpus compartido de derechos afianzados en las constituciones locales, federales, o en las de carácter nacional de muchos Estados, facilitó una etapa intensa de internacionalización de estándares de derechos básicos de la persona en el siglo XX, a partir de la segunda posguerra, con la creación de la Or-

ganización de las Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la Organización de Estados Americanos, las que sirvieron de base para la consolidación del concepto de *derechos humanos*.

La etapa iniciada a partir de la segunda mitad del siglo XX ha estado caracterizada por la consagración normativa de un enorme catálogo de derechos humanos en el ámbito internacional, tanto en el universal como en el regional.¹ A esta etapa de adopción de compromisos en materia de derechos humanos, se sumó la preocupación y esfuerzos internacionales por la efectiva aplicación y el disfrute pleno de los derechos básicos, esto es, la creación de procedimientos y mecanismos específicos de supervisión del cumplimiento de las obligaciones de los Estados en la materia.²

Si tomamos en cuenta que las constituciones actuales, entre sí y con relación al ámbito internacional, se han acercado en la nomenclatura y tipo de derechos que contemplan, podemos afirmar que los derechos humanos constituyen un plano en el que convergen en la actualidad el derecho constitucional y el derecho internacional.

En definitiva, desde hace varias décadas la consagración de los derechos básicos de la persona no se agota más en el ámbito estatal y sus propios instrumentos de garantía, sino que se ve fortalecida con los estándares de fuente internacional incorporados al orden interno; así, lo mismo sucede con la garantía de los derechos, que se ve complementada en el plano estatal por los mecanismos que operan en el ámbito supranacional.

El presente trabajo aborda el nuevo escenario en que se da la garantía judicial de los derechos humanos, en especial los de fuente internacional, y algunos problemas que podrían ser un obstáculo a dicha labor. El trabajo culmina con algunas propuestas de solución a tales problemas.

¹ El texto de numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos pueden consultarse en las siguientes obras: Rebecca Wallace, *International Human Rights. Text and Materials*, Londres, Sweet and Maxwell, 1997; Jesús Rodríguez y Rodríguez (comp.), *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos ONU-OEA*, tres tomos, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1998; Máximo G. Pacheco, *Los derechos humanos, documentos básicos*, 2a. ed. actualizada, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1992. Pueden ser consultados también en el sitio web de la ONU <www.un.org>.

² Cfr. Jorge Ulises Camrón Tinoco, "Panorama y propuestas sobre la aplicabilidad de los derechos fundamentales de los grupos en situación vulnerable", en Diego Valadés y Rodrigo Gutiérrez Rivas (coords.), *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2001, p. 202.

2. El papel que corresponde desempeñar a los jueces nacionales en la garantía de los derechos humanos de fuente internacional

Entre los órganos estatales vinculados por los tratados de derechos humanos sobresalen por la trascendencia de su actividad los jueces, ya que, de acuerdo con la naturaleza de su función al resolver litigios, son quienes en mayor medida pueden lograr el respeto y la efectividad de los derechos previstos en los tratados internacionales.

En el desarrollo de su labor, los jueces:

- a) En los casos sometidos a su conocimiento, tienen la autoridad para constreñir con sus decisiones a autoridades y particulares, para que conduzcan sus actividades de acuerdo con las disposiciones previstas en los tratados.
- b) Poseen atribuciones para sancionar o confirmar en definitiva el castigo a quienes trasgredan las normas de derechos humanos.
- c) Con sus labores de interpretación, tienen el potencial para desarrollar los derechos y apoyar la tarea estatal básica de armonización normativa interna, con los estándares normativos de fuente internacional incorporados al orden nacional.

En este sentido, una gran parte de la atención sobre la aplicación de los estándares de derechos humanos, en especial los derivados de tratados internacionales, se ha concentrado precisamente en el papel que los órganos jurisdiccionales desempeñan a este respecto.

Este tema tiene mucha actualidad, y consideramos que, no obstante los estudios que sobre el mismo han realizado prestigiados autores, aún falta profundizar en él, pero sobre todo, que sean los propios jueces quienes participen de un modo activo externando sus opiniones, inconvenientes y propuestas. A este respecto, cabe traer a colación las importantes reuniones y eventos internacionales que han tenido como punto central la aplicación judicial de las normas internacionales de derechos humanos en el ámbito interno.³

³ Algunas de estas reuniones importantes han sido los coloquios judiciales que periódicamente se han realizado entre los países del *Commonwealth*, sobre la aplicación doméstica de las normas internacionales de derechos humanos, de los cuales han surgido a manera de declaraciones notables sugerencias sobre el tema. Cfr. Commonwealth Secretariat, *Developing Human Rights Jurisprudence*, vol. 5, Fifth Judicial Colloquium on the Domestic Application of International Human Rights Norms (Judicial Colloquium at Balliol College, Oxford, 21-23 September 1992). Londres, Commonwealth Secretariat, 1993. Asimismo, cabe mencionar el Seminario celebrado en Barbados en 1993, del cual surgió la siguiente publicación: Instituto Interamericano de Derechos Humanos/University Of The West Indies, *Seminar for Caribbean Judicial Officers on International Human Rights Norms and the Judicial Function (Proce-*

Antonio Cançado Trindade ha dedicado importantes reflexiones al tema y ha señalado con acierto:

Los propios tratados de derechos humanos atribuyen una función capital a la protección por parte de los tribunales internos, como evidenciado por las obligaciones de proveer recursos internos eficaces y de agotarlos. Teniendo a sí mismos confiada la protección primaria de los derechos humanos, los tribunales internos tienen, en contrapartida, que conocer e interpretar las disposiciones pertinentes de los tratados de derechos humanos.⁴

En efecto, la actuación de los jueces adquiere una relevancia notable a la luz de la regla del previo agotamiento de recursos internos y la eficacia de éstos; incluso de esto depende en muchos casos que se surta o no la competencia de los organismos de supervisión internacional de carácter contencioso.⁵

En este orden de ideas, el hecho de que los tribunales nacionales apliquen las normas internacionales de protección de los derechos humanos atenúa la posibilidad de conflictos o contradicciones entre éstas y las normas de rango constitucional o legal, lo cual va perfilando por vía de interpretación, como ya señalamos, la armonización de las diversas disposiciones normativas.

Cabe destacar que los preceptos que contienen los tratados enuncian normas de diverso alcance, categoría y, por lo tanto, efectividad; hay normas cuya aplicación directa no importa mayor problema, toda vez que su redacción es tajante, no requieren ser detalladas legislativamente y, por lo general, no admiten excepciones.⁶ Entre éstas se encuentran la prohibición de la tortura o de la desaparición forzada de persona, la prohibición del restablecimiento de la pena de muerte en los

dings of the 1993 Barbados Seminar), IIDH/University of the West Indies, San José/Bridgetown, 1995. Véase también Tom Barkhuysen et al. (eds.), *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order*, Países Bajos, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, producto del simposium sobre la ejecución de las decisiones de Estrasburgo y Ginebra celebrado en Holanda en noviembre de 1997.

⁴ Antonio A. Cançado Trindade, *Reflexiones sobre la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos*, Guatemala, Procurador de los Derechos Humanos, 1995, p. 16. También a este respecto se ha hecho énfasis en que "en ese rol de los tribunales como garantes de la plena vigencia de los derechos humanos, hoy en día es clave el conjunto de normas sobre el tema que tienen origen internacional, pero que, debido a que han sido incorporadas al orden interno, gozan de aplicabilidad en él". Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Guía sobre Aplicación del Derecho Internacional en la Jurisdicción Interna*. San José, IIDH, 1996, p. 29.

⁵ Al respecto véase Héctor Fix-Zamudio, "Eficacia de los instrumentos protectores de los derechos humanos", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. II, México, UNAM, 2002, pp. 11-50.

⁶ Cfr. IIDH, *Guía sobre Aplicación del Derecho Internacional en la Jurisdicción Interna*, pp. 49-53.

Estados que la han abolido, la aplicación del principio *non bis in idem* o la proscripción de penas trascendentales.

En otras hipótesis, las normas poseen un contenido genérico y abstracto que requieren posteriores actos legislativos internos que las detallen o hagan posible su aplicación a casos concretos, generalmente son mandatos al legislador, pero esto no debe ser obstáculo para que el resto de los órganos administrativos y judiciales las tomen en cuenta como pautas de actuación o interpretación, al realizar las labores que les son propias. Otras normas establecen límites al goce y disfrute de determinados derechos, dejando un amplio margen de apreciación en cada Estado para establecer sus alcances, de acuerdo con las limitaciones permitidas que imponen conceptos como los de orden público, interés general o bienestar común, entre otros.

Hasta aquí hemos brindado un panorama del papel positivo que corresponde desempeñar a los jueces y tribunales nacionales en la aplicación de los estándares de derechos humanos de fuente internacional, pero también es necesario abordar, así sea en forma general, la responsabilidad internacional en que podría incurrir un Estado por actos de sus órganos jurisdiccionales.

Iniciamos este punto señalando que los órganos jurisdiccionales forman parte del Estado, por lo tanto, los actos que de alguna forma vulneren los compromisos contraídos por ese Estado en beneficio de las personas mediante tratados internacionales, comprometen al país.

De esta manera, se ha opinado: "Todo Estado es responsable de los actos de sus tribunales, cuando sean opuestos al derecho internacional, sin que esto altere la autonomía de los mismos en el orden interno, puesto que [...] son órganos estatales. Los tribunales podrán en efecto, ser independientes de otras esferas estatales, pero no del Estado mismo".⁷

Los tribunales nacionales podrían hacer responsable internacionalmente al Estado cuando desconozcan un tratado, como es el caso de preferir en su decisión la aplicación de una norma de jerarquía inferior a la de aquel, o que restrinja o contradiga los alcances del mismo; cuando decidan en contra de lo previsto por el tratado o se nieguen a decidir cuando les es invocada alguna de sus normas; otro caso sería también el que los tribunales, al aplicar un tratado, lo interpretaran erróneamente otorgándole un sentido diverso que redunde en perjuicio de los derechos de la persona.

⁷ Comisión Estatal de Derechos Humanos de Querétaro, "Responsabilidad del Estado a través de los órganos judiciales, ante la inaplicabilidad de tratados sobre derechos humanos", en *Crónica*, núm. 4, México, CEHD, enero-marzo de 1994, p. 97.

En estas hipótesis juegan un importante papel los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, que de manera subsidiaria pueden remediar las situaciones que se presenten. Al respecto, Antonio Cançado opina:

Los tribunales internacionales de derechos humanos existentes –las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos– no “sustituyen” los tribunales internos, y tampoco operan como tribunales de recursos o de casación de decisiones de los tribunales internos. No obstante, los actos internos de los Estados pueden venir a ser objeto de examen por parte de los órganos de supervisión internacionales cuando se trata de verificar su conformidad con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos.⁸

En este sentido, los órganos jurisdiccionales de carácter doméstico y los organismos internacionales llevan a cabo una función complementaria en la protección de los derechos humanos, pero no es de tipo jerárquico o que implique una instancia en el sentido procesal.

Como corolario de lo señalado hasta aquí, podemos afirmar que los jueces tienen primordialmente a su cargo la delicada y trascendente labor primaria de protección de los derechos humanos, pero también pueden comprometer con sus actos y omisiones la responsabilidad internacional del Estado.

3. Algunos problemas para la eficacia judicial doméstica de los estándares de derechos humanos de origen internacional

No obstante que en la actualidad parecería una obviedad referirse a la labor de los jueces en la garantía de los derechos humanos de fuente internacional, consideramos que ha pasado desapercibida una serie de cambios que hacen al día de hoy más compleja dicha tarea y la enfrentan a nuevos desafíos, que se suman a los que podemos calificar de tradicionales.

Los problemas tradicionales están relacionados básicamente con la falta de divulgación y, por ende, de conocimiento de los estándares internacionales de derechos humanos; así como por los problemas derivados de la jerarquía interna asignada a tales instrumentos, y la dinámica de las figuras del derecho procesal constitucional. Los nuevos desafíos derivan del desarrollo operativo de los sistemas de garantía internacional de los derechos humanos, y del acoplamiento y entendimiento de los sistemas de justicia constitucional con los de garantía internacional. En los párrafos siguientes nos referiremos a estos problemas.

⁸ Antonio A. Cançado Trindade, *Reflexiones sobre la interacción...*, p. 26.

Los problemas tradicionales

a) Desconocimiento de los estándares internacionales

Este es quizá el problema de inicio, que se señala de manera recurrente como un obstáculo claro para la eficacia de los derechos de fuente internacional.

El problema se originaba de raíz en las deficiencias en la enseñanza del derecho internacional público en las universidades y, con mayor razón, en la capacitación de los operadores jurídicos, en especial de tipo judicial.

No obstante lo anterior, en la actualidad comienza a proliferar la inclusión en los currículos universitarios de los cursos especializados en derecho internacional de los derechos humanos, así como también en los cursos de capacitación a los operadores jurídicos, incluyendo los jueces, gracias a la labor de las escuelas o institutos judiciales. A este respecto, cabe destacar la importante labor de divulgación de los derechos que han llevado a cabo en general los organismos públicos no jurisdiccionales de protección de tales derechos, a imagen de la figura del “ombudsman”.

Este es un aspecto que seguramente seguirá incidiendo como problema, pero esperamos que se disminuya paulatinamente hasta su mínima expresión. La continuidad en la capacitación en derechos humanos es indispensable, dada la dinámica de los estándares internacionales en constante evolución.

Un aspecto diverso del problema es la existencia de actitudes de rechazo ante la dificultad que implica interpretar y aplicar tales instrumentos, en consonancia con el resto de las normas del ordenamiento. En ocasiones puede suceder que no exista obstáculo jurídico alguno que impida a los tribunales nacionales aplicar, mediante sus sentencias, los tratados internacionales de derechos humanos, y que se trate, en mayor medida, de una cuestión de decisión y voluntad de los propios jueces para realizar esta importante labor.⁹

⁹ A este respecto, Antonio Cançado señala: “Cabe, pues, naturalmente a los tribunales internos interpretar y aplicar las leyes de los países respectivos, ejerciendo los órganos internacionales específicamente la función de supervisión, en los términos y parámetros de los mandatos que les fueron atribuidos por los tratados e instrumentos de derechos humanos respectivos. Pero cabe, además, a los tribunales internos, y otros órganos de los Estados, asegurar la implementación a nivel nacional de las normas internacionales de protección, lo que realza la importancia de su rol en un sistema integrado como el de la protección de los derechos humanos, en el cual las obligaciones convencionales abrigan un interés común superior de todos los Estados Partes, el de la protección del ser humano”. (*Ibid.*, p. 20.)

Asimismo, también se ha señalado: “Por lo tanto, no cabe la más mínima duda de que los tribunales como órganos estatales, pueden adoptar medidas –sentencias en sentido lato– para ser efectivos los derechos y libertades reconocidos en el Tratado Internacional. Si no lo hacen, comprometen la responsabilidad internacional del Estado, ya que su función radica en la administración de justicia”. (Comisión Estatal de Derechos Humanos de Querétaro, “Responsabilidad del Estado a través de los órganos judiciales, ante la inaplicabilidad de tratados sobre derechos humanos”, en *op. cit.*, p. 101.)

En nuestra experiencia, en ocasiones los jueces señalan sentirse abrumados ante la cantidad de instrumentos internacionales a considerar, pero esto es aparente pues hay la incidencia regular de un número determinado de estándares, que en cada rama del enjuiciamiento tiene lugar. Es precisamente por la determinación de ese grupo de estándares que habría que empezar.

Otra de las aseveraciones recurrentes es desplazar la responsabilidad a los usuarios de los sistemas de justicia, de manera que los jueces se muestran abiertos a la aplicación de los estándares, pero sólo si las partes que intervienen en los litigios los invocan. Si bien, por supuesto, a todos los que participan en los litigios interesa que las normas aplicables sean consideradas, no debe escapar a nuestra atención que las disposiciones de los instrumentos internacionales son normas de orden público y que el principio *iura novit curiae* deja en el juez la responsabilidad primaria de estar al tanto y al día en los estándares vigentes que le corresponde aplicar.

b) Certeza en la jerarquía de los tratados internacionales a nivel doméstico

Este problema se produce en los casos en que no hay claridad en la jerarquía que adquieren los estándares internacionales al ser incorporados al ordenamiento nacional.

Tomás Requena López, en un reciente y profundo estudio acerca del principio de jerarquía normativa, señala que ésta es "un modo necesario de organizar las diferentes normas de los sistemas y ordenamientos jurídicos de las sociedades modernas, consistente en hacer depender la validez de unas normas de otras. Una norma es jerárquicamente superior a otra cuando la validez de ésta depende de aquélla. Sólo así, o en cualquier forma que explice esencialmente esa idea, puede definirse la jerarquía".¹⁰

La cuestión sobre la jerarquía de los tratados en el derecho interno y, sobre todo, su situación respecto a las normas constitucionales ha despertado en la actualidad un gran interés o lo ha mantenido latente. Sin embargo, no existe aún un consenso sobre la jerarquía doméstica de los tratados internacionales, por ello, toca a cada Estado, preferentemente en su Constitución, determinar la posición que los tratados ocupan en su respectivo orden jurídico interno.¹¹ Lo anterior sin

¹⁰ Tomás Requena López, *El principio de jerarquía normativa*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, p. 133.

¹¹ Héctor Fix-Zamudio, "El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, pp. 445-481.

ser óbice para la aplicación en un caso concreto de las reglas previstas en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.¹²

La incorporación de un tratado al orden jurídico interno le otorga a sus disposiciones una determinada jerarquía normativa que, de acuerdo con las diversas constituciones, puede situarlas al menos en cuatro diversas posiciones,¹³ respecto a la propia Constitución y las leyes ordinarias:

- 1) La posición más alta que podría ocupar un tratado internacional dentro del orden interno de un Estado, estaría por encima de la propia Constitución, éste correspondería a un nivel supraconstitucional. Esta posición es la que en realidad ocupan desde el punto de vista del derecho internacional.
- 2) Otra posición sería aquella en la que los tratados internacionales estuvieran al mismo nivel que las normas constitucionales, esto es, poseerían rango constitucional.
- 3) En orden decreciente, los tratados podrían situarse en un nivel inferior al de la Constitución, pero superior respecto a las leyes ordinarias; en este caso serían de rango suprallegal.
- 4) Por último, si la Constitución otorga a los tratados un nivel similar al de las leyes ordinarias, se está en presencia de un rango legal.

Cabe señalar que si bien estas categorías pueden aplicarse a todo tipo de tratados que puede incorporar un Estado, existe una tendencia a diferenciar específicamente los tratados de derechos humanos y otorgarles un nivel generalmente superior dentro del ordenamiento, como se señaló párrafos arriba.

En la tendencia benéfica a otorgar una jerarquía superior a los instrumentos internacionales de derechos humanos, en opinión de Héctor Fix-Zamudio, son repre-

¹² El artículo 27 de la Convención de Viena señala: "El derecho interno y la observancia de los tratados.

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46".

Por su parte, el artículo 46 de la misma Convención establece: "Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados.

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de un derecho interno.

2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe".

¹³ Cfr. IIDH, *Guía sobre Aplicación del Derecho Internacional en la Jurisdicción Interna*, pp. 33-43; cfr. Héctor Gros Espiell, "Los tratados sobre derechos humanos y el derecho interno", en *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*, tomo II, México, UNAM, 1988, pp. 1025 y ss.

sentativas las vigentes constituciones española (artículo 10) y portuguesa (artículo 16).¹⁴ La primera ordena la interpretación de las normas constitucionales en concordancia con las disposiciones de la Declaración Universal de 1948 y los principales tratados internacionales de derechos humanos; en tanto que la Constitución portuguesa sólo hace referencia a la interpretación en concordancia con la Declaración citada.

De especial importancia resulta la Constitución argentina vigente, que en su artículo 75, punto 22, señala dentro de las facultades del Congreso la de aprobar o desechar tratados, mismos que tienen jerarquía superior a las leyes; pero en cuanto a los instrumentos internacionales de derechos humanos,¹⁵ se afirma:

Tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

En México, luego de una larga etapa en que los tratados internacionales fueron considerados en un rango inferior al de las normas constitucionales, pero en igual jerarquía a las leyes federales, se ha venido abriendo paso, primero, la tesis de la jerarquía infraconstitucional y supralegal de tales tratados, y más recientemente, la del rango constitucional de tales derechos.

Dicha evolución comenzó gracias al criterio judicial que señaló que los tratados en el orden jurídico mexicano están situados jerárquicamente sobre la legislación federal, plasmado en la Tesis 192,867 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo el rubro "TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR

¹⁴ H. Fix-Zamudio, "El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *op. cit.*, p. 448.

¹⁵ Se mencionan expresamente: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL",¹⁶ cuyo texto es el siguiente:

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 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; 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 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están 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.

Esto significa, por una parte, que en caso de contradicción con la legislación federal, prevalece lo dispuesto por los tratados en aplicación del criterio jerárquico en la solución de conflictos normativos y, por la otra, que ante la existencia de vacíos

¹⁶ Para un análisis jurídico de dicha ejecutoria véase Jorge Carpizo, *Nuevos estudios constitucionales*, México, Porrúa/UNAM, 2000, pp. 493-498. Véase también Imer B. Flores, "Sobre la jerarquía normativa de leyes y tratados. A propósito de la (eventual) revisión de una tesis", *Cuestiones Constitucionales*, núm. 13, México, UNAM, julio-diciembre, 2005. Dicho autor además profundiza en una ulterior jerarquía, que derivaría de distinguir diversos tipos de tratados y de leyes federales, véase pp. 14 y 15.

normativos en la legislación federal, las normas contenidas en los tratados sirven como pautas o principios útiles para interpretación e integración del ordenamiento, por su carácter jerárquicamente superior.¹⁷

La tesis mencionada, no obstante que por el momento es un criterio no apto *per se* para ser vinculante, por el hecho de provenir del Pleno de la Suprema Corte, posee un importante carácter orientador en los casos que se tramiten ante el resto de los órganos jurisdiccionales nacionales.

De esta forma, la jerarquía normativa básica en el orden jurídico mexicano fue sensiblemente alterada en forma positiva a partir de la tesis de 1999, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En 2007, algunos criterios judiciales vendrían a abonar la tendencia iniciada por la tesis de 1999. Uno de ellos es el criterio bajo el rubro "Supremacía Constitucional y Ley Suprema de la Unión. Interpretación del artículo 133 constitucional",¹⁸ cuyo texto es el siguiente:

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 al 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.

Un segundo criterio derivado del mismo asunto aclara la posición que guardan los tratados internacionales respecto a las leyes generales, bajo el rubro "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".¹⁹ El texto del criterio es del tenor siguiente:

¹⁷ Para un panorama sobre la jerarquía y aplicación de los tratados de derechos humanos en el continente americano, véase IDH, *Guía sobre Aplicación del Derecho Internacional en la Jurisdicción Interna*.

¹⁸ Novena Época; Instancia: Pleno; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; XXV, abril de 2007; Página: 6; Tesis: P. VIII/2007; Tesis Aislada; Materia(s): Constitucional. Amparo en revisión 120/2002. Mc. Cain México, S.A. de C.V. 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos.

¹⁹ Novena Época; Instancia: Pleno; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* XXV, abril de 2007; Página: 6; Tesis: P. IX/2007; Tesis Aislada; Materia: 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 abajo 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 los Estados y Organizaciones *Internacionales* o entre Organizaciones *Internacionales* y, además, atendiendo al principio fundamental de 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 incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.

De los criterios citados se confirma que actualmente en México los tratados internacionales están situados dentro de la categoría infraconstitucional y a la vez suprallegal, esto es, son superiores a las leyes federales y al derecho local; por lo tanto, en caso de un conflicto entre tratado y Constitución, prevalece esta última; entre tratado y leyes federales, el primero tiene preeminencia; entre tratado y derecho local, prevalece lo dispuesto por el instrumento internacional, y entre la legislación federal y la local, habrá que estar al respectivo ámbito de competencia entre ambos.

El panorama que presentamos da pie al desarrollo de diversos temas aún no explorados de manera suficiente, como: el posible rango constitucional implícito de las normas previstas en los tratados de derechos humanos en particular; las posibilidades del control difuso de los actos y normas estatales, no respecto de la Constitución federal, sino frente a los estándares de fuente internacional; o la posible conformación y operatividad del "bloque de constitucionalidad" en México.

Frente al tema vinculado al problema de la certeza en la jerarquía, se está abriendo paso cada vez con mayor fuerza la invocación y aplicación del principio *pro homine* o pro persona derivado de la exigencia de no interpretar de manera restrictiva los derechos y, en consecuencia, dar paso a la norma más favorable a la persona. Este principio deja en un lugar secundario el tema de la jerarquía normativa,²⁰ pero hay que decir que tiene aplicación en particular en casos donde

²⁰ Véase a este respecto, Mónica Pinto, "El principio *pro homine*: criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en *La aplicación de los tratados sobre derechos hu-*

los derechos de la persona no se enfrentan a los de otra u otras, pues en este último caso se debe proceder a la denominada ponderación.

Antes de culminar este punto, consideramos conveniente llamar la atención sobre un criterio reciente, emitido en 2010 por un Tribunal Colegiado de Circuito, en el que se ubican los derechos humanos derivados de los tratados a nivel de la Constitución. El criterio es el siguiente:

TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN. Los tratados o convenciones suscritos por el Estado mexicano relativos a derechos humanos, deben ubicarse a nivel de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque dichos instrumentos internacionales se conciben como una extensión de lo previsto en esa Ley Fundamental respecto a los derechos humanos, en tanto que constituyen la razón y el objeto de las instituciones. Por lo que los principios que conforman el derecho subjetivo público, deben adecuarse a las diversas finalidades de los medios de defensa que prevé la propia Constitución y de acuerdo con su artículo 133 las autoridades mexicanas deben respetarlos, por lo que bajo ninguna circunstancia pueden ser ignorados por ellos al actuar de acuerdo a su ámbito competencial.²¹

c) Falta de unificación en la nomenclatura derechos humanos/derechos fundamentales, entre otras

Un problema adicional, que dificulta la garantía judicial de los derechos de fuente internacional, está relacionado con la nomenclatura de los derechos.

Nos referimos en particular a que las constituciones que hacen una distinción terminológica tajante expresa o aparente, que crea la idea de una desvinculación conceptual y operativa entre los derechos expresados en el texto constitucional y los derechos humanos de fuente internacional, propician una falsa dicotomía que impacta la eficacia de estos últimos. Esto es, se cree que una cosa son los derechos humanos y otra muy distinta –y a veces distante– los previstos en las constituciones, cuando en realidad se trata de una sola categoría: los derechos humanos, sólo que unos están expresados en la Constitución y otros en los instrumentos

manos por los tribunales locales, Argentina, Editores del Puerto, 1997, pp. 163-172.

²¹ Registro No. 164509; Localización: Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; XXXI, mayo de 2010; Página: 2079; Tesis: XI.1o.A.T.45 K; Tesis Aislada; Materia(s): Común. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO.

internacionales, lo que no debería ser en principio obstáculo a su eficacia, en especial cuando da pie a la intervención de los jueces vía las figuras de las que se ocupa el derecho procesal constitucional.

La denominación derechos humanos es universalmente utilizada para hacer referencia a los derechos básicos de la persona humana, tanto en lo individual como desde el punto de vista colectivo, reconocidos al nivel interno e internacional. Dicha denominación ha sido difundida a partir de la segunda posguerra y en especial desde la adopción de la Carta de las Naciones Unidas en 1945 y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Desde el punto de vista del derecho internacional, los derechos humanos pueden surgir a la vida jurídica mediante su reconocimiento vía las fuentes del derecho internacional, tanto las reconocidas por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (art. 38),²² como las que conforman el llamado *soft law* o derecho derivado del funcionamiento de los órganos internacionales de promoción, supervisión y de garantía.²³

Los derechos humanos pueden tener expresión en las constituciones de los Estados, dando lugar a la categoría de los llamados derechos fundamentales²⁴ o denominaciones sinónimas, que poseen el valor, la autoridad y la jerarquía de las normas constitucionales, y cuya observancia es garantizada mediante las figuras de derecho procesal constitucional aplicables, según el Estado de que se trate.²⁵ Des-

²² Dicho precepto señala: "Art. 38. 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.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren".

²³ Sobre este interesante tema, véase Mauricio Iván del Toro Huerta, "El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. vi, México, UNAM, 2006, pp. 513-549.

²⁴ Véase a este respecto Humberto Nogueira Alcalá, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM, p. 58; Manuel Aragón, "Constitución y derechos fundamentales", en *Congreso Internacional sobre el 75 Aniversario de la Promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, UNAM, 1993, p. 9.

²⁵ Entre el término "derechos humanos" y "derechos fundamentales" existe una indudable afinidad, pero quienes se inclinan por la corriente española, al parecer inspirada en la alemana, optan por apoyar esta última como la más adecuada denominación para referirse a los derechos básicos de la persona. Por otra parte, en el uso común también se utilizan de manera indistinta ambos términos, incluso otros, no obstante, en países como México, en los que se ha hecho una distinción doctrinal tajante entre "ga-

de este punto de vista, los derechos humanos comprenden los derechos fundamentales, pero no se agotan necesariamente en ellos.

La categoría de los derechos fundamentales, en México, corresponde a las llamadas garantías individuales, aunque también a varias de las llamadas garantías sociales.²⁶ El hecho de llamar "garantías" a los que son "derechos", ha sido históricamente superado en opinión de la doctrina.²⁷

Sin embargo, sigue sucediendo así en nuestro país y trae consigo diversos problemas: a) ha llevado a confundir los derechos sustantivos reconocidos con las garantías constitucionales o instrumentos de protección de tales derechos; b) tiene como base el otorgamiento estatal de los derechos en lugar de su reconocimiento; c) ha tenido efectos limitantes respecto a la garantía jurisdiccional de los derechos humanos no previstos expresamente en la Constitución federal; d) ha generado en las autoridades la idea de un catálogo exhaustivo, limitado y cerrado de derechos, que diluye las responsabilidades estatales en el respeto, protección, garantía y satisfacción de un sinnúmero de derechos humanos aplicables en el ámbito interno; e) ha generado una innecesaria división tajante entre los derechos individuales y colectivos, desconociendo su interrelación y su interdependencia en tanto derechos humanos; f) por mucho tiempo dejó fuera del alcance de los instrumentos de garantía constitucional a los derechos políticos, a tal grado que fue necesario el establecimiento de órganos jurisdiccionales con competencia especializada en dicha materia;²⁸ g) ha suscitado posturas radicales en la doctrina, adversas al reconocimiento mismo del concepto de derechos humanos, así como al valor jurídico y jerarquía normativa de éstos en el ámbito interno.

Por otra parte, queda claro que las llamadas garantías individuales y las garantías sociales forman parte de los derechos humanos, pero no necesariamente reflejan la totalidad de los reconocidos hasta ahora. Con la incorporación en el terreno constitucional en México de la figura del ombudsman en 1992, se reconoció implícitamente en la propia Carta Magna que los derechos integrantes del catálogo

rantías individuales" y "derechos humanos", al grado de que parecen denotar cosas muy distintas y hasta irreconciliables, es de suma utilidad impulsar la denominación de "derechos humanos", ya que si sólo se intercambia "garantías individuales" por "derechos fundamentales", el problema de su distinción con los "derechos humanos" subsistiría. Sobre los diversos términos utilizados para denotar los derechos de la persona, véase Gregorio Peces Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 1999, pp. 21-38.

²⁶ Por ser susceptibles de ser protegidas y reclamables por medio del juicio de amparo, como por ejemplo, muchos de los derechos laborales previstos en el artículo 123 constitucional.

²⁷ Véase a este respecto H. Fix-Zamudio, "Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano", *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, núm. 12, 2a. ed., México, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica/UNAM/Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 1998, pp. 55-64.

²⁸ *Ibid.*, pp. 112-125.

de las llamadas garantías individuales y garantías sociales, son en realidad derechos humanos, pero no los únicos que tienen aplicación a nivel interno. En efecto, en la parte conducente del artículo 102, apartado B, se señala expresamente que el objeto de protección por parte de la Comisión Nacional y de los organismos similares en las entidades federativas son los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, esto es, no sólo las garantías individuales y sociales, sino los derechos humanos que tienen vigencia en el ámbito interno, sin señalar una fuente única y exclusiva de tales derechos.

Cabría también señalar el texto vigente del artículo 2o. constitucional, apartado A, fracción III, que dispone el reconocimiento para que los pueblos y las comunidades indígenas apliquen en ciertos casos sus propios sistemas normativos, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres.

La cuestión terminológica parece estar siendo superada gracias a que en muchas de las constituciones locales en México se ha optado por denominar los apartados "derechos humanos"; asimismo, en una reciente reforma en curso a la Constitución federal, sometida a la aprobación de las legislaturas estatales a la fecha de elaboración del presente trabajo, la denominación del Título Primero, Capítulo I, de la Constitución federal, que "de las garantías individuales" pasa a ser "los Derechos Humanos y sus Garantías".

Al respecto, cabría señalar que las modalidades de exigibilidad y justiciabilidad entre los derechos individuales y colectivos, o respecto a los de carácter difuso, no interfiere —ni debe hacerlo— en su carácter de derechos humanos, de ahí la necesidad de tender hacia la unificación de la nomenclatura hacia el término "derechos humanos", que rompería las falsas dicotomías que favorecen la falta de eficacia de los derechos humanos de fuente internacional.

En los casos en que la nomenclatura impacta los mecanismos de eficacia, esto es, que sólo los derechos contemplados de manera expresa en la Constitución son susceptibles de garantía vía los instrumentos de jurisdicción constitucional, queda como un aspecto indispensable a responder si estos instrumentos pueden ser utilizados para exigir la aplicación de los derechos humanos no previstos en el texto constitucional, sino en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado.

Si los instrumentos de garantía nacional no pueden ser utilizados en ese sentido, sobre todo en los casos en que el Estado tiene el deber de establecer instrumentos para la eficacia de los derechos en asuntos concretos, se podría incurrir en violaciones sustantivas y, a su vez, significaría incumplir con la obligación de contar con recursos judiciales para hacer posible el acceso a la justicia.²⁹

²⁹ Tal como se evidenció respecto a México en el caso *Jorge Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Véase al respecto nuestro comen-

d) Los casos de monopolio exacerbado del control de constitucionalidad

De acuerdo con el pensamiento de Fix-Zamudio,³⁰ todos los jueces, en mayor o menor medida e independientemente de su denominación, categoría y autoridad, son en cierto sentido jueces constitucionales. Así, el problema que apuntamos deriva en principio de la negación en ocasiones *de facto* al rol de juez constitucional mencionado, que toca desempeñar en cierto sentido a todo órgano jurisdiccionales y que lleva a una falta de eficacia para los derechos humanos de fuente internacional.

Si los jueces ordinarios entienden agotada su misión o la misma se ve reducida a la aplicación de ley, sin tomar en cuenta los derechos humanos que tienen incidencia, tanto los expresados en la Constitución o en instrumentos internacionales, la eficacia de éstos se ve negada de inicio, aunque dicha situación pueda ser "corregida" en etapas procesales subsecuentes o de índole constitucional. Esta idea de que los jueces de cualquier tipo de jerarquía cumplan con los derechos humanos, no riñe con las atribuciones de los tribunales o salas constitucionales en los sistemas orientados al control concentrado, en especial cuando existen mecanismos como la cuestión de inconstitucionalidad.³¹

En los países cuyo sistema admite al control difuso, este problema tendría una incidencia menor si los jueces se toman en serio sus atribuciones. Sin embargo, aun en este último caso, las atribuciones de control constitucional deben ampliarse a las de un control de convencionalidad, que abarque la contrastación de los actos, omisiones y las leyes frente a las disposiciones de fuente internacional incorporadas al ordenamiento.³²

En ambos sistemas y sus versiones mixtas, si los jueces de cualquier nivel y materia competencia no adoptan la tarea del control de convencionalidad, ni siquiera aquellos tribunales o salas terminales de constitucionalidad, de nueva cuenta la garantía de los derechos de fuente internacional se ve comprometida, en especial cuando no poseen un derecho reflejo en el texto constitucional que sea susceptible de aplicación.

tarío al asunto en el *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IX, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 775-790.

³⁰ H. Fix-Zamudio, "El juez ante la norma constitucional", en *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, p. 36; *cfr.* Pablo Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 190-192.

³¹ Sobre la cuestión de inconstitucionalidad, puede consultarse el importante estudio de Edgar Corzo Sosa, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998.

³² Véase a este respecto, Ernesto Rey Cantor, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa/MDPC, 2009.

En México, la última parte del artículo 133 constitucional señala: "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". Esta disposición derivó directamente del artículo 126 de la Constitución de 1857, a su vez inspirado en el artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787.

Se trata de una disposición cuya redacción en principio pareciera no despertar dudas sobre sus alcances, pues se trata de un mandato directo a los jueces locales para estar a la Constitución, tratados y leyes, como Ley Suprema de la Unión, al momento de decidir los asuntos que les sean sometidos, y así encuentren normas en la Constitución local o en las leyes de la entidad de que se trate, que pudieran pugnar con lo dispuesto por los ordenamientos señalados en primer término. Lo cierto es que durante la vigencia de la Constitución de 1857 y de la de 1917, el precepto ha suscitado posiciones encontradas en la doctrina y también ha sido objeto de criterios judiciales por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que no han dejado de ser sometidos a discusión.

Hay una corriente de opinión que encuentra en la disposición señalada el fundamento del control difuso de la constitucionalidad, en virtud del cual cualquier juez local en algún asunto sometido a su conocimiento tiene facultades para desaplicar una disposición contraria al texto de la Carta Magna y decidir de conformidad con la Ley Suprema de la Unión, incluyendo a los tratados de derechos humanos, pero primordialmente con la Constitución federal.

La posición contraria es la que niega a tales jueces dichas atribuciones y que sólo los tribunales del Poder Judicial de la Federación poseen atribuciones de control constitucional de las leyes. Dicha postura es seguida en especial por la Suprema Corte de Justicia de la Nación por medio de su jurisprudencia, lo que significa desconocer de raíz el denominado control judicial difuso.

Tratándose de conflictos entre leyes y Constitución, esta facultad de los jueces locales ha estado sujeta a una discusión que tiene sus orígenes desde la vigencia de la Constitución de 1857. Jorge Carpizo, en su interesante y profundo estudio sobre la interpretación del artículo 133 constitucional, señala:

Castillo Velasco, Coronado y Vallarta declararon que los jueces locales sí podían examinar la constitucionalidad de las leyes, o sea, que podía dejar de aplicar una ley por considerarla anticonstitucional. Rabasa también siguió esta idea sólo que con una restricción: que los jueces locales sólo podían realizar tal examen si las leyes locales se encontraban en oposición evidente con la Constitución. En cambio,

Ruiz afirmó que únicamente la Suprema Corte puede resolver el problema de constitucionalidad.³³

Estas cuestiones, por supuesto, también eran objeto de preocupación en el seno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el siglo xix, como lo demuestra el extenso discurso que el magistrado Bautista pronunció sobre supremacía de la Constitución federal,³⁴ con motivo del amparo solicitado por el licenciado Justo Prieto, quien siendo juez había sido destituido y procesado por haber elaborado un dictamen en calidad de asesor, por el cual prefirió la Constitución en contra de una ley inconstitucional en el estado de Chihuahua, que consideraba como responsables del delito de hurto, fraude o estafa a los trabajadores que desconocieran un contrato laboral y se separaran del trabajo.

En su discurso, el magistrado Bautista, integrante de la Suprema Corte, opinaba que la segunda parte del artículo 126 de la Constitución de 1857 debía considerarse como un deber general impuesto a todos los jueces, sea cual fuere su jerarquía y su jurisdicción, lo cual implicaba que hicieran las apreciaciones que a su juicio se sometían, pero esto no debía confundirse con la facultad de pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una ley para impedir su cumplimiento, misma que estaba reservada a los jueces federales en los términos del artículo 102 de la mencionada Constitución.³⁵ Para dicho magistrado, la apreciaciones que llevarán a cabo los jueces comunes al dar preferencia a la Constitución, es distinta de la interpretación constitucional que realizan los tribunales federales y, además, las sentencias y apreciaciones de los primeros están sujetas a la revisión de estos últimos.

En el siglo pasado, diversos autores han manifestado su opinión al respecto, entre los más destacados se encuentran Tena Ramírez, quien advierte las consecuencias negativas de dejar en el juez local poderes para analizar y declarar la constitucionalidad de las leyes, y califica al artículo 133 como oscuro, incongruente y dislocador de nuestro sistema jurídico;³⁶ Martínez Báez opina que los jueces locales sí tienen dicha facultad, opinión a la que se suma el propio Jorge Carpizo.³⁷

Para Fix-Zamudio, en el fondo de la controversia se encuentra aparentemente una contradicción entre el texto del artículo 133 constitucional, con el artículo 103 de la propia Ley Fundamental, toda vez que este último reserva a los tribunales de la federación el conocimiento de las controversias sobre la regularidad constitucio-

³³ Cfr. Jorge Carpizo, "La interpretación del artículo 133 constitucional", en *Estudios Constitucionales*, 5a. ed., México, UNAM/Porrúa, 1996, p. 14.

³⁴ *Semanario Judicial de la Federación*, Segunda Época, 1881, tomo III, pp. 345-394.

³⁵ *Ibid.*, p. 349.

³⁶ Felipe Tena Ramírez, *Derecho Constitucional Mexicano*, 29a. ed., México, Porrúa, 1995, pp. 546-548.

³⁷ Cfr. Jorge Carpizo, "La interpretación del artículo 133 constitucional", en *op. cit.*, p. 31.

nal de las leyes y de los actos de autoridad, por lo que permitir que cualquier tipo de juez tenga esa atribución, desde ese ángulo, sería contrario al sentido de este último precepto.³⁸

Para el mencionado autor, es posible coordinar el principio generalmente aceptado de que está reservado al juez federal la calificación de la constitucionalidad de las leyes, por la exclusiva vía del amparo, con los diversos principios establecidos por los artículos 133 y 128 de la Ley Suprema (este último se refiere al juramento de guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes, que todo servidor público debe realizar antes de tomar posesión de su encargo). La manera de llevar esto a cabo es mediante el planteamiento de inconstitucionalidad de la ley por vía de recurso, esto es, no como un ataque directo y frontal a la misma y a los órganos que participaron en su formación, sino con motivo de la impugnación de una sentencia definitiva o que ponga fin a un juicio, por medio del amparo de una sola instancia (de que conocen los Tribunales Colegiados de Circuito), y vía precisamente del recurso de revisión de conocimiento de la Suprema Corte, que prevé la Constitución (artículo 107, fracción IX), y la Ley de Amparo (artículos 83, fracción V, y 84, fracción II).³⁹

Las posiciones, en concreto, pueden enunciarse como siguen, en México: 1) hay aquellos para quienes los jueces locales y en general los de cualquier jerarquía pueden decidir conforme a la Constitución federal, dándole preferencia, y haciendo a un lado las disposiciones de la Constitución y leyes locales y, en todo caso, sus planteamientos sobre el particular podrán ser revisados a nivel federal; 2) la postura opuesta admite implícitamente que los jueces no deben desaplicar las normas de la Constitución o de las leyes locales, esto es, deben decidir conforme a ellas, y si subsistiera el planteamiento de inconstitucionalidad éste puede hacerse valer mediante el amparo.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido diversos criterios en torno a la segunda parte del artículo 133, pero casi todos en el sentido de conservar lo que Martínez Báez llamó en su momento el "indebido monopolio" de conocer y resolver las cuestiones de inconstitucionalidad.⁴⁰ Ponemos sólo a manera de ejemplo el siguiente:

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 di-

³⁸ H. Fix-Zamudio, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964, p. 176.

³⁹ *Ibid.*, pp. 175-180; véase también del mismo autor *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, UNAM/Porrúa, 2003, pp. 25-27.

⁴⁰ Antonio Martínez Báez, "El indebido monopolio del Poder Judicial de la Federación para conocer de la inconstitucionalidad de las leyes", *Obras*, tomo I, *Obras político-constitucionales*, México, UNAM, 1994.

cha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados⁴¹. En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin 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 para ese efecto.⁴¹

Esta jurisprudencia de la novena época, por ende vinculante, refleja en todos sus términos el criterio predominante de la Suprema Corte, en el sentido de negar facultad alguna de control constitucional a los jueces locales (que en la tesis se amplía a las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales), y si bien señala que el artículo 133 debe interpretarse a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna, lamentablemente no explicita en forma alguna el régimen a que se hace alusión, por lo que la jurisprudencia resulta por lo menos oscura.

Consideramos que más allá de la evaluación del impacto que el criterio de la Suprema Corte ha tenido en la impartición de justicia, cabría preguntarse algo que todavía persiste, si del artículo 133 no se desprenden facultades de control constitucional o en este caso control difuso de constitucionalidad, cómo debe entenderse entonces dicha disposición, pues si el camino que se ha seguido es interpretar el artículo 133 a la luz del artículo 103 de la Constitución, cabría al contrario también interpretar el artículo 103 a la luz del 133 y así posibilitar la participación del resto de los órganos jurisdiccionales en la efectividad de la Carta Magna y la vigilancia de la regularidad de las normas infraconstitucionales, al menos en el sentido que las primeras tesis dieron al precepto, que sólo se diera esto ante trasgresiones directas y manifiestas.

No obstante, ante el *statu quo* frente a jurisprudencias vigentes y vinculantes, sólo quedaría la interrupción o la modificación de los criterios como vía para cambiar el rumbo del criterio que se comenta o, de plano, modificar la Constitución y

⁴¹ Novena Época; Instancia: Pleno; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: X, agosto de 1999; Tesis: P./J. 74/99; Página: 5. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el trece de julio del año en curso, aprobó, con el número 74/1999, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de julio de mil novecientos noventa y nueve.

cercenar la segunda parte del artículo 133 por superflua e inoperante según se deriva de los criterios mayoritarios de la Suprema Corte.

De esta manera, los trabajos en torno al artículo 133 constitucional se han concentrado sobre todo en el significado de la supremacía constitucional y la existencia y alcances del control difuso de constitucionalidad, y sobre los tratados con relación a su jerarquía, pero poco se ha dicho sobre el papel de los tratados de acuerdo con la segunda parte del artículo señalado.

El tema no es ya el del control de constitucionalidad, sino el de la vigencia y obligatoriedad de la observancia de los tratados no en situaciones cotidianas, frente a posibles conflictos con el resto de las normas infraconstitucionales, esto es, al que hacemos referencia con la expresión de control de convencionalidad, que en México estaría negado si se estima como incluido exclusivamente en las atribuciones de control de constitucionalidad en sentido amplio del Poder Judicial de la Federación, pero que puede ser llevado a cabo por todos los jueces si se distingue o separa adecuadamente de éste.

Aunado a este problema está el diseño mismo de los mecanismos de justicia constitucional, que respecto a normas de fuente internacional sólo estaban diseñados para someter éstas, en su momento, a control de constitucionalidad, mas no a servir como vehículo de su eficacia.

Afortunadamente, esta tendencia parece empezar a ser controvertida, como lo demuestran las siguientes tesis jurisprudenciales, que afirman la obligatoriedad del control de convencionalidad para los operadores jurídicos. El texto de las tesis es el siguiente:

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO. Tratándose de los derechos humanos, los tribunales del Estado mexicano no deben limitarse a aplicar sólo 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 éste 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.⁴²

⁴² Registro No. 164611; Localización: Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXXI, mayo de 2010; Página: 1932; Tesis: XI.1o.A.T.47 K; Tesis Aislada; Materia(s): Común; PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. DEBE SER EJERCIDO POR LOS JUECES DEL ESTADO MEXICANO EN LOS ASUNTOS SOMETIDOS A SU CONSIDERACIÓN, A FIN DE VERIFICAR QUE LA LEGISLACIÓN INTERNA NO CONTRAVENGA EL OBJETO Y FINALIDAD DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido criterios en el sentido de que, cuando un Estado, como en este caso México, ha ratificado un tratado internacional, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus Jueces, como parte del aparato estatal, deben velar por que las disposiciones ahí contenidas no se vean mermadas o limitadas por disposiciones internas que contraríen su objeto y fin, por lo que se debe ejercer un "control de convencionalidad" entre las normas de derecho interno y la propia convención, tomando en cuenta para ello no sólo el tratado, sino también la interpretación que de él se ha realizado. Lo anterior adquiere relevancia para aquellos órganos que tienen a su cargo funciones jurisdiccionales, pues deben tratar de suprimir, en todo momento, prácticas que tiendan a denegar o delimitar el derecho de acceso a la justicia.⁴³

Dichos precedentes están a tono con lo prescrito en la sentencia del *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, de 23 de noviembre de 2009, que en su parte considerativa, señaló expresamente:

339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de 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 porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de las disposiciones internas. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un "control 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. 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.

⁴³ Registro No. 165074; Localización: Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; XXXI, marzo de 2010; Página: 2927; Tesis: I.4o.A.91 K; Tesis Aislada; Materia(s): Común; CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

En este sentido, a partir de la noción de control de convencionalidad, se ha enfatizado la necesidad de que los jueces apliquen los derechos humanos de fuente internacional, adaptando sus criterios a modo de hacer prevalecer estos últimos, incluso frente a disposiciones que los contraríen. Además, a manera de pauta para realizar esta labor, deberán no sólo estar al tratado, sino a su interpretación última y definitiva que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El nuevo desafío. La recepción de la jurisprudencia internacional de los derechos humanos, por los órganos internos

A los obstáculos que hemos calificado de tradicionales para la eficacia de los derechos humanos de fuente internacional, se han sumado nuevos retos, que vienen determinados por el cúmulo cada vez mayor de precedentes y criterios derivados de la actuación de los mecanismos de supervisión internacional, al interpretar los tratados que han sido ratificados por los Estados Partes. En los párrafos siguientes intentaremos esbozar los nuevos problemas que se empiezan a sentir.

a) El problema del concepto "doméstico" de jurisprudencia

El primer obstáculo que detectamos consiste en el arraigado concepto formalista de jurisprudencia que existe en el foro y la judicatura, por lo menos en México.

Esto deriva de la existencia y funcionamiento profundamente enraizados de un sistema de precedentes, que data en México de la segunda mitad del siglo XIX y que sólo reconoce como jurisprudencia vinculante por antonomasia a los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de los Tribunales Colegiados de Circuito y, más recientemente, a los del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, siempre que se cumplan con los requisitos de votación, reiteración que exige la ley, o que deriven de procedimientos de depuración de criterios contradictorios.

Este sistema legislado y formalizado de creación y vinculatoriedad de precedentes provoca en jueces, abogados y juristas una reacción a negar de principio cualquier tipo de criterio el título de jurisprudencia y mucho menos reconocerle el carácter de vinculante, a menos que exista un fundamento normativo expreso que les otorgue tal carácter.

La formación y aplicabilidad de la jurisprudencia internacional opera en muchas ocasiones bajo principios implícitos, y derivan de una práctica observable que cada vez se extiende con mayor ímpetu.

Respecto a este obstáculo, habría que divulgar con mayor amplitud la idea de que el sistema de precedentes doméstico con que se cuenta, es únicamente un

modelo de los existentes o los posibles,⁴⁴ y que hay otros, como el de la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos (JIDH), que pueden complementar y enriquecer el sistema interno de precedentes.

b) El problema "un texto y multiplicidad de intérpretes"

Esto se refiere al fenómeno de que los tratados internacionales, una vez que son ratificados e incorporados al orden jurídico interno de los Estados, son susceptibles tanto de interpretación doméstica, como de aquella de carácter internacional.

En la mayoría de los países, de los que México no es la excepción, la interpretación última de la Constitución y de los tratados internacionales en el ámbito doméstico les corresponde a los órganos superiores de jurisdicción constitucional, sean tribunales, salas o cortes de constitucionalidad.

A su vez, el mismo tratado, cuando se prevén mecanismos de supervisión internacional, es objeto de interpretación al ser aplicado en casos concretos que se resuelven en ese ámbito. En ocasiones, como sucede a nivel regional, es un órgano jurisdiccional internacional el que tiene reconocido el carácter de intérprete último y definitivo del instrumento en cuestión, como es el caso de la Corte Interamericana.

Así, en muchos casos se presenta el fenómeno de "un texto y multiplicidad de intérpretes", lo que acentúa la necesidad de un reconocimiento mutuo de criterios domésticos e internacionales, así como de un diálogo jurisprudencial en dos vías, para la construcción lo más uniforme posible de un corpus homogéneo, unificado y coherente de precedentes.

No obstante, ante la discrepancia entre los de carácter doméstico y los de tipo internacional, debe hacerse regular el uso del principio *pro persona* a efecto de que el estándar más favorable sea el que resulte aplicado; de no ser así, se podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado, originada incluso por el sentido de la interpretación doméstica, en especial judicial o administrativa, que se dé a un tratado internacional de derechos humanos.

c) El problema "dos textos y un mismo contenido"

Otro obstáculo que dificulta la recepción doméstica de la jurisprudencia internacional es la producción de dos grupos de criterios afines que podrían traslaparse

⁴⁴ Sobre los diversos sistemas de precedentes, véase al respecto, Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, Gran Bretaña, Cambridge University Press, 1997, pp. 9 y ss.

en su contenido, pero derivados unos de la interpretación del catálogo de derechos de las constituciones, y otros de los de instrumentos internacionales de derechos humanos. En el primer caso, los criterios los generan los órganos domésticos, y el segundo los órganos internacionales.

Esto se produce debido a que el contenido de los catálogos de derechos previstos en las constituciones y en los instrumentos internacionales es por lo regular afín o en ocasiones casi idéntico. Esto provoca, entonces, que se generen como señalamos dos grupos de criterios (constitucionales e internacionales), sobre derechos que comparten un mismo contenido. Por lo regular, entre los derechos de fuente internacional y los previstos en la Constitución hay una relación de simetría o de complementariedad —pues yendo en el mismo sentido, unos u otros otorgan algún grado mayor de protección. Son muy pocos los casos de asimetría extrema o de franca contradicción entre un texto constitucional y los instrumentos internacionales de derechos humanos.⁴⁵

En el caso de la Constitución federal mexicana podemos señalar como un ejemplo claro una de las hipótesis de suspensión de los derechos políticos (artículo 38, fracción II),⁴⁶ cuando la persona se ve involucrada en un proceso penal. De conformidad con la Constitución, basta con la decisión judicial que vincule a una persona como inculpada a un proceso de ese tipo, para que proceda la suspensión de los derechos, lo cual es contrario al artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,⁴⁷ en el que se exige que se trate de una condena firme.

En este sentido, el problema "dos textos y un mismo contenido", hace necesario que sobre todo los órganos domésticos tomen en cuenta al aplicar los derechos previstos en la Constitución, la interpretación de éstos a la luz de los previstos en

⁴⁵ Recuerdese, por ejemplo, uno de los casos más sobresalientes, como fue el de *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, en el cual la Corte Interamericana señaló que "la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial."

⁴⁶ El Artículo 38 señala en su fracción II: "Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden: II. Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión..."

⁴⁷ El artículo 23 de la CADH, en su párrafo 2, señala: "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".

los tratados internacionales, así como en los criterios o jurisprudencia de los órganos internos y de los de supervisión internacional.

Una opción para la determinación adecuada del estándar de derechos humanos aplicable a casos concretos es el camino marcado en México por la Constitución del Estado de Sinaloa y la Constitución del Estado de Tlaxcala, como se detalla a continuación.

La Constitución Política del Estado de Sinaloa⁴⁸ (un texto constitucional local de una entidad federativa perteneciente a México), a partir de una profunda reforma de mayo de 2008⁴⁹ contiene ahora en el Título I bis, denominado "De los Derechos Humanos", una cláusula de reconocimiento y eficacia de gran alcance, que señala:

Art. 4o. bis. En el estado de Sinaloa toda persona es titular de los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la presente Constitución, así como de los previstos en los instrumentos internacionales incorporados al orden jurídico mexicano. Su ejercicio implica deberes correlativos de respeto a los derechos de los demás y de solidaridad hacia la familia, los más desfavorecidos y la sociedad.

Los derechos humanos tienen eficacia directa y vinculan a todos los poderes públicos. Serán regulados por ley orgánica, la cual respetará en todo tiempo su contenido esencial y su progresividad.

En el artículo 4o. bis C, en virtud de la reforma ya señalada al texto constitucional, se establecen criterios de interpretación de los derechos humanos, que por su importancia y actualidad reproducimos a continuación textualmente:

Art. 4o. bis C. Los derechos humanos a los que hace alusión esta Constitución se interpretarán de acuerdo con los siguientes principios:

- I. Los derechos humanos deben interpretarse evitando la contradicción con el texto constitucional y propiciando el sentido que le sea más favorable.
- II. Su sentido se determinará de conformidad con los instrumentos internacionales incorporados al orden jurídico mexicano aplicables y atendiendo los criterios de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano, especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Las cursivas son nuestras.)
- III. Cuando resulten aplicables o en conflicto dos o más derechos humanos, se hará una ponderación entre ellos a fin de lograr su interpretación armónica,

⁴⁸ Expedida el 22 de junio de 1922, reforma la del 25 de agosto de 1917.

⁴⁹ Véase decreto de reforma de 1 de abril de 2008, publicado en el *Periódico Oficial* núm. 063 del 26 de mayo del mismo año.

logrando que su ejercicio no signifique menoscabo a los derechos de los demás y prevaleciendo la seguridad de todos y las justas exigencias del bien común y la equidad.

IV. Las únicas limitaciones admisibles son las previstas en el texto constitucional, mismas que deberán ser interpretadas restrictivamente.

V. Se deberá optar por el sentido más favorable a la persona y atendiendo a su progresividad.

VI. El interés superior del niño deberá tener consideración primordial por parte de los tribunales, autoridades administrativas u órganos legislativos, así como en todas las medidas que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social. Dicho deber implica que el desarrollo del niño 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.

VII. Ninguna interpretación podrá excluir otros derechos inherentes al ser humano que no estén previstos en la presente Constitución.

Con estas modificaciones, el estado de Sinaloa es el que posee actualmente uno de los textos constitucionales más avanzados, pues ha positivizado el estado del arte en materia de consagración, protección y desarrollo de los derechos humanos.⁵⁰

Por lo que respecta a la Constitución de Tlaxcala⁵¹ (otra entidad federativa mexicana), ésta sufrió una profunda transformación con la trascendente reforma de 1o. de agosto de 2008, que impactó a cerca de 90 artículos,⁵² a partir de entonces, su título segundo se denomina: "De los derechos humanos". Mediante esta sustancial reforma se estableció una nueva cláusula general de reconocimiento en su artículo 14,⁵³ dicha cláusula se desarrolla en el artículo 15, en el cual se hace referencia a la eficacia y aplicación directa de los derechos humanos.

⁵⁰ Para un análisis de la reforma véase Edgar Corzo Sosa y Jorge Ulises Carmona Tinoco, "Entidades federativas y derechos humanos", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 19, México, UNAM, julio-diciembre, 2008, pp. 385-396.

⁵¹ En vigor a partir del 15 de enero de 2002.

⁵² El texto anterior a la reforma de 2008, era ya de suyo uno de los más avanzados en materia de consagración de derechos humanos a nivel local. Véase a este respecto, Jorge Ulises Carmona Tinoco, "La incorporación de los derechos humanos en las constituciones locales mexicanas", en Ricardo Méndez-Silva, *op. cit.*, p. 394.

⁵³ "En el estado de Tlaxcala todo individuo gozará de los derechos humanos que se garantizan en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la presente Constitución, instrumentos internacionales incorporados al orden jurídico mexicano y leyes secundarias. Su ejercicio implica deberes correlativos de respeto a los derechos de los demás y de solidaridad a la familia, a los más desfavorecidos, a la sociedad y al Estado".

Siguiendo el sentido marcado por la reforma constitucional en Sinaloa, se incluyeron en Tlaxcala algunos criterios para la interpretación de tales derechos, incluyendo las determinaciones de organismos internacionales de derechos humanos, que por su trascendencia se citan de manera textual:

Art 16. La interpretación de los derechos humanos a que hace alusión esta Constitución se hará de conformidad con los siguientes principios:

- a) Deben interpretarse evitando la contradicción con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales en la materia;
- b) Su sentido se determinará de conformidad con los instrumentos internacionales incorporados al orden jurídico mexicano aplicables y *atendiendo a los criterios de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano* (las cursivas son nuestras);
- c) Cuando resulten aplicables o en conflicto dos o más derechos humanos se hará una ponderación entre ellos a fin de lograr su interpretación jurídica, logrando que su ejercicio no signifique menoscabo a los derechos de terceros, prevaleciendo la seguridad de todos y las justas exigencias del bienestar general;
- d) *Ninguna interpretación podrá excluir otros derechos inherentes al ser humano que no estén previstos en la presente Constitución, e*
- e) Se deberá optar en la interpretación por el sentido más favorable a la persona y atendiendo a su progresividad.

Cabe destacar que en Tlaxcala se encomienda al Tribunal Superior de Justicia, actuando en calidad de Tribunal Constitucional, conocer: "De los medios de defensa que hagan valer los particulares contra leyes o actos de autoridades que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución" (artículo 81, fracción I).

Como corolario podemos afirmar que los obstáculos que identificamos son perfectamente salvables, y apuntan a la necesidad ineludible, al decidir casos de derechos humanos en el ámbito doméstico, de utilizar los derechos de fuente nacional e internacional, así como los criterios internos y supranacionales (jurisprudencia), como elementos que conforman o integran el estándar de los derechos aplicables.

4. Algunas propuestas de solución a los problemas planteados

El desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y su incorporación como estándares nacionales de fuente internacional, en especial a partir de la ratificación de los tratados, ha incorporado un elemento nuevo a considerar en el ámbito del derecho procesal constitucional, incluso representa un enriquecimiento notable de la rama de la justicia constitucional transnacional.

Tales estándares han tenido que encontrar acomodo frente a los normas constitucionales e infraconstitucionales, para lo cual es necesario que cuenten con una jerarquía reconocida y del más alto nivel posible, en virtud de la responsabilidad que su desconocimiento o trasgresión puede traer consigo pero, más importante aún, por su finalidad de afirmar y proteger la dignidad de las personas.

De manera paralela al esfuerzo de los Estados para lidiar con el tema de la incorporación, jerarquía y eficacia de las normas de derechos humanos de fuente internacional, el propio derecho internacional de los derechos humanos fue fortaleciendo y afinando los mecanismos internacionales de garantía, cuya labor interpretativa ha ido desarrollando un cúmulo importante de *jurisprudencia internacional*.

En este sentido, los operadores jurídicos en los estados no únicamente enfrentan el tema de la necesaria eficacia de los estándares de fuente internacional, sino ahora también a la necesidad de atender la jurisprudencia supranacional generada cada vez con mayor vigor.

Esto ha tenido un impacto notorio en los instrumentos de derecho procesal constitucional, en particular los enfocados a la protección de los derechos de la persona. La finalidad de los diversos instrumentos de protección constitucional de la libertad, era sobre todo hacer efectivos los derechos previstos en el respectivo texto constitucional o incluso combatir la adecuación de los tratados internacionales a la Ley Suprema, pero ahora tienen que abarcar también la eficacia de los derechos de fuente internacional incorporados al ordenamiento, lo que trae consigo cambios importantes en su diseño, alcance y funcionamiento.

El cambio que se aprecia inicia con la utilización de los estándares internacionales, sumados a los de fuente constitucional, de manera que las decisiones judiciales se ven fortalecidas en su motivación.

En otros casos, donde la Constitución es imprecisa o de plano omite, el cambio implicará la aplicación de los estándares internacionales a casos concretos, en armonía con el texto constitucional, de manera que implícitamente se reconozca un rango constitucional a las normas internacionales de derechos humanos.

Es en este tipo de casos donde algunos problemas como los de nomenclatura hacen su aparición, pues como sucede en México, para que pueda existir una eficacia plena de los derechos de fuente internacional vía el amparo, habría que interpretar judicialmente el concepto de "garantías individuales", del artículo 103 constitucional,⁵⁴ para señalar que en realidad hace referencia al de "derechos humanos", o incluso se requerirá una modificación constitucional en ese sentido.

⁵⁴ Dicho precepto establece: "Artículo 103. Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: I. Por leyes o actos de la autoridad que viole las garantías individuales. II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de

Hace apenas unos años, en México comienza a abrirse una posibilidad de aplicación judicial de tratados internacionales vía amparo. Sobre el particular, recientemente se han emitido dos interesantes tesis jurisprudenciales que abren un nuevo panorama para la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales. Dichos criterios se transcriben textualmente por su relevancia:

1. "DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS. ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUÉLLOS".⁵⁵ Los artículos 10., 133, 103, fracción I, y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establecen respectivamente: que todo individuo gozará de las garantías que ella otorga; que las leyes del Congreso de la Unión, que emanen de ella, y los tratados acordes a la misma, serán la Ley Suprema de toda la Unión; que los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales; y, las bases, los procedimientos y las formas para la tramitación del juicio de amparo. Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ubicó a los tratados internacionales por encima de las leyes federales y por debajo de la Constitución, según la tesis del rubro: "TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL." (IUS 192867). De ahí que si en el amparo es posible conocer de actos o leyes violatorios de garantías individuales establecidas constitucionalmente, también pueden analizarse los actos y leyes contrarios a los tratados internacionales suscritos por México, por formar parte de la Ley Suprema de toda la Unión en el nivel que los ubicó la Corte. Por lo tanto, pueden ser invocados al resolver sobre la violación de garantías individuales que involucren la de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales suscritos por México.

2. "SUPLENCIA DE LA QUEJA EN EL AMPARO. PROCEDE TRATÁNDOSE DE VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES Y A LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO QUE ATENTEN CONTRA LA LIBERTAD DE LAS PERSONAS Y SUS SECUELAS".⁵⁶

competencia del Distrito Federal, y III. Por leyes o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal".

⁵⁵ SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 344/2008. Jesús Alejandro Gutiérrez Olvera. 10 de julio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Julio César Vázquez-Mellado García. Secretario: Benjamín Garcilazo Ruiz. Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXVIII, agosto de 2008, p. 1083, Tesis: I.7o.C.46 K, Tesis Aislada, Materia(s): Común.

⁵⁶ SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 344/2008. Jesús Alejandro Gutiérrez Olvera. 10 de julio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Julio César

Es posible aplicar la suplencia de la queja deficiente prevista por la fracción II, del artículo 76 bis de la Ley de Amparo, en un caso donde se reclame el pago del daño moral derivado de la privación ilegal de la libertad personal pues, conforme al criterio del más Alto Tribunal de la Nación sobre la protección superior, jurídica y axiológicamente hablando de la libertad de las personas, ésta es susceptible de salvaguardar, con fundamento en los artículos 10., 14, 16, 103 y 107 y demás relativos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. A lo anterior, debe sumarse lo previsto por los tratados internacionales, en términos del artículo 133 constitucional, en lo referente a las medidas que deben adoptar los Estados para la protección de los derechos humanos, pues el acto privativo tiene consecuencias que atentan contra el honor y la reputación de las personas que también es un derecho fundamental inherente a los seres humanos que debe ser protegido con la misma intensidad que la privación ilegal de libertad por derivar de ésta.

Por otra parte, la adopción de la nomenclatura única de los estándares bajo el término "derechos humanos", trae aparejado el tema de qué derechos de fuente internacional son susceptibles de garantía judicial, en especial por el tema de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Al respecto, la solución de qué derechos son susceptibles de garantía judicial doméstica, viene dada por el propio derecho internacional. En efecto, la brújula se genera al precisar si el tratado internacional que consagra los derechos tiene o no un mecanismo de quejas individuales o de grupo.

Los tratados que prevén mecanismos de supervisión vía procedimientos cuasi jurisdiccionales, como la mayoría de los Comités de supervisión de tratados de ONU,⁵⁷ o también el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con la posibilidad de intervención judicial de la Corte Interamericana, exigen a los Estados brindar recursos judiciales internos accesible y eficaces para la garantía de los derechos;⁵⁸ recursos que a su vez tienen que se agotados para poder acudir a la instancia supranacional.

Vázquez-Mellado García. Secretario: Benjamín Garcilazo Ruiz. Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXVIII, agosto de 2008, pág. 1204, Tesis: I.7o.C.47 K, Tesis Aislada, Materia(s): Común.

⁵⁷ Véase a este respecto, J. U. Carmona Tinoco, "El significado de la aceptación de la competencia de los comités de Naciones Unidas, facultados para decidir peticiones individuales en materia de derechos humanos y su previsible impacto en la impartición de justicia en México", *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, núm. 1, enero-junio de 2003, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM/ Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, pp. 161-192.

⁵⁸ Véase, por ejemplo, los artículos 8o. y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 2o. y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De no permitir que las figuras de la jurisdicción constitucional sean el medio para la eficacia de tales derechos, el Estado incurriría *per se* en una violación adicional por falta de acceso a la justicia.

En virtud de que desde el juez de funciones más modestas, hasta las más altas magistraturas judiciales, pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado por violaciones a derechos de esa fuente, es importante que todos los jueces incorporen la práctica de la aplicación de los tratados sobre derechos humanos y de la jurisprudencia internacional, y que esto no quede únicamente en el ámbito de los jueces constitucionales en sentido estricto, aunque sí debe empezar por ellos, lo cual en la actualidad es una actividad que va en aumento notable.

El rol que están llamados a jugar los estándares internacionales de derechos humanos, puede llegar incluso a convertirlos en parámetros de regularidad normativa en el ámbito interno, en el sentido del "bloque de constitucionalidad" que opera en diversos países.

Entonces, es apremiante que las Salas, Cortes o Tribunales Constitucionales, sean los primeros en proceder a armonizar o amalgamar las normas de fuente internacional con las de la propia Constitución, en una ecuación que sume disposiciones constitucionales, más las de los instrumentos internacionales y la jurisprudencia interna e internacional, lo cual es el mejor camino para perfilar los niveles o estándares que van ocupando los derechos humanos. A esto habría que sumar el diálogo entre cortes o tribunales constitucionales, con los de carácter internacional, hacia la conformación de una jurisprudencia universal de la libertad.

La finalidad del esbozo de estas opciones para dar solución a los problemas que se han reseñado, no pretenden ser en modo alguno la forma de aproximación única, ni tal vez la más inmediata, sino únicamente resaltar los posibles temas de una agenda académica a modo de llamado a la necesidad de un esfuerzo conjunto de la doctrina y la judicatura, para aportar soluciones a estos problemas muy posiblemente compartidos.

5. Un vistazo a la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011

En el transcurso de elaboración del presente trabajo, la tan esperada reforma constitucional en materia de derechos humanos en México inició los pasos para convertirse en una realidad. En virtud de que dicha reforma, una vez que haya entrado en vigor, establecerá un nuevo estado del arte en la materia, es importante hacer referencia a ella, en particular, porque abonará a la solución de varios de los problemas que aquí hemos señalado y deberá tener un impacto positivo en la eficacia de los derechos humanos de fuente internacional.

El 23 de marzo de 2011 apareció publicada en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados un Proyecto de Resolución de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, y de Derechos Humanos, al que se acompañaba una propuesta de acuerdo, relativo a la minuta del Senado con proyecto de 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, en materia de derechos humanos.

El mencionado proyecto de resolución y propuesta de acuerdo fueron sometidos a votación nominal, resultando de ésta 310 votos favorables de los diputados presentes, sin ninguno en contra y sólo dos abstenciones.

El acuerdo adoptado ordena remitir a la Cámara de Senadores lo coincidente y aprobado finalmente por ambas, a fin de que esta última lo someta a la consideración de las legislaturas locales, como etapa del procedimiento de reforma constitucional, en cumplimiento al artículo 135 de la Carta Magna. De reunirse la aprobación de la mayoría de las legislaturas de los estados, tocaría finalmente al Ejecutivo Federal la promulgación y publicación de la reforma en el *Diario Oficial de la Federación*, con lo cual quedaría consumada, lista para su entrada en vigor y comenzar a surtir sus efectos.

Se trata, sin duda alguna, del cambio constitucional en materia de derechos básicos más importante de los últimos cien años, que representa un nuevo paradigma para el respeto, protección, garantía y satisfacción de los derechos humanos en México. La reforma, de ser puesta en vigor, trae grandes cambios que podemos agrupar de la siguiente forma para su mejor comprensión:

A. *cambios sustantivos o al sector material*, que derivan básicamente de la armonización constitucional con el derecho internacional de los derechos humanos, lo que incluye:

- a) La modificación a la denominación misma del capítulo que agrupa a los derechos básicos.
- b) El otorgamiento de rango constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.
- c) La ampliación de hipótesis de no discriminación.
- d) La educación en materia de derechos humanos.
- e) El derecho de asilo y de refugio.
- f) El respeto a los derechos humanos en la operación del sistema penitenciario.
- g) Por último, los derechos humanos como principio de la política exterior mexicana.

B. *Cambios operativos o al sector de garantía*, que inciden en las posibilidades jurídicas, procesales y procedimentales, de hacer valer los derechos ante los ope-

radores jurídicos, y que otorgan a estas herramientas para tal efecto, entre lo que se encuentra:

- a) La interpretación conforme.
- b) El principio pro persona.
- c) Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; las obligaciones de prevención, investigación, sanción y reparación de violaciones a los derechos humanos.
- d) La prohibición de celebrar tratados que alteren o menoscaben los derechos humanos, tanto los previstos en la Constitución, como en otros instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados.
- e) La regulación de los límites, casos y condiciones, para la suspensión provisional del ejercicio de algunos derechos humanos.
- f) El requisito de previa audiencia para la expulsión de extranjeros.
- g) La exigencia de que las autoridades funden, motiven, y hagan pública, en su caso, la negativa de aceptar o cumplir las recomendaciones que les dirijan las comisiones de derechos humanos, así como la posibilidad de que las autoridades comparezcan ante los órganos legislativos correspondientes a explicar los motivos de su negativa.
- h) La ampliación de la competencia de las comisiones de derechos humanos, para conocer de asuntos laborales.
- i) El traslado a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de la facultad investigadora asignada originalmente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- j) La posibilidad de que las acciones de inconstitucionalidad que puedan presentar la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, y los organismos respectivos de las entidades federativas, en el ámbito de su competencia, contra leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales, se puedan enderezar respecto a violaciones a los derechos humanos previstos en la Constitución, pero también en los tratados internacionales de derechos humanos.

Cabe señalar que, si bien está previsto que la reforma entre en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, todo aquello que implica una ulterior labor legislativa ordinaria deberá llevarse a cabo en el plazo de un año, luego de entrada en vigor la reforma constitucional, según lo prevén los artículos transitorios aprobados por las Cámaras de Diputados y de Senadores.

No debe perderse de vista que la reforma en cuestión está estrechamente vinculada con aquella que se encuentra sometida a la aprobación de las legislaturas locales y que tiene por objeto una modificación a los artículos 94, 103, 104 y

107 constitucionales, y que es implica, entre otras cuestiones, un cambio sin precedentes al juicio de amparo. De esta reforma en ciernes, llamamos la atención, por la trascendencia en el tema que nos ocupa, al cambio del artículo 103, fracción I, que prevé la procedencia del amparo "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 por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte".

Como puede apreciarse, la reforma constitucional en materia de derechos humanos, por su dimensión y trascendencia, trae consigo la necesidad de ser explicitada, que se precisen su sentido y alcance, así como sus limitaciones y aquellas cuestiones que han quedado fuera de consideración, que deberán ser objeto de adiciones o adecuaciones ulteriores. Sólo de esta manera los destinatarios y operadores jurídicos podrán optimizar al máximo el contenido de la reforma, que podemos calificar como un parteaguas en la vida constitucional de nuestro país, en materia de derechos humanos, en términos informáticos, no es un simple cambio o actualización de *software*, sino que se trata de un *sistema operativo* completamente nuevo, que operará sobre bases diversas a las de la actualidad.

Para efectos de este breve trabajo, consideramos destacar de la reforma los aspectos directamente vinculados a la garantía judicial de los derechos, en torno a lo cual podemos comentar que los cambios tanto de la reforma en materia de derechos humanos, como en materia de amparo, no sólo permitirán, sino obligarán a partir de su entrada en vigor, la aplicación judicial de los derechos humanos de fuente internacional que ahora tienen pleno reconocimiento constitucional, por lo que el tema de la jerarquía no operará más tratándose de este tipo de derechos, sino que se dará paso a la interpretación conforme con la Constitución y al principio pro persona.

Asimismo, la reforma significa la implantación constitucional del llamado control de convencionalidad, a la par del tradicional control de constitucionalidad. Los cambios a los artículos 15, 103 y 105, fracción II, permitirán ahora controlar judicialmente, además de la regularidad constitucional de las normas jurídicas, su compatibilidad con los derechos humanos de fuente internacional, ya sea por vía de amparo, ya sea por vía de las acciones abstractas previstas en el mencionado artículo 105.

Si duda la puesta en vigor de las mencionadas reformas no significará su eficacia inmediata y plena, pues está prevista la construcción de un andamiaje normativo que las haga operativas y, además, vendrá un periodo necesario de adaptación a las reformas que podría incluso tomar años.

Si bien no hay que escatimar mérito e importancia a la reforma, también hay que señalar un par de temas que ha dejado pendientes, uno de ellos es la alusión expresa a la jurisprudencia internacional, como un complemento necesario para la

adecuada aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos y el otro es dotar de fundamento constitucional expreso para la atención de las recomendaciones internacionales y la ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ambos temas deberán afrontarse tarde que temprano, pues nuestro país está inmerso plenamente en la dinámica de la supervisión internacional de los derechos humanos, como lo evidencian los diversos casos que ha decidido dicho tribunal internacional respecto a nuestro país; la eficacia de las determinaciones de los órganos supra nacionales de derechos humanos en el ámbito interno es la última frontera para verificar si tales derechos pueden o no llegar a ser una realidad.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL Y EL CONVENCIONAL FRENTE A LA ACTIVIDAD PROTECTORA DE LOS DERECHOS HUMANOS

A Jorge Carpizo

*Para reconocer y proteger la dignidad humana:
no se requieren leyes, se requiere vocación,
voluntad creativa y atrevimiento...*

I. Introducción

¡Se fue el campeón pero quedaron sus victorias! Así es como Jorge Carpizo pasa del aspecto terrenal al de la eternidad. Salvo los enemigos de la rectitud, nadie que lo conoció pudo pronunciar una mala referencia sobre su humildad y educación. Se trató de un hombre flexible que supo tener mano dura y decir la verdad pesara a quien le pesara. Hoy descansa en paz nuestro ejemplar campechano a consecuencia de un problema preoperatorio. Su familia, sus amigos y sus discípulos no creemos en su muerte, creemos en la viveza de sus posturas y de sus anhelos.

Jorge Carpizo, pese a fallecer, sigue siendo la inspiración de muchas personas, estudiantes, profesores y funcionarios de gobierno. Nuestro campeón ostentó con gran talento cargos públicos importantes en la República mexicana, nadie olvida su trabajo como rector de la Universidad Nacional Autónoma de México, ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, presidente fundador de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, procurador general de la República, secretario de Gobernación y embajador de México en Francia, entre otras comisiones no menos importantes como cuando asumió la Dirección del Instituto de Investigaciones Jurídicas, la Coordinación de Humanidades y la Abogacía General de la UNAM.

Más de una decena de doctorados honoris causa, múltiples premios y reconocimientos nacionales e internacionales, así como diversos libros y centenares de artículos escritos, avalaron su prestigio universitario y vocación por el derecho. Jorge Carpizo fue mi principal impulsor y hasta su muerte continuó inculcándome valores

y principios, amor a la región. Una vez me dijo: "Nunca te detengas si de mostrar la verdad y hacer el bien se trata"; y varias veces me recordó: "Lo importante no es el parentesco sino la afinidad, la cercanía, la lealtad y la honestidad intelectual".

A Jorge Carpizo lo vi y sentí como un padre, fue mi amigo, mi maestro y mi colega. A él no se le pasó un detalle para quienes consideró cercanos, siempre nos protegió y orientó a toda costa, ésa era la característica esencial de su persona, de su amistad. Fue tan detallista que, a sabiendas de los infortunios de la vida, durante muchos años guardó una carta de despedida para ser divulgada después de su muerte.¹ Jorge Carpizo era un hombre de objetividad comprobada y eso le permitió desayunar con un panista, comer con un priista y cenar con un perredista, sin considerarse traición. Se trató de un ejemplo de vida digna a la que algunos desearon ensuciar pero ninguno pudo conseguir. Un personaje de logros abundantes pero con muy poca memoria para recordarlos. Un hombre congruente cuyo amor a la Universidad Nacional Autónoma de México demostró al nombrarla heredera universal de sus bienes.

Hoy mi padre académico, mi amigo, mi tío, mi maestro... continúa vivo en mis acciones y posturas. Nunca podré evadir la razón y los motivos de sus enseñanzas, sin lo cual no sería el estudiante que soy, por eso he retomado fuerzas para pronunciar un hasta luego, he retomado fuerzas para seguir mis planes sin su mano en mi hombro, he retomado fuerzas para caminar hacia su eterna compañía que por silenciosa podría resultar odiosa; sin embargo, ¡sé que está conmigo y siempre lo recordaré! Conservo la felicidad de que se haya ido tal y como era, fuerte, invicto, lúcido, indoloro y sin despedirse. Qué mejor forma de caminar hacia la perpetuidad del pensamiento jurídico y político de este mundo.

Mil gracias, Jorge, por permitirme estar cerca de ti y aprender de tu persona y experiencia. Mil gracias, tío, por enseñarme que no hay mayor imposible que el que uno mismo se plantea. Mil gracias, amigo, por hacerme ver que la felicidad se alcanza cuando uno deja de esperar de los demás y hacemos lo que está en nuestras manos. Mil gracias, maestro, por darme la posibilidad de comprender lo impre-

¹ Jorge Carpizo escribió: "Con la alegría de haber existido durante 68 años, me despidió de mis familiares y amigos. Traté de vivir lo mejor que pude dentro de mis circunstancias, y de servir con devoción a México y a su Universidad Nacional. En los cargos que ocupé siempre rendí informes públicos, presenté evaluaciones y dejé constancia de lo realizado en múltiples libros y artículos. El mejor homenaje que puedo recibir consiste en que se lean y reflexionen. Nunca mentí ni cometí delito alguno. Cumplí con mis responsabilidades al máximo de mi capacidad y voluntad. En mis libros y artículos, tanto los académicos y los testimoniales, dejo constancia del país que me tocó vivir, servir, gozar y sufrir. Mil y mil gracias a aquellos que colaboraron lealmente conmigo y con los valores que rigieron todas mis actividades. Me voy amando, con todas mis fuerzas, convicciones y emociones, a nuestro gran país y a su, y mía también, Universidad Nacional", en periódico *Milenio*, México, 12 de junio de 2012.

decible de la naturaleza humana. Un millón de gracias, colega, por dejarme gozar de tu singular y especial personalidad.

Sin duda, mi aprendizaje aún no termina, tu forma de pensar persiste, tus intervenciones me cautivan, tus ponencias me motivan y, en general, tus aportaciones simplemente retan y acompañan mi creatividad. Seguiré tu pensamiento y acciones a favor de la dignidad humana, el perfeccionamiento del Estado y la vida universitaria. Desde el otro extremo del camino pronuncio un nos vemos, tío, como la última vez que charlamos y brindo en tu nombre las siguientes reflexiones.

Hablar de control constitucional implica conocer el concepto actual de Constitución, sus tipos, la manera en que se interpreta y los medios existentes para su defensa. Entender el control judicial de constitucionalidad difuso o concentrado,² envuelve a su vez la comprensión del sistema de pesos y contrapesos vigente en un Estado constitucional de derecho, donde el tema de los tratados internacionales, su jerarquía, su aspecto vinculante y el sistema de protección a derechos humanos: trasciende.

Sobre esas ideas existen múltiples posturas, las cuales podrán asumirse si es que benefician al país o contexto de aplicación, nunca si atentan contra el entorno en que pretenden aplicarse y en ello radica la importancia de las personas que trabajan con el sistema constitucional desde el ámbito académico, judicial, ejecutivo o legislativo. Tarea cuyo mal entendimiento podría provocar efectos devastadores.

Al respecto, coincido con el doctor Jorge Carpizo cuando expresó:

Si se equivoca un ingeniero, un arquitecto o un contador, no pasa de que se derrumbe un edificio, una vivienda o se afecte la economía de unos cuantos, pero si se equivoca un constitucionalista, el presidente de la República, el gobernador de un estado, o algún legislador: se derrumba la nación, parte de ella o la economía de sus habitantes.³

Quienes estamos sensibilizados de tal afirmación, no dejamos la lucha por mantener un sistema federal y de justicia constitucional acorde al México que tene-

² Al control constitucional difuso también se le denomina americano y se encomienda a todos los jueces del Estado la valoración de actos y leyes en forma acorde a la Carta Magna, *so pena* de declarar su inaplicación en el caso concreto. El control constitucional concentrado se refiere a un control encomendado a un órgano especializado y no a cualquier juez del país, los cuales pueden declarar la inconstitucionalidad de las leyes. Cfr. Enrique Carpizo, *Diccionario práctico de justicia constitucional*, México, Porrúa, 2013.

³ Conferencia dictada el 14 de marzo de 2009. Aula Jacinto Pallares, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México.

mos, pero enfocado al que deseamos; con ese propósito, como preámbulo a mis propuestas de control constitucional interno o externo –según la autoridad que lo ejerza– y de actividad protectora de los derechos humanos, conforme a los límites que corresponden a este trabajo, realizaré un esbozo sobre los últimos 25 años de control constitucional judicial en México.

2. El control constitucional judicial en México

Antecedentes

El principal sistema de valoración de leyes, actos u omisiones empleado en el Estado constitucional de derecho, es el control judicial de constitucionalidad.

Antes de la existencia de una Constitución en sentido contemporáneo, sólo habían recursos o procedimientos creados para proteger los derechos previstos en cartas u ordenamientos dados por monarquías o señores feudales; los procesos para defender los reconocidos y tutelados por una Norma Fundante moderna se dieron en forma posterior a la Revolución francesa y a la defensa de la Constitución americana por medio del *Caso Marbury vs. Madison* en 1803. Pocos recuerdan que el método para determinar la validez de un acto, no su constitucionalidad, encuentra antecedentes notables en el *common law* británico.⁴

En efecto, en 1610, el juez Edward Coke resolvió el caso del Dr. Bonham y declaró que las órdenes del rey no podían estar por encima de los principios del sistema; no obstante, la tendencia por minimizar la potestad del juzgador logró que en 1689 se decretara la supremacía del Parlamento y se acabara, casi por completo, la idea del análisis judicial, por ello, las colonias de ultra mar bajo el mando de la Corona inglesa, reiteraron el criterio de que las leyes del parlamento colonial tenían que ser acordes a las leyes dadas por el rey y no a las Cartas de Derechos.⁵

De ahí que la idea central en el análisis judicial de validez tenga un origen remoto en la política de Aristóteles, donde hace más de 2300 años se afirmó "las leyes deben conformarse a las constituciones y no las constituciones a las leyes".⁶ Por simple lógica, cumplir ese postulado implicó ejercer lo que hoy se conoce como control constitucional, pues valora que el contenido de una ley sea siempre acorde a lo que la Constitución dispone, sin desconocer la notoria influencia de ese pensa-

miento en el principio de supremacía constitucional y de interpretación conforme, esto es, que ninguna norma puede estar por encima de la Constitución y además deben ser acordes al texto Supremo.

Esa tendencia, a partir de la existencia de una Constitución en sentido contemporáneo, configuró dos tipos de control constitucional judicial que, al lado del político o ejecutivo, han dado buenos resultados.⁷ Me refiero al control constitucional difuso (encomendado a jueces locales) y al control constitucional concentrado (atribuido a un tribunal especializado).

Nótese nuestro énfasis en distinguir entre el método judicial de análisis existente antes del nacimiento de una Constitución en sentido moderno, frente al sistema de control originado posteriormente.

Desde luego, no se puede afirmar la existencia de un control constitucional en el caso del Dr. Bonham, en virtud de que, por una parte, en Inglaterra no existe Constitución y, por otra, en ese momento de la historia no se conocía la idea de Norma Suprema en los términos planteados por la Constitución norteamericana de 1787 o en la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Si bien la metodología empleada en 1610 por el juez Edward Coke, en relación con la técnica del juez Marshall en 1803, son similares, lo cierto es que varían en cuanto al referente de que parten.

En el caso Bonham, fue el derecho natural y la libertad de profesión el fundamento de la sentencia del juzgador Coke, mientras que en el asunto de Marbury vs. Madison, la resolución de Marshall se basa en respetar el contenido de una verdadera Constitución jurídica. De ahí mi distinción entre el análisis requerido para decretar la validez o invalidez de una orden y el método judicial para declarar la inconstitucionalidad de un acto, de un precepto o simplemente inaplicarlo, pues por control constitucional entendemos una "actividad interpretativa realizada para determinar si el contenido de una ley, actividad u omisión, es o no acorde al orden jurídico vinculante; labor inteligible plasmada en un acto, sentencia o resolución tendiente a salvaguardar o reconocer el texto constitucional, las normas nacionales, los derechos humanos de fuente internacional o su interpretación interna o externa".⁸

Sin embargo, el problema en México al tenor de las constituciones de 1857 y de 1917, consistió en determinar si el control de constitucionalidad debía ser ejercido de manera concentrada o difusa, esto es, si ello competía exclusivamente a un sólo tribunal o debía ser confiado a cualquier juez del país, sobre todo a partir del

⁴ P. P. Craig, "The Common Law, Reasons and Administrative Justice", en *The Cambridge Law Journal*, vol. 53, parte 21, Cambridge, Inglaterra, julio de 1994.

⁵ Robert S. Baker, *La Constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual*, Perú, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sección Peruana, 2005, p. 45.

⁶ *Idem*.

⁷ Sobre el control constitucional a manos del ejecutivo y legislativo, Cfr. Iván Escobar Fornes, *Introducción al derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, p. 93.

⁸ E. Carpizo, *Diccionario práctico de justicia constitucional*, p. 40.

debate existente entre Hans Kelsen y Carl Schmitt (1920-1930) respecto a quién debe ser el guardián de la Constitución.

Control constitucional difuso

De acuerdo con los antecedentes expuestos, no deviene extraño que el Órgano Constituyente de Filadelfia adoptara un sistema de control similar al británico y, por ende, la sentencia en el *Caso Marbury vs. Madison* sea un humilde reflejo del viejo control judicial inglés. Recordemos que en esa resolución se dijo que las normas estatales no pueden estar por encima de la Constitución federal, idea similar a la postura de Aristóteles⁹ y, en esencia, al criterio del juez Coke; panorama bajo el cual llegan al texto constitucional mexicano de 1824, los principios de supremacía constitucional y soberanía absoluta,¹⁰ por eso México no tuvo problema en advertir las particularidades de la judicial review y emplear, mediante el amparo, un control de constitucionalidad susceptible de ser operado por jueces, cuyo antecedente encontramos en la Constitución yucateca de 1840, aspecto que posteriormente se federaliza por medio del artículo 25 del Acta Constitutiva y de Reformas de 1847 que restableció la vigencia de la Constitución federal de 1824.¹¹

La idea de control difuso otorga a los jueces de cada Estado la obligación de mantener incólume el principio de supremacía constitucional e impide la aplicación de normas o tratados internacionales contrarios al texto de la Constitución, metodología esencialmente inaugurada por la Constitución norteamericana¹² y tomada

⁹ Véase *supra*, "Antecedentes".

¹⁰ La interpretación armónica de los artículos 137, fracción V, párrafo sexto, 161, fracción III, 163 y 164 de la Constitución federal de 1824, permite advertir la existencia del principio de supremacía constitucional y la facultad de las autoridades del Estado de hacer guardar y cumplir la Constitución mediante la Corte de Justicia y los órganos judiciales estatales. Cfr. Felipe Tena Ramírez, *Leyes fundamentales de México: 1808-2005*, 4a. ed., México, Porrúa, 2005, pp. 188 y ss.

¹¹ Manuel Crescencio Rejón crea el amparo mexicano en la Constitución yucateca de 1840; cuando Rejón muere, Mariano Otero se encarga de federalizar la institución por medio del artículo 25 del Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, que literalmente dispone: "Los Tribunales de la Federación ampararán a cualquiera habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados; limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que motivare." Cfr. *Ibid.*, p. 475.

¹² Esta afirmación se corrobora en el texto del artículo VI, segundo párrafo de la Constitución de los Estados Unidos de América, el cual prevé: "Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país, y los jueces de todo estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier disposición en contrario que se encuentre en la Constitución o en las leyes

de ahí para ser considerada, en esencia, en la Constitución de 1824, en la de 1857 y la actual Constitución de 1917.¹³

En efecto, los numerales 161, fracción III, de la Constitución federal de 1824, el 126 de la Constitución federal de 1857 y el 133 de la Carta Magna de 1917, respectivamente mencionan:

Cada uno de los Estados tiene obligación [...] III. De guardar y hacer guardar la Constitución y leyes generales de la Unión, y los tratados hechos o que en adelante se hicieren por la autoridad suprema de la federación con alguna potencia extranjera...

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados hechos o que se hicieren el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. 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.

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 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.

Así, el control difuso o americano permite a los jueces locales inaplicar una norma que contravenga el texto constitucional; y sus parámetros de referencia son a) la Carta Magna; b) la costumbre, y c) la interpretación judicial preexistente.

Dato curioso: si México importó de Estados Unidos de América los principios de supremacía constitucional y de control constitucional difuso, ¿cuál fue el inconveniente para no operarlos en sintonía?

La respuesta se encuentra en una interpretación judicial contra legem al artículo 133 constitucional, que prohibió a los jueces estatales la competencia para decretar la inaplicación de una norma, donde la Corte consideró que tal facultad estaba reservada a los tribunales de la federación, es decir, a la Suprema Corte de Justicia, a los juzgados de distrito y a los tribunales de circuito en materia de amparo.

La posibilidad prevista en el precepto 133 de la Carta Magna no procedía en nuestro país. Dicha facultad resultaba exclusiva para ciertos órganos judiciales de

estatales". Cfr. Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma*, 4a. ed., Navarra, Thomson-Civitas, 2006, pp. 57-61.

¹³ Cfr. F. Tena Ramírez, *Leyes fundamentales de México: 1808-2005*, pp. 191, 627 y 877.

élite, no comunes, sino jueces especializados en control constitucional –no difuso– concentrado y pertenecientes al Poder Judicial de la Federación; luego la Suprema Corte se contradice severamente y resuelve que el Tribunal Electoral, órgano del Poder Judicial de la Federación, no tenía facultades para inaplicar o declarar la inconstitucionalidad de una norma: aun cuando sus integrantes eran parte de dicho Poder de la Unión.¹⁴

Esa afirmación fue totalmente violatoria de lo dispuesto en el referido precepto de la Carta Magna, cuya parte medular dice:

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.

No obstante, la tendencia restrictiva más tarde impidió la utilización de tratados internacionales como referentes de control constitucional, aduciendo la Corte que ello competía a las autoridades trasnacionales,¹⁵ desconociendo con ese criterio la jurisprudencia interamericana que impone a los jueces nacionales la obligación de analizar el contenido de las normas jurídicas internas al tenor de lo previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como nuestra postura sobre la pertinencia de tener a los derechos de fuente internacional como parte de la materia de estudio del control constitucional.¹⁶ Afortunadamente esa postura ha ido cambiando y sólo es avalada por visiones retrogradadas.

La imposición del control concentrado

El principal obstáculo al control difuso en México fue un aspecto de centralización del Poder. Los jueces federales por ningún motivo quisieron compartir la función de control constitucional con jurisdicciones locales, es más, con ninguna otra

¹⁴ Cfr. "CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN" *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, agosto de 1999, t. X, tesis: P./J.73/99, y "CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, t. X, agosto de 1999, pp. 5 y 18. Hasta antes de la reforma constitucional de 2007, estaba vigente la jurisprudencia: "TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, enero de 2012, t. XXXI, tesis: P./J. 23/2002, p. 22.

¹⁵ E. Carpizo, *La defensa constitucional en México*, México, Porrúa, 2011, pp. 9-10.

¹⁶ Véase *infra*, "Comprender la transición de Estado Legal a otro donde la Constitución se complementa a través de instrumentos e interpretaciones provenientes de un orden o autoridad externo" y Cfr. artículo 2o. del Pacto de San José.

autoridad del Estado. Se trató de un capricho que en 1999 la Corte hizo patente al expresar: "El control difuso de constitucionalidad no está autorizado por el artículo 133 de la Constitución",¹⁷ criterio totalmente ajeno a la historia constitucional mexicana, cuyos efectos mantuvieron la vigencia de normas locales contrarias a la Constitución federal,¹⁸ salvo que fueran impugnadas vía amparo.

Incluso, México llegó al absurdo de contar con jueces de distrito que al conocer de un asunto federal ordinario, en el proceso penal o civil federal aplicaban preceptos que previamente habían declarado inconstitucionales a través del amparo, alegando que cuando actuaban como jueces de proceso lo hacían como autoridades de legalidad y, por eso, no podían desaplicar la norma declarada inconstitucional –por ellos mismos– en materia de amparo.¹⁹

Si bien el contenido esencial del artículo 133 constitucional fue tomado de los Estados Unidos de América, como se hizo con otros temas constitucionales, entre ellos la forma de Estado Federal y el sistema de gobierno presidencial, lo cierto es que en el vecino país del norte sí funciona el control difuso y en México, hasta antes de junio de 2011, formalmente no. Cito dos casos de excepción que lamentablemente, al no ser aplicados de manera general, no exentan abusos.

La procedencia del control difuso pese a la prohibición de la Suprema Corte de Justicia

Existía un temor fundado en las autoridades judiciales locales respecto a las consecuencias de realizar el control constitucional difuso. Una de ellas era la sanción penal o administrativa por aplicar el contenido literal del artículo 133 constitucional. El fundamento de esa angustia principalmente se debió al citado precedente de la Corte que prohibió a los jueces locales realizar el control difuso,²⁰ sin embargo, considero que para reconocer y proteger derechos humanos no se requiere autorización, se requiere voluntad creativa y atrevimiento.

¹⁷ "CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN...", *cit.*, y "TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CARECE DE COMPETENCIA...", *cit.*

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ *Idem.*

²⁰ "CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN..." *cit.*

Con motivo del crimen de una activista en el estado de Chihuahua, el Congreso tuvo la funesta idea de reformar el Código de Procedimientos Penales con el objeto de “frenar” múltiples presiones políticas. La consecuencia del actuar legislativo implicó la violación a un derecho humano, por fortuna, la prohibición de la Corte respecto al control constitucional difuso no fue obstáculo para que algunos jueces estatales lograran impedir el empleo de normas contrarias a la Constitución y al derecho de fuente internacional. El precepto 373 legal dispone:

Comunicada a las partes la decisión absolutoria, una vez que haya causado ejecutoria, el Tribunal dispondrá en forma inmediata el levantamiento de las medidas cautelares que se hubieren decretado en contra del acusado, y ordenará se tome nota de este levantamiento en todo índice o registro público y policial en el que figuraren. También se ordenará la cancelación de las garantías de comparecencia y reparación del daño que se hubieren otorgado.

La interpretación literal y aplicación tajante del precepto transcrito, permitió la libertad de la persona hasta en tanto cause ejecutoria la sentencia que lo absuelve, empero, la jueza Alejandra Ramos tuvo la valentía y los conocimientos adecuados para actuar a favor de la dignidad humana y armonizar el contenido del citado artículo 373 del Código de Procedimientos Penales, con otros preceptos constitucionales locales, federales²¹ y cláusulas internacionales que tutelan la presunción de inocencia. El compromiso de la jueza Ramos con la actividad protectora de los derechos humanos, pasó por alto la interpretación gramatical del mencionado precepto y deja en libertad a toda persona ante el dictado de una sentencia absolutoria.

La base de su proceder es la voluntad y el atrevimiento de hacer una interpretación conforme del precepto legal penal a la Constitución del Estado de Chihuahua, pero en sintonía a lo previsto en la Constitución federal mexicana y en el Pacto de San José. Lamentablemente, no todos los jueces actúan conforme al principio de presunción de inocencia,²¹ pero ello no impide hacer patente que la libertad personal no puede quedar restringida hasta en tanto cause ejecutoria la determinación absolutoria de quien, en ese momento, resulta inocente.²²

²¹ Sobre interpretación renovada del derecho Cfr. E. Carpizo, *Derechos fundamentales. Interpretación constitucional. La Corte y los derechos*, México, Porrúa.

²² Incluso algunas de esas prácticas se dieron con motivo de la clase de Derecho Constitucional Judicial que impartí en la Maestría en Derecho Penal Judicial y Derecho Civil y Mercantil Judicial, del Centro de Capacitación del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Chihuahua.

Otro caso que reiteró la posibilidad de ejercer el control difuso en forma previa al engrose de la sentencia dictada por la Corte de Justicia en sesión privada del 20 de septiembre de 2011, en el expediente Varios 912/2010, lo fue el toca de apelación 43/2011, radicado y resuelto por la Cuarta Sala Penal Unitaria del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León. Una sentencia novedosa por su calidad argumentativa en pro del debido proceso.

En efecto, el precepto 224, fracción v, del Código Penal para el Estado de Nuevo León, contempla los “delitos cometidos en la administración y procuración de justicia”, y permitió la imposición de sanciones a “servidores públicos, empleados o auxiliares de la Administración y Procuración de Justicia y de los Tribunales Administrativos [...] [que no cumplieran] una disposición que legalmente se les comunicó por su superior competente”.

Al respecto, el magistrado Carlos Arenas consideró que al imponerse una condena a un servidor público o auxiliar de la administración y procuración de justicia, con base en el incumplimiento de aquello que la autoridad administrativa considere que debe hacerse, se viola el artículo 14 constitucional por tratarse de un tipo penal de configuración futura y discrecional.

La aplicación de ese artículo como fundamento del proceso penal a que se encontraban sometidos unos policías estatales, implicó la violación del derecho humano a ser procesado y, en su caso, condenado por hipótesis previas a una conducta señalada como delito. Vale recordar que en esa fecha estaba vigente la tesis de jurisprudencia que prohibía el control judicial difuso por parte de jueces estatales de rubro “CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN”,²³ por lo que el magistrado Arenas tuvo que superar la interpretación *contra legem* de la Corte e interpretar de manera proactiva el derecho con el objeto de hacer efectivas las reformas en materia de derechos humanos de junio de 2011, pero por medio del entonces cuestionado control judicial difuso en México.

Con esa visión, el magistrado adujo, en esencia, que cuando el legislador reforma de manera sustancial algún precepto, dígase la Constitución, la interpretación judicial previa es susceptible de variar al tenor del nuevo postulado constitucional o legal; razón por la cual no esperó a que la Corte mexicana interrumpiera los criterios jurisprudenciales limitantes de la protección a los derechos humanos y de la defensa de la Carta Magna.

Así, el magistrado Arenas Bátiz optimizó el contenido del artículo 1o constitucional y demostró que la vigencia de los derechos y libertades humanas está por en-

²³ Cit.

cima de cualquier interpretación arcaica o ajena a las demandas de justicia, ya que el precepto en mención obliga a "todas las autoridades", en el ámbito de sus competencias, a respetar, proteger y garantizar derechos humanos, siendo ésta la razón fundamental de su sentencia, misma que considero una muestra temprana, efectiva y coadyuvante de valentía en la interpretación conforme del derecho local al de fuente nacional e internacional.

La sentencia del magistrado Arenas sirvió de precedente al Pleno de la Corte de Justicia y, en aras de un diálogo entre tribunales, los ministros implícitamente se acogen a dicha resolución con el fin de interrumpir los criterios que impedían el control constitucional difuso en México. La coincidencia de la Corte con el criterio del magistrado Arenas hizo cesar las presiones a que había sido objeto, pues debemos reconocer que en México aún no es tarea fácil la protección a los derechos humanos.

Control constitucional difuso ¿competencia federal o estatal?

Desde un punto de vista argumentativo, quien puede lo más, puede lo menos, por lo que si el Poder Judicial federal puede declarar la inconstitucionalidad de una norma, entonces, también podrá inaplicar su contenido.

Ahora ¿de qué depende la pertinencia del método para inaplicar una norma frente al utilizado para declararla inconstitucional?, y ¿qué deviene más favorable: la inaplicación o la inconstitucionalidad de una ley?

Es evidente que esas preguntas admiten varias respuestas, una general y otra acorde al sistema constitucional de que se trate. La respuesta general acepta que los presupuestos para inaplicar una norma o declarar su inconstitucionalidad, están formalmente relacionados con un tema de facultades y competencias, pues bastará que el contenido del precepto tildado de inconstitucional resulte contrario a la Carta Magna para que la autoridad competente proceda a inaplicarlo o a declararlo inconstitucional.

En México, las autoridades judiciales locales tienen competencia para inaplicar, mas no para declarar la inconstitucionalidad de una norma, cosa distinta ocurre con los jueces y magistrados del Poder Judicial de la Federación, quienes además de tener facultades para declarar –vía amparo– la inconstitucionalidad de una norma también las inaplican, pasando por alto que acorde a los artículos 124 y 133 constitucionales eso es facultad exclusiva de jueces estatales.

Como se sabe, los jueces de distrito tienen una doble función: como juzgadores de procesos ordinarios y en materia de amparo; si actúan como jueces de proceso ordinario la viabilidad de la inaplicación no deviene compleja, sobre todo ante la

existencia de normas inconstitucionales. El verdadero problema, considero, se origina en el proceso de amparo, cuando en suplencia de la queja surge la disyuntiva de declarar inconstitucional un precepto o inaplicarlo en el caso concreto.

Al respecto, la Suprema Corte ideó dos lineamientos para proceder a la inaplicación,²⁴ a saber:

- a) Que la interpretación conforme en sentido amplio, esto es, conforme a derechos humanos previstos en la Constitución o en tratados internacionales, sea insuficiente.
- b) Que la interpretación conforme en sentido estricto, es decir, escoger la interpretación más favorable, tampoco resulte suficiente.

Esos elementos, dirigidos tanto al juez estatal como al federal tienen por objeto compatibilizar la inaplicación con el control concentrado, no obstante, los pasos previos de análisis en cita son los mismos que, en esencia, deberá tener en cuenta el juzgador federal antes de declarar inconstitucional un precepto, pues siempre tendrá la posibilidad de escoger entre realizar una interpretación conforme de la norma a la Constitución, declararla inconstitucional o inaplicarla, opciones que únicamente dependerán de la forma de concebir el derecho y de la comodidad interpretativa adoptada al momento de estudiar el caso, ya que existen asuntos donde se puede optar por comprender una norma o algunos de sus elementos para establecer armonía constitucional.

De lo expuesto, se advierte que la declaratoria de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y la inaplicación, comparten un presupuesto básico, ¿cuál?, que el contenido del precepto reclamado con motivo de su aplicación o entrada en vigor, genere un perjuicio al promovente o viole derechos humanos nacionales o internacionales en abstracto.

Y ¿por qué considero que la inaplicación en el amparo genera algunas incompatibilidades con el sistema de control constitucional concentrado en México?

Reitero, quien puede lo más, puede lo menos, pero quien hace lo menos –inaplicar–, deja de hacer lo más –declarar inconstitucional la norma– y actúa sin consideración del sistema y de su deber garante de la Carta Magna.

Se entiende que al juez local se le dota de una facultad coadyuvante al sistema de control constitucional concentrado, dado que conoce de la gran mayoría de conflictos o conciliaciones ocurridas en sociedad cuya normativa puede resultar contraria a la Constitución.

²⁴ "PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, diciembre de 2011, t. I, tesis: P.LXIX/2011, p. 552.

Esa actividad se entiende mejor si partimos de un sistema de control constitucional como el chileno, donde las leyes cuya inaplicación se solicita vía acción de inaplicabilidad, son las futuras normas declaradas inconstitucionales por el tribunal competente.²⁵

Por ello, no estoy de acuerdo en que los jueces federales, al igual que los locales, tengan competencia no expresa para inaplicar los preceptos legales que a su vez no puedan ser objeto de interpretación conforme, la cual sí es susceptible de ser empleada por cualquier autoridad o ciudadano, ya que, por una parte, resulta inconstitucional renunciar a la naturaleza de control concentrado que profesan y acogerse a una opción reservada a los estados y, por otra, hacer lo menos cuando pueden hacer lo más, afecta los derechos de una sociedad interesada en que los jueces federales no homologueen su función a la de los juzgadores estatales, pues ello limita su efectividad.

Lo anterior, puesto que la inaplicación judicial federal de un precepto contrario al derecho de fuente nacional o internacional priva de la posibilidad de que la concesión del amparo tenga efectos erga omnes conforme al procedimiento previsto para la declaratoria general de inconstitucionalidad, salvo que la Corte emita una jurisprudencia donde homologue a la inaplicación como acto susceptible de tener efectos generales al tenor de lo previsto en la Ley de Amparo y en la Constitución. Mientras ello no ocurra, lo factible es que los órganos federales en materia de amparo eviten inaplicar normas, excepción hecha de las reglas que rigen el amparo cuya inconstitucionalidad sí podrá motivar su inaplicación.

La Constitución y la Ley de Amparo son claras al disponer que si la sentencia que declara inconstitucional una ley no es impugnada vía revisión, entonces no habrá oportunidad de que un magistrado pueda solicitar a la Corte la apertura del procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad.

Por tanto, sí a la inaplicación de normas por jueces federales cuando:

- a) Sean juzgadores en materia de amparo, pero sólo para inaplicar normas provenientes de la propia ley que regula la materia y su actuar.
- b) Sean jueces de procesos federales ordinarios.

No a la inaplicación de normas por jueces de amparo cuando se trate de las que sustentan el procedimiento, proceso o acto reclamado.

Ante un abuso del sistema difuso, ¿control constitucional indirecto?

Los jueces estatales han recibido con beneplácito que la Corte de Justicia les haya reconocido y a su vez devuelto la facultad para inaplicar normas que contravienen el texto de la Carta Magna. No obstante, hay voces que afirman abusos en el ejercicio de dicha competencia. La existencia de licencia para delinquir ante la inaplicación de tipos penales en el ámbito federal y local, así como la inobservancia de plazos procesales o procedimentales por estimarlos contrarios al Pacto de San José, han dado pie a que vuelva la desconfianza en que el Alto Tribunal basó la proscripción del control difuso en México, por ende, la posibilidad de analizar la constitucionalidad de una norma está motivando descontento en gremios del poder que ahora se unen a los argumentos de antaño sobre lo inviable de un juez local con dicha potestad.

Algunos piensan que la solución sería una ley sobre la procedencia del control difuso, la cual podría vulnerar —conforme a los artículos 124 y 133 de la Norma Suprema— una competencia expresamente reservada a los estados y generar un atentado al principio de independencia judicial. Hasta hoy, ciertos abusos se quedan en el anonimato debido a que muchas veces no se impugna la resolución judicial que desvía el ejercicio del control difuso, y la jurisprudencia federal apenas se está ocupando del tema mediante la expedición de lineamientos que permitan un ejercicio “armónico” del control constitucional americano con el europeo.

²⁵Sin embargo, considero prematuro que a pocos meses de haberse reconocido en México la posibilidad de practicar el control difuso, se esté pensando en desaparecerlo o limitar su procedencia bajo el argumento de conservar una defensa constitucional “idónea”. Evidentemente, el desvío del poder debe detenerse pero sin afectar la competencia constitucional atribuida a órganos judiciales cuya corrupción siempre habrá de sancionarse, pero en términos de lo que racionalmente permite nuestro sistema y su relación con el ámbito externo.

La propia Corte de Justicia ha sido cuidadosa al exponer los términos en que debe proceder el control difuso y su relación con la vigencia de tratados internacionales en el país. Al respecto, cito un criterio judicial que expresa un matiz muy pequeño con relación a cómo debe operar el control difuso para reiterar que es en la función jurisdiccional donde existe la obligación a “dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia”.

²⁵ Cfr. Williams Valenzuela Villalobos, *El control reparador de constitucionalidad de las normas legales: un análisis comparativo de los tribunales constitucionales de Chile e Italia*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2012, pp. 76 y ss.

²⁶ Cfr. “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, diciembre de 2011, libro III, tesis P.LXVII/2011 (9a.), p. 535.

Ahora, en el extremo de que el control difuso provoque desigualdad e injusticia, quizá sea momento de adoptar un control incidental o indirecto sobre normas que al parecer atentan contra lo previsto en la Constitución y en el derecho de fuente internacional, lo que significa reformar el artículo 133 de la Carta Magna para que en vez de que sea el juez ordinario quien declare la inaplicación de una norma, mejor someta a consulta del tribunal constitucional respectivo –federal u ordinario– las razones que a su parecer motivan la inaplicación de un precepto legal y sólo en caso de que dicha apreciación sea avalada, inaplicar el precepto sin impedir su revisión vía amparo, cuando el órgano que ratifique el criterio sea un órgano local, pero en el supuesto de que se trate de un tribunal constitucional: la determinación será inatacable en el ámbito interno.

Este sistema ha dado resultado en algunos países de Europa y Latinoamérica, entre ellos, Alemania, España, Italia, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela.²⁷ Se trata de una opción más asequible que nuestra tendencia por reconocer en apariencia las cosas, sin descartar que el funcionamiento adecuado del control difuso o del indirecto o incidental depende de la visión estática o progresiva que el intérprete tenga del derecho.

3. El control de convencionalidad y la actividad protectora de los derechos humanos

El control convencional, como se sabe, actualmente emana de la jurisprudencia supranacional, como método lógico para analizar actos, normas u omisiones provenientes de Estados Partes que al parecer violan derechos humanos. La sentencia en el caso *Almonacid*, muestra cómo la Corte Interamericana ante una notoria influencia del control de constitucionalidad, bautiza su método de análisis con el adjetivo “convencional” e impone la obligación de ejercerlo a Estados Partes.²⁸

Al respecto, Sergio García Ramírez distingue entre control convencional externo e interno, esto es, original o derivado, clasificación que a su vez se basa en el

²⁷ Cfr. Humberto Nogueira, *Justicia y tribunales constitucionales en América del sur*, pp. 287 y ss.

²⁸ En el caso en cita, la Corte Interamericana dijo que las autoridades judiciales deben hacer: “Una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Cfr. “Caso *Almonacid Arellano y otros*”, en Sergio García Ramírez (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, vol. IV, pp. 619-655.

Un sistema parecido se encuentra en el modelo francés, el cual valora el contenido de las leyes internas en consonancia a lo dispuesto en sus compromisos internacionales.

tipo de autoridad que lo ejerce,²⁹ esto es, la Corte Interamericana (control convencional externo) y los jueces nacionales (control convencional interno). Veamos en qué consiste cada uno y el tipo de referentes jurídicos de que parten, sin olvidar nuestra propuesta de optar por una simple actividad protectora, represiva o preventiva, en materia de actos, normas u omisiones, incluidas, reformas constitucionales y tratados internacionales.

Control de convencionalidad

En América, por más de dos décadas, el control de convencionalidad –material y formal– se confió a los integrantes de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos: órganos creados para conciliar o condenar a los países sujetos a su competencia, entre ellos México, que actúen, sean omisos o legislen en forma contraria al contenido o entendimiento judicial de un compromiso internacional.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos no necesita tener naturaleza judicial para realizar el control de convencionalidad, pues materialmente analiza los actos del Estado demandado a partir de su compatibilidad con los estándares jurisprudenciales y tratados internacionales vinculantes al sujeto pasivo. De ahí que, desde una perspectiva material, la Comisión ejerza un método de convencionalidad, inclusive la actividad protectora que propongo identificar.³⁰

Hasta 2003, la nota distintiva entre control de constitucionalidad difuso o concentrado y el control de convencionalidad estribó en las instancias o sujetos a quienes correspondía esa labor y en los documentos jurídicos en que basaban el enjuiciamiento de la actividad o inactividad del Estado.

En la actualidad, el principio de interpretación pro persona, en su variante de preferencia normativa, permite aplicar la norma interna o externa que mayor beneficio otorgue a la persona, por lo que válidamente se puede hablar de una interpretación conforme del derecho internacional al nacional siempre y cuando sea con el fin de privilegiar la dignidad humana. Un fenómeno similar se presentó ante la existencia de constituciones locales que, frente a la federal, prevén un mayor reconocimiento u optimización de derechos y libertades.

Como sabemos, el control constitucional difuso o concentrado es ejercido por los jueces de todo el país o algunos especializados y los referentes para valorar el contenido de los actos, las leyes o las omisiones impugnadas, son el texto de la

²⁹ S. García Ramírez, “El control judicial interno de convencionalidad”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año V, núm. 28, México, julio-diciembre de 2011.

³⁰ Véase *infra*, apartados “5. La actividad protectora de los derechos humanos” y “6. Presupuestos para la actividad protectora de los derechos humanos”.

Carta Magna y la jurisprudencia existente sobre su contenido, sin soslayar el derecho de fuente internacional y, en estricto sentido, el control de convencionalidad es realizado por una autoridad externa al país, con el fin de valorar la Constitución o las normas u omisiones internas a la luz de lo dispuesto en un tratado internacional y su interpretación interamericana, salvo que el derecho nacional sea más protector que el externo.

En mi opinión, el control de convencionalidad es el análisis para determinar si una norma, incluida la Constitución de un Estado o su interpretación, es conforme al contenido de un convenio internacional o jurisprudencia vinculante, incluso para analizar si el acto es acorde al propio derecho interno que desarrolla o resulta armonioso al derecho internacional de los derechos humanos, sin declarar la invalidez o inconstitucionalidad de la norma.³¹

El objeto fundamental del control de convencionalidad consiste: a) en hacer respetar y cumplir el contenido de los convenios jurídicamente vinculantes al Estado demandado; b) en hacer respetar y cumplir el contenido de la jurisprudencia manada de la interpretación y aplicación de los convenios y protocolos internacionales; c) en hacer respetar y cumplir el contenido de las normas internas o precedentes judiciales o administrativos que por sí sólo o en forma armónica al derecho internacional de los derechos humanos –o viceversa– resulte aplicable en favor de la dignidad humana, y d) en reparar los ultrajes a los derechos humanos e indemnizar a la víctima o víctimas de la violación, sin eludir la idea de protección subsidiaria a los derechos humanos, la cual reconoce a los Estados Partes su competencia originaria para resolver los conflictos que se susciten por inobservancia de los tratados o convenios que les vinculan y sin que esto último pueda considerarse control convencional interno, tal y como afirmamos más adelante.³²

¡Así es como debe entenderse y funcionar ese sistema! Pasemos al control convencional denominado interno.

³¹ Ese concepto lo propongo con base en una interpretación armónica de los argumentos expuestos en los casos: *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, 25 de noviembre de 2003, serie C, núm. 101 y *Tibi vs. Ecuador*, 07 de septiembre de 2004, serie C, núm. 114; y *Almonacid Arrellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154. Cfr. S. García Ramírez (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, vol. II, pp. 352-390 y 651-685. Cfr. E. Carpizo, *Diccionario práctico de justicia constitucional*, p. 40.

³² Véase, *infra*, apartado "4. Crítica al control convencional interno o derivado. Propuesta de ¿control constitucional nacional o interamericano?"

Control de convencionalidad Interno

A partir de los casos *Almonacid Arrellano y otros vs. Chile* y *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, la Corte Interamericana reitera que su existencia es subsidiaria y que el control convencional no es de su exclusiva competencia, ya que los Estados Partes también pueden ejercerlo ya que no resulta del todo atinado que siempre la Corte Interamericana conozca de conflictos internos: pues ello violaría el derecho a un juez natural, quien también puede resolver conforme al contenido de los compromisos internacionales y la jurisprudencia que los interpreta.³³

Con esa postura, la Corte Interamericana incurre en el extremo de imponer, so pena de condenar al Estado Parte, lo que a su criterio identifica como control convencional, sin observar la realidad jurídico social del país exhortado a emplear un control innecesario, situación que podría conducir a un protagonismo desconocedor de la operatividad del sistema que da origen al llamado control convencional, esto es, el control de constitucionalidad, cuyo ámbito de valoración incluye no sólo a las normas nacionales, sino también a las de fuente internacional.

Reconozco la valía de maximizar la obligación de analizar los tratados internacionales que conforman lo que el maestro Fix-Zamudio denomina derecho de fuente internacional, es decir, derecho adoptado por el Estado que puede regir la mate-

³³ Ese trabajo requiere armonizar y no simplemente aplicar de forma indiscriminada el principio de jerarquía. Los casos en que también se basa la evolución del control de convencionalidad, son los siguientes: *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 162; *Caso Boyce y otros vs. Barbado*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 169; *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C, núm. 186; *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209; *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, sentencia de 26 de mayo de 2010, Serie C, núm. 213; *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C, núm. 214; *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C, núm. 215; *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C, núm. 216; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 1 de septiembre de 2010, Serie C, núm. 217; *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 218; *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; *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010. Cfr. S. García Ramírez (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

ria penal, civil, laboral, etc., mas no la intención de llamar a ese análisis control convencional interno.³⁴

Actualmente, lo que denomino simple actividad protectora de los derechos humanos, resulta ser más bondadosa; la razón es lógica, el operador no se encuentra limitado al contenido esencial de las normas o catálogo de derechos previsto a nivel interno, sino que puede acudir al derecho de fuente internacional con el fin de retar su creatividad interpretativa en pro del ser humano y su entorno ambiental, sin olvidar, en ese sentido, la obligación de toda autoridad del Estado en términos del artículo 1o constitucional, de resolver a favor de la dignidad humana a falta de preceptos o jurisprudencia vinculante.

¿Control de convencionalidad interno-difuso?

Pocos académicos pretenden adicionar al control de convencionalidad con el adjetivo difuso. Otros se inclinan por la existencia de un control convencional externo realizado por instancias internacionales, frente a uno de índole interno confiado a órganos nacionales.³⁵ En ambos casos, tanto el citado control de convencionalidad difuso como el control de convencionalidad interno, se encomienda a autoridades de naturaleza judicial. Ahora, creo que esas clasificaciones muestran creatividad y sobre todo mayor utilidad la segunda, no obstante, las dos resultan un tanto empeñadas en limitar el método de control a órganos judiciales.³⁶

He dicho que los sistemas de control judicial —concentrado o difuso— preservan el principio de supremacía constitucional y analizan los actos, las normas y las omisiones a la luz de lo dispuesto en la Constitución federal. Ahora, el sistema que permite estudiar abstenciones, actos y normas conforme a lo dispuesto en convenios inter-

³⁴ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Protección jurídico constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en los ordenamientos de Latinoamérica", en Javier Pérez Royo et al., *Derecho constitucional para el siglo XXI*, t. I, España, Aranzadi, 2006, pp. 1727-1746.

³⁵ S. García Ramírez (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

³⁶ Sobre esta tendencia pueden consultarse Elena I. Highton, "Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad", en Armin von Bogdandy et al. (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un *ius Constitutionale Commune* en América Latina?*, t. I, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas/Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht/Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011, pp. 107-173; y Néstor Pedro Sagüés, "El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo", en Armin von Bogdandy et al. (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un *ius Constitutionale Commune* en América Latina*, México, t. I, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas/Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht/Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011, pp. 381-417.

nacionales y su entendimiento, a pesar de lo dispuesto en el derecho interno, privilegiaba un principio de coordinación del derecho de fuente internacional con el de origen nacional en relación con el principio pro persona en su variante de preferencia normativa, pues la existencia de tratados internacionales impone una obligación a todas las autoridades del Estado Parte —pero también a las interamericanas— de optar por el derecho interno frente al externo cuando el primero resulta más protector.

En ese contexto, no debe monopolizarse a favor del Poder Judicial la posibilidad de analizar un acto de autoridad, incluidos los emanados de particulares que puedan violar derechos humanos conforme a un tratado internacional o su interpretación, pues esa actividad a favor de la dignidad humana es libre y susceptible de ser empleada por cualquier autoridad del Estado con independencia de que sea o no de naturaleza judicial. Profundizo mi postura.

La idea de un control limitado o dirigido a jueces es acorde al sistema vigente en los Estados Unidos de América, país que no se encuentra sometido a ninguna autoridad trasnacional, ni convenio internacional protector de la dignidad humana, sino a simples convenios bilaterales de naturaleza económica o referentes provenientes del texto o interpretación de su Norma Suprema; situación que a su vez muestra una tendencia diferente a la que México y otros países de Latinoamérica adoptan en materia de respeto y desarrollo a los derechos humanos.

Basta con recordar el caso Tamayo, quien fue ejecutado en el estado de Texas sin haberse respetado su derecho humano al debido proceso a pesar que existir un convenio firmado con la federación estadounidense al respecto y, por ende, sólo se pedía el cumplimiento de formalidades básicas a la imposición de la pena capital. Interpretación legalista en detrimento de la dignidad humana, sin descartar la deplorable aceptación de la inusitada —en gran parte del mundo— pena de muerte.

Por ello, la pregunta en este apartado remite a una lógica y notable transición en materia de tutela y preservación de la dignidad humana, la cual no debe confundirse o mezclarse con ideas tendentes a limitar su ejercicio a jueces tal y como el adjetivo "difuso" evidencia, ya que las posturas extremadamente técnicas únicamente obstaculizan el ámbito de reconocimiento y garantía a los derechos humanos. Comparto mi visión sobre el control de convencionalidad interno o derivado.

4. Crítica al control convencional interno o derivado. Propuesta de ¿control constitucional nacional o interamericano?

No es del todo aceptable afirmar la existencia de un control convencional interno o convencional interno difuso. Considero que el único control convencional existente es el externo, esto es, el originario, aquel realizado por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

Si bien el planteamiento de control convencional interno podría llegar a cuestionar la necesidad de un control de constitucionalidad, al creerse, sin razón, más amplio, lo cierto es que nadie podrá negar la inviabilidad de hacer clasificaciones innecesarias con el objeto de distinguir lo que es claro y es una realidad, esto es, que el derecho internacional –al ser aceptado por el Estado– forma parte del derecho constitucional y eso le permite al juzgador, autoridad o persona en el país, efectuar una labor protectora de los derechos humanos –con base en una gama de instrumentos nacionales o internacionales– para proteger de manera más amplia al ser humano; y esa tendencia, a mi juicio, es la que debe fomentarse.

Así, cuando los derechos y libertades humanas de fuente internacional se reconocen en el orden jurídico nacional, los jueces no hacen control convencional “interno”, sino simple control constitucional, ya que el tratado internacional forma parte del derecho nacional y, por tanto, la naturaleza de análisis a nivel estadual es constitucional: no convencional “interno”, pues los convenios, como dije, al momento de ser ratificados pasan a ser norma suprema de toda la unión y, por ello,³⁷ está de más afirmar que los juzgadores internos, sin consideración de jerarquías y materia de especialidad, deben realizar un análisis convencional con relación a la clásica metodología de control constitucional –difuso o concentrado–, para la inaplicación o declaración de invalidez de actos, leyes u omisiones: al ser implícita la obligación en el control constitucional de analizar el derecho de fuente internacional.

Opino que el método con que se ejerce el control de constitucionalidad es el mismo que se atribuye al control convencional, empero, sigue siendo mejor opción hablar de una simple actividad protectora de los derechos humanos carente de las reticencias en un control reservado a jueces nacionales o internacionales, con independencia de que se adopte una postura que distinga entre control convencional original, derivado o difuso, pues se continúa limitando a juzgadores cuando la actividad protectora puede ser ejercida por personas y autoridades aunque no sean jueces, ya que a nadie se le puede impedir actuar en favor de su comunidad o medio ambiente, sin que ello impida su revisión a través de instancias competentes.

Al respecto, podemos hablar de control convencional sólo cuando el acto, ley u omisión se analiza por un tribunal internacional al tenor exclusivo de una o varias convenciones, y usando de manera accesoria los instrumentos jurídicos internos del país demandado. Debemos tener presente que el calificativo constitucional o convencional, principalmente depende del referente jurídico del que parte.

De ser cierta nuestra afirmación, tendríamos que identificar al control conforme a la variante interpretativa que el órgano del Estado o transnacional emplee, pues puede ocurrir que un país se apegue al contenido de un tratado internacional, opinión consultiva o interpretación judicial o administrativa ajeno a su sistema, esto

es, no vinculante, con lo cual se estaría obligando al tenor de una actividad convencional –no constitucional– ya que el instrumento base de la determinación no es parte de su sistema normativo.

Con esa visión, será control constitucional si se hace con base en una Constitución y será control convencional, quizá interno, si el estudio es a partir de un instrumento internacional que no es considerado derecho constitucional por el Estado Parte.

No obstante, puede darse el caso en que la Corte Interamericana aplique de manera preferente el derecho interno por considerarlo más protector, en cuyo caso, valdría preguntarse si tal actividad debe denominarse control convencional, habida cuenta que la sentencia se basa en el derecho constitucional del Estado demandado y, por ende, materialmente ejerce control constitucional: para interpretar en favor de quien reciente una violación a un derecho humano, mas no para declarar inconstitucional un precepto.

Planteo dos ideas que en la defensa de los derechos humanos cobran especial vigencia y efectividad, me refiero a las dos variantes que hoy se le pueden atribuir al control constitucional, el cual válidamente puede ejercerse conforme a una variante interna y otra de índole externa, ya que los únicos que pueden hacer –de manera conjunta o separada– control convencional o constitucional, son la Corte Interamericana y los países apegados a un sistema que considera a los convenios internacionales en forma paralela a su derecho interno, ¿por qué? porque pueden optar entre una y otra metodología de análisis en aras de optimizar la protección de los derechos humanos en juego, con independencia de la jerarquía dada al tratado, pues se entiende que privilegian el principio pro persona en su variante de preferencia normativa.

Ahora, considero valiosa la oportunidad de analizar si en realidad puede resultar viable nuestra propuesta de control constitucional interno o externo. Expongo argumentos.

Será control constitucional externo cuando el Estado demandado ostente una Carta Magna, como la de Ecuador que en algunos casos otorga mayores y mejores derechos que el Pacto de San José, en cuyo caso, la Corte no tendrá más remedio que aplicar el derecho interno en favor de la parte actora.

Sólo en ese sentido tendría cabida distinguir entre interpretación o método de valoración –control– interno o externo, pues tanto el órgano judicial transnacional como el nacional tienen la obligación de aplicar el documento nacional o internacional que mayor protección otorgue al derecho o libertad en juego y, hasta entonces, realizar una interpretación constitucional externa o interna, es decir, si se trata de una autoridad transnacional –control constitucional externo– o si el órgano es estatal o una persona –interpretación constitucional interna–, nótese cómo empleamos el término interpretación o actividad protectora de los derechos humanos como si-

³⁷ Véase *supra*, “Control de convencionalidad interno”.

nónimo de método de control que usa de manera directa la Norma Fundante de un Estado Parte o tratado internacional vinculante como extensión a su propia Carta Magna.

Existirá control constitucional o simple actividad protectora de los derechos humanos, en países como Argentina, Brasil o México, entre otros, que ven en la Constitución un documento normativo que debe ser entendido como un mínimo de derechos y libertades susceptible de ser maximizado con base en instrumentos nacionales o internacionales previamente adoptados.

No se discute, insisto, existirá control convencional externo cuando la autoridad transnacional aplique de forma directa la convención americana –o en armonía al derecho interno– y sólo control convencional interno cuando un Estado Parte aplique algún tratado internacional que no le sea vinculante para solucionar un conflicto, esta última hipótesis acontecerá en sistemas que, expresa o tácitamente, autorizan el uso de convenios, pactos o protocolos no obligatorios o si el país voluntariamente se acoge al mismo sin necesidad de fomentar o reconocer alguna de las posturas clásicas en el tema, pues desde la óptica del derecho internacional público: el tratado se vuelve obligatorio si el Estado lo aplica como medio idóneo para resolver una controversia interna.

De ahí que no exista razón suficiente para realizar clasificaciones que, desde el punto de vista histórico o pedagógico, no son acordes al modelo de Estado constitucional que vivimos y, dada la complejidad con que se proponen en razón a que no son inclusivas sino excluyentes, terminan por no coincidir del todo con el objeto tutelar de los múltiples instrumentos creados para nulificar atentados al desarrollo humano en cualquiera de sus rubros ambientales, económicos, sociales o políticos.

Cabe reiterar, todos los instrumentos de derecho internacional, una vez adoptados, son una extensión de la Constitución de cada país, pues al tenor del documento constitucional interno se les reconoce vigencia nacional mediante lo que el maestro Fix-Zamudio denomina derecho de fuente internacional, por ello, no resulta apropiado afirmar que es control convencional interno el método empleado para validar la conformidad o no de una ley, acto u omisión al derecho de fuente internacional, en virtud de que el Estado reconoce al convenio como parte de su derecho interno y, por ende, continúa empleando control constitucional o simple actividad protectora de los derechos humanos con el propósito de hacer prevalecer el contenido de su Carta Magna, pero en armonía al derecho de fuente internacional; cosa distinta ocurre cuando la autoridad externa revisa la actividad estadual con base en un convenio internacional interpretado de forma armónica con el derecho interno, con lo cual sí realiza un auténtico control convencional.

Por esas razones, considero que no es propio hablar de control convencional externo u originario cuando el tribunal transnacional aplique el derecho interno como único medio para tutelar los derechos humanos en juego, por ser más pro-

ductor que el derecho internacional vinculante al Estado demandado, en ese caso, la Corte Interamericana estará practicando un control constitucional quizá externo, no convencional originario, pues deja de lado el uso del Pacto de San José con el objeto de aplicar la Constitución o normas internas para solucionar el conflicto.

Mi tesis consiste en fomentar una competencia abierta en materia de reconocimiento y protección a los derechos humanos, esto es, una actividad protectora de los mismos. El artículo 1o constitucional en México no distingue y dice: "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",³⁸ por eso propongo mantener el control constitucional o la actividad protectora de los derechos humanos –vinculante a todos los seres humanos– en vez del llamado "control difuso de convencionalidad" o "control convencional difuso" o "control convencional interno", limitado a juzgadores y alejado del contenido esencial del citado precepto 1o de la Constitución mexicana.³⁹ Analizo por qué.

5. La actividad protectora de los derechos humanos

Acorde a una idea preservadora de los derechos humanos y en lugar de darle otro nombre al control constitucional, reitero que detrás de ese método existe una actividad protectora de los derechos humanos con independencia del referente que se use para reconocer y garantizar un derecho o una libertad. Con esa perspectiva, optimizamos el espectro protector hacia el campo de otras autoridades del Estado –incluyendo a las personas–, pero sin marginar la obligación de observar el dere-

³⁸ "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. 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." Cfr. <<http://www2.scjn.gob.mx/red/leyes/>>.

³⁹ *Idem*.

cho de fuente internacional. Me inclino por una tendencia tutelar de la dignidad humana que procure su pleno reconocimiento, desarrollo y repare e indemnice violaciones⁴⁰ con independencia del nombre que se le asigne u órgano que la emplee.

En efecto, tanto el control constitucional como el control de convencionalidad tienen por objeto hacer respetar y potencializar los derechos y libertades de fuente nacional o internacional, la única diferencia estriba en las instancias encargadas de ejercerlo, por lo regular jueces conforme a un control interno o externo.⁴¹

De ser cierta esa idea, valdría pensar en una tendencia abierta que permita emplear un método común que no choque con el poder judicial. Con esa visión, deberá emplearse una simple actividad protectora de los derechos humanos que parta de un margen de acción más extenso —no limitado a un sólo tipo de autoridad— susceptible de ser operado por cualquier persona sensible de su naturaleza y entorno.

La constante percepción social respecto a la protección de los derechos humanos, incrementa el interés sobre diversos instrumentos e instituciones de defensa existentes para ello. Así, mientras el control constitucional interno, concentrado o difuso, se encomienda a un juez constitucional o jueces locales y el control convencional externo se encarga a los jueces interamericanos, lo cierto es que detrás de esas ideas existe el empleo de una actividad protectora de los derechos humanos, la cual se extiende a particulares y otras autoridades del Estado.

Mi postura consiste en hablar de a) un control de constitucionalidad interno reservado a jueces, con indiferencia de si se trata de un sistema concentrado o difuso, de b) un control convencional limitado a jueces transnacionales y de c) una simple actividad protectora de los derechos humanos susceptible de ser empleada por toda autoridad, nacional o internacional, incluidas las personas situadas en cada Estado Parte: pues todos tenemos la obligación de reconocer y proteger derechos humanos y todos somos todos...

En ese último inciso, también coloco al control constitucional externo y a las personas físicas o morales u organismos constitucionales autónomos que, sin ser autoridades del Estado, cumplen su obligación de reconocer, fomentar y proteger derechos humanos a través de sus actos o abstenciones. Opinar lo contrario conduce al absurdo de creer que por no ser autoridad judicial, presidente de la República, gobernador, diputado o senador, se podrá evadir la responsabilidad de reconocer y tutelar derechos humanos. Un ejemplo de actuar arbitrario —en ese sentido— lo era el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajado-

⁴⁰ Véase Jorge Carpizo, "Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características", en *Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, julio-diciembre, 2011, pp. 3-29.

⁴¹ Véase *supra*, apartado "4. Crítica al control convencional interno o derivado. Propuesta de ¿control constitucional nacional o interamericano?"

res, quien actuó en forma inconstitucional a pesar de un criterio judicial que le impedía actuar de esa forma.⁴²

Y pregunto al lector: un profesor, un reportero, una trabajadora social, un abogado, un campesino o miembro de agrupación étnica ¿puede violar derechos humanos en el ámbito de sus relaciones personales o profesionales por el simple hecho de no ser autoridad del Estado?

Una respuesta en sentido afirmativo dará por sentado que la sociedad no está interesada en que prevalezca una visión amplia sobre personas enfocadas en cumplir con su responsabilidad de reconocer, fomentar y proteger derechos humanos, sin importar si son o no autoridades del Estado. No obstante, debemos aceptar la existencia de gente que pueda ejercer una actividad protectora desde el ámbito de sus actividades diarias, sin requerir normas o reformas que así lo demanden o impongan.

Vale mencionar que la actividad de que hablo permite analizar omisiones, en cuyo caso, las autoridades del Estado deberán subsanar la inactividad detectada y reivindicarla al tenor de una determinación que otorgue mayor protección o beneficios al derecho humano en juego o al propio titular del derecho. Los casos de omisión legislativa, por ejemplo, cada vez son más recurrentes, tal y como demuestra el retraso en la aprobación de la Ley de Amparo de 2013, cuya emisión fue a más de 400 días del plazo constitucional de 120 otorgado al órgano legislador. Expongo algunos presupuestos en el reconocimiento y protección de los derechos y libertades humanas.

6. Presupuestos de la actividad protectora de los derechos humanos

El ejercicio de la actividad protectora de los derechos humanos, del control constitucional interno o externo y del control de convencionalidad originario, esto es, el reservado a la Corte Interamericana, implica contar con una visión renovada de Estado y de la interpretación del derecho. Como expuse, la visión restringida en materia de protección a los derechos humanos, está cada vez más en desuso y poco a poco deja de tener cabida en el orden jurídico nacional e internacional.

Si bien no necesitaba decirse en la Constitución, en virtud de que la interpretación congruente de su texto ya lo evidenciaba, nuestra costumbre por reformar todo y para todo, permitió reiterar la primacía de los derechos humanos nacionales al igual que los de fuente internacional.

⁴² "INFONAVIT. EL ARTÍCULO OCTAVO TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE REFORMA LA LEY RELATIVA, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 6 DE ENERO DE 1997, TRANSGREDE EL ARTÍCULO 123, APARTADO A, FRACCIÓN XII, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL", *cit.*, p. 252.

Así se desprende de la reforma constitucional de junio de 2011, cuyo artículo 1o, segundo y tercer párrafos, consolida una teoría abierta de respeto y salvaguarda a los derechos humanos y supera la idea del rango infraconstitucional de los tratados internacionales que contienen derechos humanos, sin embargo, el tema de la jerarquía de los tratados internacionales en México, pese al artículo constitucional en cita, ha sido complejo, pues algunos ministros opinan que deben tener un nivel inferior a la Carta Magna, por fortuna esa visión en la Corte cambió y se lograron emitir diez votos a favor, contra uno, para reconocer a los tratados internacionales en materia de derechos humanos una jerarquía constitucional, cuando no contravengan restricciones previstas en la Carta Magna.

Al respecto, el Alto Tribunal exceptuó la aplicación del principio pro persona en materia de restricción nacional a derechos humanos (parte in fine del artículo 29 constitucional) aspecto de la jurisprudencia interna que podría violar los convenios previamente ratificados por México que establecen un margen más amplio de protección.⁴³

Ahora, en la línea de acción del Estado constitucional, ejercer la actividad protectora de los derechos humanos y el control constitucional interno o externo, requiere entender:

- a) la transición de Estado legal a Estado constitucional, cuya actuación no solamente se basa en la Constitución que le da origen, sino también en lo dispuesto en derechos de fuente internacional y su respectiva interpretación;
- b) que la Constitución es norma jurídica vinculante para todos los seres humanos, sean o no autoridades;
- c) que entre derechos fundamentales y humanos no existe mayor diferencia que la simple denominación;
- d) que impartir justicia con mentalidad estática o legalista produce incalculables consecuencias negativas a nivel social o institucional;
- e) que los métodos de interpretación existentes desde hace más de dos siglos, con el fin de entender al derecho privado, actualmente, devienen insuficientes para la adecuada aplicación del derecho público;
- f) que la actividad inteligible tiene límites racionales;
- g) que las realidades no jurídicas y la costumbre constitucional e internacional, son elementos indispensables para la solución, si quiera plausible, de un conflicto constitucional o entre el ejercicio de los derechos;

⁴³ Cfr., versión estenográfica de la sesión de Pleno de la Suprema Corte de Justicia, del 3 de septiembre de 2013, disponible en la página web de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, disponible en <www.scjn.gob.mx>.

- h) que los compromisos internacionales en materia de derechos humanos deben ser apreciados y aplicados con la misma jerarquía y rigor que los derechos previstos en la Constitución;
- i) que toda violación a un derecho humano implica no sólo su restitución material, sino también la posibilidad de indemnizar al afectado;
- j) que no existe control convencional interno;
- k) que debemos aceptar la existencia de derechos de fuente nacional frente a los de origen internacional;
- l) que no hay monopolio en materia de reconocimiento y protección, de los derechos humanos;
- m) margen referencial amplio;
- n) superar el poder constituyente permanente y distinguir entre el órgano legislativo constituyente y el constituido, y
- o) la inaplicación de la jurisprudencia contraria a derechos humanos.

Consciente de lo inapropiado que resulta pronunciar ideas abstractas que a nada práctico conduzcan, expongo el porqué de cada una de las primeras 12 afirmaciones.⁴⁴

Comprender la transición de Estado legal a otro donde la Constitución se complementa mediante instrumentos e interpretaciones provenientes de un orden o autoridad externo

La renovación o preservación de principios y valores constitucionales se halla en la forma de concebir los cimientos del Estado. El Estado constitucional de derecho renace a partir de una idea renovada de soberanía, de supremacía constitucional y de impartición de justicia, con el fin de incluir instancias judiciales y administrativas transnacionales e instrumentos jurídicos modernos dignos de ser armonizados —con el derecho interno— en pro del perfeccionamiento de las instituciones y de los medios estatales o ciudadanos empleados para reconocer y garantizar derechos humanos.

Históricamente, correspondió al Estado constitucional emprender una serie de acciones con el objeto de cambiar las clásicas reglas en el ejercicio de las relaciones humanas y la operatividad del gobierno. De ahí que pasemos del Estado basado en la ley al Estado basado en la Constitución y de éste a un modelo donde la ley

⁴⁴ Sobre estos presupuestos hablé ante el profesor Héctor Fix-Zamudio y la ministra Olga Sánchez Cordero, con motivo de la presentación de mi libro: *Interpretación constitucional. La Corte y los derechos*, en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 18 de marzo de 2010.

y la Constitución: no son el único margen de apreciación en materia de desarrollo social e institucional, sino el arranque de una nueva forma de mantener el contacto pacífico con otras naciones, entre el derecho interno e internacional, su interpretación y las respectivas demandas de calidad en la atención humana.

Desde ese contexto, identifico tres elementos esenciales de transición. El primero, esencialmente a partir de la Carta de Naciones Unidas de 1944 y el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, el segundo, conforme a la existencia de órganos administrativos o jurisdicciones de justicia transnacional y, el tercero, acorde a la inexistencia de monopolio estadual en materia de reconocimiento y protección a los derechos humanos. Por ello, no hablo de un Estado regional, internacional, convencional o comunitario, sino de un Estado que coordina su ejercicio armónico a partir de principios de soberanía y supremacía constitucional relativos y vinculatoriedad armónica de convenios internacionales, en cuyo seno, ninguna autoridad puede ir más allá del contenido esencial de la Carta Magna, salvo que mejore su impacto en sociedad y el reconocimiento de los derechos y libertades.

No comprender esa forma de ver y jugar las nuevas reglas del juego, conlleva a un Estado aislado de su exterior y casi condenado a la petrificación de sus ideas, desarrollo y propósitos oficiales. Debe quedar clara nuestra visión de Constitución como base y no como cúspide, se podrá construir sobre ella todo lo que no derrumbe sus cimientos y, desde luego, se podrán robustecer sus cimientos en aras de maximizar su contenido.

Entender que la Constitución es norma jurídica vinculante para todos los seres humanos: sean o no autoridades

El paradigma que por mucho tiempo consideré a la Constitución como netamente política ¡hoy se encuentra superado! Que la Constitución mexicana se denomine "política" no conlleva desconocer que a partir de la Segunda Guerra Mundial del siglo pasado, en algunos países, haya recuperado la calidad de norma jurídica que le había sido sustraída a través del avasallante poder del legislador, en cuyo ambiente imperial los jueces –y otras autoridades– fungieron como meros operadores de la ley, mas no de la Constitución.

Recordemos que la puesta en práctica de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y de la Constitución francesa de 1791, no reconoció del todo la eficacia directa de tales documentos debido a la idea de que los derechos sólo valían en la forma y términos que el legislador dispusiera en la ley. Actualmente, esa tendencia es casi inexistente y su conservación deviene totalmente retrograda, insostenible, ¡bochornosa!

Comprender que entre derechos fundamentales y derechos humanos no existe diferencia

Teóricamente ha sido aceptada la idea de diferenciar a los derechos fundamentales de los derechos humanos,⁴⁵ aduciendo que los primeros son aquellos reconocidos en la Constitución, mientras que los restantes emanan de tratados internacionales en la materia.⁴⁶ Por fortuna, la idea decimonónica de identificar a las garantías individuales en México con derecho fundamental o humano: ha cambiado y sin demérito de su fin preservador de la dignidad humana, donde las prerrogativas de la persona incluyen derechos fundamentales y viceversa.

En ambos casos, pasar de garantías individuales a derechos humanos conforme a ideas preexistentes a la enmienda constitucional de junio de 2011, reafirma la idea de un Estado constitucional renovado y reconoce a los derechos como referentes susceptibles de ser optimizados en términos de lo que su propio contenido permita frente al ejercicio razonable de otros derechos u obligaciones estaduales de fuente nacional o internacional.⁴⁷

De ahí mi tesis respecto a la existencia de derechos humanos absolutos, pues el Estado solamente limita el ejercicio y no al derecho como tal. Considero que la posibilidad de imponer "límites" a los derechos humanos desde su reconocimiento en la Constitución o en un tratado internacional: impide analizar, donde no es posible el control de las reformas constitucionales y de los tratados internacionales, si la restricción es o no acorde a la prerrogativa humana, cuya dinámica –y no otra cosa– se pretende armonizar o hacer compatible con el ejercicio de otros derechos y libertades, por esa razón soy proclive al control judicial previo de enmiendas constitucionales y tratados internacionales.

La distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales se justifica en sistemas que otorgan una jerarquía infraconstitucional a los tratados internacionales. Si esa visión se supera, como entendemos hizo México con la reforma al artículo 1o constitucional, la idea de distinguir entre derecho humano y fundamental se desvanece en beneficio de la dignidad humana. De esa forma, el criterio de jerarquía normativa, en cuanto orden preferente de aplicación, cede camino frente al principio pro persona en su variante de preferencia normativa.⁴⁸

⁴⁵ Antes de la reforma constitucional de junio de 2011, el término garantías individuales era sinónimo de lo que ahora México reconoce como derechos humanos, es decir, los primeros 29 artículos de la parte dogmática de nuestra Constitución y algunos otros dispersos entre su parte orgánica.

⁴⁶ Cfr. Gregorio Peces-Barba et al., *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, Eudeba y Universidad Complutense, 1991, p. 265.

⁴⁷ E. Carpizo, *Derechos fundamentales. Interpretación constitucional...*, p. 108-114.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 133-142.

Reconocer lo negativo de proteger derechos humanos a partir de una mentalidad estática o legalista

El entendimiento del contenido y aplicación de los derechos humanos no se restringe, como aconteció en el Estado legal, al aspecto literal del precepto, sino que el intérprete va más allá de lo gramaticalmente previsto en la ley para identificar su esencia y generar, mediante su reconocimiento y salvaguarda, un impacto justo y equitativo del derecho en sociedad. Por eso, el operador o intérprete del sistema debe ser consciente de que el legalismo exacerbado ha sido superado en beneficio del ser humano y su entorno.

De ahí que, las normas procesales no deban estar por encima de un derecho humano, o dicho de otra manera, las normas adjetivas (procesales o procedimentales) no pueden impedir la observancia de una norma de índole sustantivo (derecho humano),⁴⁹ y devenga necesario operar el derecho acorde a una tendencia abierta donde la idea fundamental sea proteger a la persona y su medio ambiente, pero sin descuidar los límites que esa labor implica.⁵⁰

Saber y aceptar que los métodos de interpretación manados del derecho privado, por sí solos, devienen insuficientes para la aplicación del derecho público: interno o externo

La interpretación del derecho cambió y su ejercicio también. Ello puso de manifiesto que la Constitución y, por añadidura, los tratados internacionales, esto es, derechos de fuente internacional, no pueden ser operados o aplicados con base en lineamientos interpretativos creados para la comprensión de la ley ordinaria, pues el abismo que divide al producto del constituyente frente al del poder legislativo, ya constituido, indica la existencia de casos donde la solución a un conflicto entre el ejercicio de los derechos humanos o entre un acto de autoridad y esa clase de derechos, amerita pasar de un plano interpretativo clásico a otro donde la ponderación y la maximización de derechos: no deben estar ausentes, así, el artículo 1o de la Constitución mexicana reconoce el principio de interpretación a favor de la persona, cuya armonización con el postulado *iura novit curia*, posibilita erradicar la desagradable operatividad del estricto derecho.

Recordemos que a las autoridades se les paga para reconocer o declarar el derecho conforme a las situaciones planteadas o investigadas —*iura novit curia*—, pues son ellas las expertas en materia de respeto y tutela a los derechos humanos;

⁴⁹ Véase, *supra*, "Antecedentes".

⁵⁰ Cfr. E. Carpizo, *Derechos fundamentales. Interpretación constitucional...*, pp. 133-142.

considerar lo contrario, significaría un fracaso del Estado en el tema, en pocas palabras, incurrir en responsabilidad moral, política e internacional.

Saber y aceptar que la interpretación y protección de los derechos humanos tiene límites racionales

Compete a la autoridad analizar una controversia que no siempre tiene como punto de partida la violación a un derecho humano. No obstante, eso no impide realizar un estudio oficioso para determinar si en el caso existe algún atentado a prerrogativas humanas y, conforme al multicitado precepto 1o de la Carta Magna, armonizar el derecho,⁵¹ siempre y cuando la abstracción o generalidad con que por lo regular se redacta la norma nacional o internacional: no configure un espacio de apertura para la arbitrariedad, sino la oportunidad de actualizar y aplicar el contenido constitucional o de derechos humanos a partir de demandas sociales equilibradas.

Un actuar conforme a esa visión impide que el Estado incurra en responsabilidad internacional. Recordemos que los países que ratificaron el pacto de San José están obligados a respetar y aplicar su contenido, es decir, tienen la responsabilidad de atender al conjunto que integran, por lo que una persona, el Poder Judicial, Ejecutivo o Legislativo, un órgano constitucional autónomo o ente están obligados a cumplir lo convenido, sin que la protección a la dignidad humana implique ir más allá de lo racional y científicamente necesario para armonizar el sistema.

Identificar que las realidades no jurídicas y la costumbre constitucional e internacional, son elementos necesarios para la solución plausible de conflictos o aparentes controversias entre derechos

Al dejar de ser la tarea de reconocer y proteger derechos humanos un monopolio de las autoridades del Estado, resulta evidente que tal actividad requiere considerar aspectos que no suelen encontrar un respaldo íntegro o textual en la Norma Fundante o en tratados internacionales vinculantes o referenciales, sino en situaciones provenientes de un dinamismo social existente al momento de interpretar el sistema, es decir, costumbres o realidades no jurídicas determinantes para el establecimiento de un panorama abierto de armonización de derechos, por ende, si el texto de la ley, la Constitución o derecho de fuente internacional (tratado internacional vinculante o referencial), no reconoce o prevé un hecho, ello no obstaculiza que pueda ser observada la realidad con el fin de hacer justicia, ¿cómo?, mediante

⁵¹ Véase *infra*, "Alcances".

interpretación proactiva: donde las realidades no jurídicas, los usos y las costumbres tienen cabida.

Reconocer que los compromisos internacionales en materia de derechos humanos, deben ser apreciados y aplicados con la misma jerarquía y rigor que los previstos a nivel constitucional

México debe difundir la idea de que las prerrogativas contenidas en las cláusulas internacionales, previamente ratificadas, configuran una extensión al catálogo de derechos reconocidos y tutelados por la Norma Suprema, mismas que se denominan derechos de fuente internacional, por esa razón, no debe extrañar que su jerarquía sea igual a la del propio texto constitucional.

Reconozcamos que ésa es la tendencia de nuestra Constitución cuando impone:

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

Lo anterior, con independencia de que no exista reforma al artículo 133 de la Carta Magna, pues cualquier intento por resolver un conflicto entre derechos mediante la aplicación del criterio que apela a la supremacía del derecho interno frente a la del derecho internacional y su interpretación, estaría pasando por alto la aplicación del derecho a partir del principio pro persona, en cualquiera de sus variantes, preferencia interpretativa o normativa, así como la observancia del postulado iura novit curia: uno da los hechos y el juez el derecho, sin soslayar la flagrante violación a la cláusula 27 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual impone acatar el compromiso internacional pese a lo dispuesto en el derecho interno.

Por esa razón, reitero, no es pertinente el criterio dado por la Corte de Justicia en México al establecer que los tratados sólo tendrán rango constitucional cuando no contravengan a la Carta Magna, dado que una vez ratificados opera la citada cláusula 27 del Convenio sobre el Derecho de los Tratados en relación con la obligación prevista en la 2o del Pacto de San José, esto es, ajustar el derecho nacional al de fuente internacional celebrado, ratificado o utilizado a nivel interno. Aceptar lo contrario conduce al establecimiento de reservas a destiempo, lo cual es totalmente violatorio del pacta sunt servanda.

De ahí que nuestra apreciación siga siendo vigente hasta en tanto México no cambie de postura y comprenda que una vez ratificado el convenio no queda otro camino más que cumplir con lo pactado aún y cuando contravenga nuestro dere-

cho interno, pues se entiende que esa contradicción opera en beneficio de la dignidad humana y, por ende, el Estado aplicar el tratado y, en su caso, adecuar el orden jurídico nacional para hacerlo concordante al derecho de fuente internacional.

Que toda violación a un derecho humano implica restitución material e indemnización al afectado

El Estado mexicano ha desatendido el tema de la indemnización por violación a derechos humanos. La legislación de amparo, al igual que otras que regulan instrumentos de defensa constitucional, sólo prevé un incidente de cumplimiento sustituto ante la imposibilidad material de restituir al quejoso en el pleno goce del derecho vulnerado. Como es de esperarse, la solicitud de indemnización es compleja, pues implica agotar un procedimiento de ejecución tardío que cuando fracasa permite iniciar otro con el objeto de probar la imposibilidad jurídica de cumplir el fallo.

No obstante, nuestro país ha inaugurado –en el ámbito federal– una Comisión para la atención a víctimas de violación a derechos humanos, dicha institución será la encargada de analizar los reclamos con el objeto de recomendar un actuar apegado a derecho o, en su caso, indemnizar a los sujetos afectados y evitar condenas internacionales al país, pero –regresando al plano de la protección judicial de derechos y libertades– el proceso de amparo continúa requiriendo ajustes para no sólo declarar la existencia de violaciones a derechos humanos, sino también reconocer en la propia sentencia concesoria, el derecho del demandante a ser indemnizado en caso de que la autoridad demandada evada el cumplimiento del fallo protector o demuestre falta de interés en acatarlo.

Con ello se estaría privilegiando el principio de justicia pronta y expedita para evitar fraudes y lograr indemnizar al demandante, so pena de que las autoridades omisas incurran en delitos o faltas administrativas por desacato a una orden judicial, pero no conforme a tipos penales especiales (delitos) de configuración dolosa, sino sancionando la negligencia en el actuar de las autoridades o particulares responsables con el afán de evitar desvíos o retrasos en el cumplimiento de las determinaciones que reconocen y protegen derechos humanos.

Recordemos que la dignidad humana no es un juego y que los derechos humanos deben ser reconocidos y tutelados sin retardo alguno.

Bloque o margen de constitucionalidad amplio

Indudablemente, la actividad protectora de los derechos humanos, como método analítico implícito en cualquier sistema legislativo, ejecutivo o judicial de control

constitucional o convencional, ya sea concentrado, difuso o externo, requiere partir de una base ideológica sólida y de un cúmulo de documentos normativos o jurisprudenciales que posibiliten al operador poner a prueba sus habilidades y destrezas en favor de la dignidad humana.

Así, no es del todo correcto hablar de un margen referencial limitado a la Constitución y a los tratados internacionales que son ratificados conforme a su contenido, se necesita un conjunto normativo abierto cuyos contornos aparezcan al momento de armonizar el ejercicio adecuado de los derechos conforme al contexto donde se pretende gozar del mismo.

Mientras se mantenga la visión de un margen de constitucionalidad restringido a lo previsto en la Norma Suprema y en los convenios internacionales que no la contradigan, las personas sujetas a la jurisdicción México serán protegidas en forma limitada. México debe seguir el ejemplo de otros países de Europa y América Latina.

Distinción entre poder constituyente y poder constituido

La adecuada tutela de la humanidad y su entorno, no puede darse en forma eficaz si el Estado no establece y fomenta la diferencia que existe entre el poder constituido y el poder constituyente, reitero, aceptar la existencia de un poder reformador bajo la idea de uno de tipo constituyente permanente: es el principal aval de múltiples atentados al contenido esencial de la Constitución y de los derechos y libertades de fuente nacional e internacional que reconoce.

Comprender la diferencia marcada entre ambas asambleas legislativas permite la impugnación de las violaciones a los límites que el propio constituyente establece al órgano constituido para evitar que éste invada el ámbito competencial atribuido a quien sí tiene la potestad de modificar las ideas fundamentales del Estado.

La literatura al respecto es abundante y el desarrollo de los límites también, por lo que si no se ponen en práctica: la sociedad, en sus diversos sectores, seguirá resintiendo los excesos de un poder reformador ilegítimamente encubierto de la potestad de una de tipo constituyente o del llamado constituyente permanente.

La inaplicación de la jurisprudencia con independencia del órgano que la emita

Otro presupuesto básico en la actividad protectora de los derechos humanos es aceptar que la jurisprudencia emanada de cualquier autoridad nacional o internacional, puede ser inaplicada cuando su contenido sea contrario a la dignidad huma-

na, sometiendo la inaplicación, en su caso, a la valoración de la instancia correspondiente.

Aceptar una tendencia contraria, implica someter a la sociedad a las injusticias de un sistema jurisprudencial mal diseñado. Afirmo lo anterior porque las múltiples reformas a la Constitución y a la Ley de Amparo no han superado el tema de la vinculatoriedad u obligación limitada de la jurisprudencia,⁵² tampoco han profundizado para que a determinadas reglas les corresponda una excepción, pues el artículo 1o constitucional impide la aplicación de cualquier norma que atente contra los derechos humanos y el artículo 133 constitucional permite la inaplicación de las normas que sean contrarias a la Carta Magna, por ende, quien puede inaplicar una ley también puede hacerlo con su interpretación, sobre todo cuando la comprensión judicial de la norma, como se dijo, es contraria a los derechos humanos, por lo que si se impide la aplicación de leyes que violen derechos y libertades, deviene obvio que la jurisprudencia pueda ser inaplicada, pues quien puede lo más puede lo menos, sin que al respecto se produzca un descontrol en el ámbito regulador vía interpretación de las relaciones sociales, dado que ese tipo de determinación siempre podrá ser cuestionada ante los órganos competentes del Estado.

En ese sentido, el amparo indirecto o el directo es la vía ideal para impugnar la jurisprudencia contraria a la dignidad humana o generadora de ventajas injustas ante algún tipo de contradicción entre los criterios judiciales aplicables al caso concreto y la revisión en el amparo es el medio idóneo para reclamar la aplicación de precedentes judiciales contrarios a derechos humanos, pero en todo momento, los jueces federales o locales, podrán inaplicar el criterio judicial que consideren violatorio de la dignidad humana.

Con lo anterior se supera el problema que genera la sustitución o la contradicción de criterios previstos en la Ley de Amparo de 2013, consistente en que no tienen efectos sobre los casos de donde emanan, pues el requisito para su procedencia es que los asuntos ya estén resueltos, con independencia del reducido margen de sujetos legitimados para promoverlos.

Hasta ahora, la inaplicación de un criterio judicial proveniente de una de las Salas más cuestionadas de la Corte de Justicia mexicana ha sido totalmente fructífero, me refiero al de rubro: "POLICÍAS. PARA EL PAGO DE SU INDEMNIZACIÓN PROCEDE DESAPLICAR LAS REGLAS QUE, EN LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 123, APARTADO B, FRACCIÓN XIII, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, HA ESTABLECIDO LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN".⁵³

⁵² Véase, *infra*, "Referentes".

⁵³ Tesis IV.1o.A2 A (10a), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, I, IV, enero de 2012, t. 5, p. 4571.

En esa jurisprudencia la inaplicación del criterio de la Corte se basa en asegurar el principio de supremacía constitucional en materia laboral al tenor del Convenio Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, del que el Estado mexicano forma parte, mismo que implica preservar la igualdad en materia laboral y en eliminar cualquier forma de discriminación. El Tribunal Colegiado argumentó:

Procede desaplicar las reglas de interpretación que ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el sentido de que en relación con los policías o encargados de seguridad pública, debe estarse solo a lo dispuesto en el artículo 123, Apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, en su caso, a las leyes administrativas correspondientes. En efecto, si las relaciones de trabajo comprendidas en el artículo 123, Apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se rigen por la Ley Federal del Trabajo y conforme a este ordenamiento la indemnización, en caso de despido injustificado, se integra por el importe de tres meses de salario, veinte días de salario por año laborado, pago proporcional de vacaciones, aguinaldo, cualquier otra prestación a la que la parte quejosa tuviera derecho, así como los salarios y emolumentos que hubiera dejado de percibir, desde la fecha de su baja y hasta el momento en que se le pague la indemnización aludida, resulta evidentemente discriminatorio que los miembros de las instituciones policiales, que también resientan la separación injustificada de su empleo, no reciban los beneficios mínimos que, en ese supuesto, se establecen para aquéllos, pues ello implica que respecto de una misma situación jurídica no se logre el trato igual al que constringe el Convenio Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, que el Estado mexicano se encuentra obligado a respetar y a hacer cumplir en sus leyes ordinarias. Por tanto, para hacer efectiva la garantía de igualdad y para garantizarles una protección equivalente a los trabajadores en general; y, fundamentalmente, para eliminar un trato discriminatorio a los miembros adscritos a los cuerpos de seguridad cuando resientan la separación injustificada de su empleo, la indemnización debe calcularse conforme se establece en la Ley Federal del Trabajo, pues en dicho ordenamiento se reconocen mejores prestaciones laborales.⁵⁴

Un proceder similar ocurrió con motivo de la sentencia dictada por el Noveno Tribunal Colegiado en materia penal con sede en el Distrito Federal, donde inaplicó una jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de rubro: "AVERIGUACIÓN PREVIA. LA OMISIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE CITAR O HACER COM-

PARECER AL PROBABLE P PROBABLES INDICIADOS PARA QUE DECLAREN, NO PUEDE COMBATIRSE A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO".⁵⁵

Dicho colegiado estimó que la jurisprudencia en cita impedida el derecho humano a una debida defensa en razón a que el Ministerio Público podía ejercer acción penal sin que el indiciado pudiera oportunamente desvirtuar los hechos que se le imputan y evitar un proceso penal cuya instauración se basa en actuaciones practicadas a espaldas del presunto responsable.⁵⁶

Como se ve, el hecho de que sea la Corte de Justicia quien resuelva un caso, no quiere decir que siempre tenga la razón o que sus criterios no puedan ser inaplicados cuando existan razones suficientes para ello en aras de preservar el sistema nacional y de fuente internacional de los derechos humanos. La lógica no puede estar supeditada al contenido de normas y criterios que auspician la injusticia por medio de una frialdad legalista.

Los presupuestos marcados con los incisos j), k) y l) no los desarrollé porque los explico en los puntos 4, 5, 7 y 8 de este trabajo.

7. Alcances y referentes en la actividad protectora de los derechos humanos

Mi postura sobre la procedencia de la actividad protectora de los derechos humanos, implica tener presente que esa tutela corresponde a toda autoridad del país, incluso, cometo el atrevimiento de reiterar que se trata de una obligación que no admite monopolios a favor de una o varias autoridades o crear ámbitos de impunidad conforme a los criterios judiciales que en México impiden la procedencia del amparo contra actos u omisiones de particulares que no actúen con fundamento en una norma y violen derechos y libertades humanas,⁵⁷ sin soslayar la jurisprudencia que exenta al juez de distrito de violar derechos humanos.⁵⁸ Veamos algunas modalidades.

⁵⁴ 1a./J. 154/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 2005.

⁵⁵ Sentencia dictada el cinco de septiembre de 2013. Por razones de privacidad no se pudieron obtener los datos de la queja interpuesta contra el desechamiento de la demanda de amparo tramitada ante el Juzgado Quinto de Distrito en materia penal con sede en el Distrito Federal.

⁵⁷ El artículo 5, fracción II, de la Ley de Amparo de 2013, dispone que será procedente el amparo contra de particulares cuando: "Realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general."

⁵⁸ Cfr. "SENTENCIA DE AMPARO. NO PUEDE SER VIOLATORIA DE GARANTÍAS", *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, julio-diciembre de 1998, t. IV, tesis: II.3o./J/4. Cuya parte conducente dispone: "No puede constituir expresión de agravios en la revisión, el razonamiento en el sentido de que el Juez de Distrito en su sentencia viola los preceptos constitucionales que consagran las garantías..." Esta jurisprudencia usa el término garantía como sinónimo de derecho fundamental o humano.

⁵⁴ *Idem*.

Con relación a si debe ser operada desde una visión amplia o limitada, reitero, como presupuesto, que el reconocimiento de los derechos, incluidos los implícitos y la protección a los mismos: no es monopolio de ninguna autoridad o institución del país; aceptar lo contrario implicaría sostener una visión restringida donde el reconocimiento de derechos –y su salvaguarda– únicamente compete a ciertas autoridades del Estado, dígame jueces federales o estatales,⁵⁹ ombudsman nacional o locales, entre otras procuradurías o defensorías de los derechos humanos de tipo social, familiar, ambiental, etc., lo cual deviene incompatible a nuestro concepto de Estado constitucional renovado.⁶⁰

A mi juicio, no existe razón insuperable para evitar que cualquier autoridad del Estado e incluidas las personas, sean a su vez quienes deban reconocer, respetar y tutelar derechos humanos en el ámbito de sus competencias y relaciones. Así lo impone una interpretación sana del artículo 1o de la Constitución federal, el cual es jurídico y no político.⁶¹

Si bien no todo está en nuestras manos o dentro de nuestras competencias, lo cierto es que la realización de actos u omisiones encaminados a reconocer, respetar o salvaguardar derechos humanos, insisto, no puede quedar limitada a órganos especializados o judiciales del Estado.⁶²

Algunas universidades en el mundo han reconocido en el terreno institucional que sus directivos, profesores y personal académico deben respetar y desarrollar derechos humanos, obligación que además imponen mediante su normativa interna y de las recomendaciones que emite su respectivo ombudsman universitario.⁶³

Debemos ser conscientes de que cualquier persona puede adoptar una postura inteligible acorde a la dignidad humana, sin que ello implique definitividad en la misma, ya que, incluso, podría maximizarse.

⁵⁹ Cfr. Germán López Daza, "El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿Un gobierno de los jueces?", en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 24, México, enero-junio de 2011, pp. 169-193.

⁶⁰ Por Estado constitucional renovado entendemos aquel que no solamente basa su actuar en lo esencialmente dispuesto por su Constitución, sino también en lo previsto por el derecho de fuente internacional y su interpretación interna o externa. Cfr. E. Carpizo, *Diccionario práctico de justicia constitucional*.

⁶¹ Cfr. H. Fix-Zamudio, "Protección jurídico constitucional...", en *op. cit.*

⁶² Véase, *supra*, apartado "3. El control de convencionalidad y la actividad protectora de los derechos humanos".

⁶³ Entre los ombudsman universitarios destaco a los titulares de la Defensoría de los Derechos Universitarios (DDU) de la Universidad Nacional Autónoma de México y al de la Defensoría Universitaria de la Universidad Complutense de Madrid.

Tengamos presente que si antes las autoridades y los habitantes del Estado trataban de actuar conforme a una cultura de legalidad para luego pasar a una tendencia favorable al contenido de la Constitución: ahora la idea es ejercer tomando como punto de partida no sólo a la ley o a la Norma Suprema, sino también a la dignidad humana contemplada en todo el orden jurídico interno, externo vinculante o referencial; sin que esa postura sea violatoria de la soberanía interna o desprecie la integración de soluciones conforme a leyes nacionales, pues el derecho de fuente internacional, acorde al tema de soberanía externa, permite integrar en vez de excluir.

Con esa tendencia logramos superar la duda respecto a si un trabajador social con conocimiento del derecho internacional de los derechos humanos y su jurisprudencia o una persona con sentido común: puede hacer un análisis para resolver a favor de su especie o medio ambiente.

Debe quedar claro que no hablo de la teoría del *Drittwirkung*, respecto a la existencia de derechos humanos con eficacia horizontal.⁶⁴ Si bien propongo una idea en sintonía a esa corriente, mi pretensión consiste en mostrar la necesidad de ampliar el catálogo de quienes se consideran obligados a proteger y actuar en forma armónica a la dignidad humana, su entorno y desarrollo. En México, principalmente, se otorgan esas facultades a las autoridades judiciales, haciendo especial distinción entre las estatales y las federales, pero ¿qué pasa con las personas físicas y morales?

Respecto a esta última pregunta, conviene advertir que no sólo se trata de hacer viable la impugnación de actos provenientes de particulares o de empresas que actúan con fundamento en una norma y violan derechos humanos, pues previo a esa hipótesis debe comprenderse que a ellos también les corresponde la obligación de respetar, proteger, fomentar y ¿por qué no? de reconocer y desarrollar derechos y libertades.

Podríamos brindar a la actividad protectora una cobertura limitada por temor a una desestructuración legal o constitucional del monopolio estadual de tutela a derechos, duda que ve en la apertura protectora un sinónimo de descontrol, ilegalidad, inconstitucionalidad o "inconventionalidad", aspecto que a su vez implica miedo a la pérdida del poder.

⁶⁴ Sobre esta teoría se recomienda consultar los estudios de Anzures Gurría, José Juan, "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales", en *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 22, enero-junio de 2010; Javier Mijangos y González, "La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos", en Arturo Zaldívar Lelo de Larrea et al. (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. IV, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 547-577.

Desde mi perspectiva, lo único que pudiera acontecer cuando una autoridad o ciudadano reconoce, tutela o viola derechos humanos, es que su proceder sea cuestionado en forma adicional a los argumentos de invalidez que en general se elaboran en contra de sus actos o abstenciones, pero difícilmente podrá generarse un ámbito de impunidad que no pueda reivindicarse a favor de la dignidad humana.

En principio, la función protectora de los derechos humanos está encomendada al mismo ser humano. Como dije, no comulgo con tendencias encaminadas a restringir a jueces o aparato estatal la tutela de los derechos o prerrogativas humanas; tampoco considero que ello corresponda únicamente a ciertas autoridades del Estado. Mi postura es más amplia y vincula a toda persona, sea autoridad o no, tenga facultades expresas para ello o no; insisto, propongo distinguir entre un vínculo jurídico que obliga a reconocer y respetar derechos, frente a otro de tipo racional que conlleva a ser congruentes con nuestro ser y respetuosos de su entorno social, político, económico y ambiental.

Reitero mi inclinación a favor de una circunferencia abierta en materia de reconocimiento y protección a los derechos humanos, cuyo ejercicio no esté limitado a lo previsto en la Constitución o a las autoridades que ella prevé, sino también a lo dispuesto en tratados internacionales, sus convenciones y protocolos vinculantes o referenciales, así como a usos y costumbres de la localidad o región en que se encuentra la persona afectada o surge el conflicto, sin soslayar la obligatoriedad de la jurisprudencia nacional e internacional que, contrario a lo resuelto por la Corte mexicana en el expediente Varios 912/2010,⁶⁵ sí vincula en todos los casos a México.

Así lo impone la interpretación armónica de los artículos 1o y 133 constitucionales; cualquier justificación en actuar a jurisprudencia nacional para hacer caso omiso a los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nos pone en aptitud de recibir otra condena por violación a los preceptos 1o y 2o de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la cláusula 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, sin embargo, en su momento, la Corte de Justicia mexicana adujo en forma irracional que la jurisprudencia interamericana sólo obliga a México cuando el fallo de donde emana condena al país.⁶⁶

Para recordar nuestro deber de reconocer y respetar derechos humanos no se requieren facultades expresas en la Constitución, en un tratado internacional o en la ley, se requieren ganas, vocación creativa y valentía. El miedo a invadir esferas competenciales o afectar el debido proceso, se desvanece cuando el motivo total

⁶⁵ Expediente formado con motivo de la consulta realizada por la Segunda Sala de la Corte al Pleno de ese Alto Tribunal para saber cómo ejecutar la sentencia interamericana que condena a México con relación al caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. México*. Cfr. Sergio García Ramírez y Julieta Morales Sánchez, *La reforma constitucional sobre derechos humanos*, México, Porrúa, 2011.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 245.

del acto u omisión es la protección a la vida, su integridad, privacidad, la libertad o el honor.

Una autoridad interna o externa jamás deberá revocar una determinación respetuosa de la dignidad humana, salvo que predomine un criterio cerrado que impida la labor estadual y ciudadana de proteger prerrogativas humanas mediante sus actos, pues una cosa es interpretar en forma armónica, congruente o conforme al sistema y algo distinto es inaplicar o declarar inconstitucional una norma. Para ese último fin sí podrían requerirse facultades expresas, pero para interpretar a favor de la dignidad ¡no!

Referentes

Ninguna decisión nace de la nada, se requiere un antecedente y una base a partir de la cual responder, a partir de la cual actuar. El sustento de que hablo es jurídico y se nutre de aspectos sociales o políticos externos o internos que a su vez coadyuvan a fundamentar las determinaciones de la Nación, entre ellas: a) los tratados internacionales, b) la jurisprudencia interamericana, c) el sistema jurídico interno y su interpretación, d) las políticas estaduales, e) los usos y costumbres étnicos, sociales y gubernamentales, f) la doctrina, g) el derecho comparado y h) la opinión pública.

Comúnmente, todos esos elementos convergen en la integración de una solución a cada caso concreto y, vale resaltar, extendiendo la denominación de referentes a todo aquello que sin tener el carácter de vinculante permite normar un criterio con base en el cual resolver un problema, por ello, la opinión pública y, sobre todo, las costumbres étnicas son necesarias para resolver las demandas de justicia, pues ninguna jurisprudencia o política de Estado podrá irracionalmente contravenirlas.

La fuerza de un referente jurisprudencial, legal, convencional o protocolario emanado de un orden jurídico externo o de una sentencia de tribunal extranjero, etc., radica en la voluntad de las personas que están obligadas a cumplir o que tienen conocimiento de ello —con independencia de medidas coactivas—, ya que existen casos en los que el cumplimiento es fraudulento por falta de voluntad estadual o ciudadana.

Nadie puede evitar la importancia de usar métodos eficaces para interpretar un derecho cuando de proteger a un ser humano o su medio ambiente se trata. Por eso, la función protectora de los derechos humanos amerita sensibilidad, vocación, voluntad, creatividad y atrevimiento pero también cultura. De ahí la trascendencia del bagaje social y del estudio del derecho comparado por parte del operador para desarrollar y analizar los diferentes medios empleados para hacer justicia o mantener los niveles de progresividad social y economía necesarios.

A propósito de los instrumentos referenciales y obligatorios, analizo el tema de las opiniones consultivas y de la jurisprudencia como instrumentos de la actividad protectora de los derechos humanos, con el fin de identificar sus alcances en materia de derechos humanos.

A. Opiniones consultivas

Existen varias formas de orientar la actividad de los Estados Partes de las Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos. Una de las menos complejas, en razón a su carácter preventivo de conflictos y condenas internacionales, son las opiniones consultivas, las cuales pueden ser solicitadas, además de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, por cualquiera de las siguientes naciones: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas (*Commonwealth* de las), Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica (*Commonwealth* de), Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.⁶⁷

El órgano facultado y especializado para emitir opiniones es, conforme al enfoque de nuestro estudio, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. En efecto, dicha instancia se encuentra obligada a responder las consultas que los Estados miembros le presentan para saber qué interpretación dar a la Convención Americana u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos, esto es, opinar sobre la compatibilidad entre leyes o actos internos e instrumentos internacionales.⁶⁸

Su emisión implica cualquiera de los siguientes tipos:

a) Orientadoras

Desde una perspectiva formal, los efectos de la opinión dada al solicitante son declarativos, por tanto, jurídicamente no vinculan. Se trata de un instrumento de fuerza orientadora que brinda directrices a partir de las cuales interpretar cláusulas o el alcance de un tratado internacional, incluso, determinar si una norma vigente, un proyecto de ley o cualquier otro tipo de acto o abstención estadual es o no violatorio de los compromisos internacionales previamente ratificados por un Estado.

⁶⁷ Así lo dispone el Capítulo X, de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

⁶⁸ Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La autoridad de la opinión radica en prevenir futuras demandas sociales; pues se consulta a la Corte Interamericana cuando existe duda sobre los alcances de un derecho humano. La primer opinión consultiva fue pedida por el gobierno del Perú para saber "¿Cómo debe ser interpretada la frase: 'o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos'?"⁶⁹ Cuya respuesta fue en sentido incluyente de todos los compromisos signados por los Estados Partes.

Empero, la opinión vertida por la Corte Interamericana sólo puede ser interrumpida, en su momento, por ella misma. Al respecto, ha sido congruente y sigue el criterio dado en su jurisprudencia y opiniones, de ahí que un Estado solicitante no deba evadir el contenido de la opinión solicitada, menos los demás Estados Partes, los cuales no podrán argumentar que al no haber pedido la opinión simplemente no les vincula, ni de manera referencial, pues se arriesgan a ser condenados con base en ese mismo criterio.

b) Obligatorias

Si bien el contenido de una opinión consultiva no implica la obligación de acatarla por el Estado solicitante, lo cierto es que su texto y alcances interpretativos sí pueden tener efectos vinculantes cuando el peticionario se compromete –por cualquier medio– a cumplir la interpretación dada por la Corte, en cuyo caso dejan de ser de declarativas y se convierten en obligatorias, cosa distinta ocurre con los precedentes judiciales, mismos que no requieren de una muestra de sumisión o aceptación para ser obligatorios. Menciono algunos de sus rasgos.

Precedentes judiciales

Contrario a lo que acontece en México, la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana no requiere para su conformación y efectos obligatorios de la existencia de un número determinado de interpretaciones sobre un caso en particular.⁷⁰ Las sentencias emitidas por la Corte en cita son vinculantes al tenor de lo resuelto en una sola de ellas. La idea de jurisprudencia, en el caso trasnacional, opera como sinónimo de simple interpretación del derecho, para lo cual, no es necesario que un Estado sea condenado en el caso de donde emana la resolución para cumplirla. Analizo la postura de México.

⁶⁹ Opinión Consultiva OC-1/82, del 24 de septiembre de 1982.

⁷⁰ Cfr. E. Carpizo, "El control de las reformas constitucionales en México. Un análisis Judicial pendiente", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LXI, núm. 255, México, enero-julio de 2011.

En un principio, la Corte mexicana adujo que los precedentes interamericanos de tipo referencial son aquellos manados del contenido de actos, tratados, pactos y protocolos de los que México no es parte o de asuntos en los cuales no fue demandado. Si bien los lineamientos expuestos en este tipo de interpretación —a juicio del Alto Tribunal— “no vinculan” a nuestro país porque en ellos no fue condenado, lo cierto es que marcan la pauta que habría de seguir al momento de presentarse una hipótesis similar a la resuelta por la Corte Interamericana, lo cual no era ajeno al sistema jurisprudencial mexicano, así lo ha demostrado cuando aplica un criterio referido a un precepto declarado inconstitucional en el Distrito Federal pero en una entidad diversa por ser igual o similar al declarado contrario a la Carta Magna.

Si bien el criterio emana de un caso suscitado en el territorio del Distrito Federal, lo cierto es que deberá tenerse en cuenta lo resuelto por el Alto Tribunal mexicano para evitar una revocación por inobservancia del criterio judicial preexistente. Las posibilidades de variar el criterio son reducidas, además, los efectos de responsabilidad y compromiso a que conlleva la adopción de un precedente por analogía, limita la adopción de una cultura de legalidad contaminante de la idea de constitucionalidad y del tema de la actividad protectora de los derechos humanos.

Por fortuna, México superó su visión restrictiva consistente en no acatar la jurisprudencia interamericana manada de casos donde no fue condenado, y en sesión plenaria de 3 de septiembre de 2013, la Corte dejó de considerar a los precedentes internacionales un llamado a misa en un pueblo de herejes, aceptando la vinculatoriedad de los mismos con independencia de que el país haya o no sido demandado en el asunto que les da origen.⁷¹

Incluso, en el interior de nuestro país se encuentran casos igual de absurdos como el del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, que no reconoce la jurisprudencia federal a menos que provenga de un caso que lo condene.⁷² Dicha institución consideró que el precedente no le vincula en razón a que la Ley de Amparo no lo considera como sujeto obligado a respetarla. Argumento falto de la voluntad necesaria para mantener su función acorde al sistema imperante en pro de una simple actividad protectora de los derechos humanos, donde

⁷¹ Versión estenográfica de la sesión plenaria de 3 de septiembre de 2013, *cit.*

⁷² “JURISPRUDENCIA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN OBLIGADAS A APLICARLA AL CUMPLIR CON LA GARANTÍA DE FUNDAR Y MOTIVAR SUS ACTOS”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, mayo de 2002, t. xv, tesis: 2a/J.38/2002, p. 175.

los referentes son totalmente vinculantes cuando en el fondo rechazan una conducta o actividad que violenta la dignidad humana.⁷³

Excusas falaces que dentro del Estado pueden funcionar, pero ¡no! ante instancias internacionales. De nada servirá aducir que la jurisprudencia nacional o internacional no vincula a México o a una institución por el sólo hecho de no ser parte en el asunto o no estar reconocido en la ley como sujeto obligado, si con sólo llevar la omisión o rebeldía a la Comisión Interamericana y, en su caso, a la Corte Interamericana: sabremos que la afirmación nacional es equivocada.

El colmo sería aceptar tendencias que afirmen: el consejo de no aventarse de un avión en vuelo, sin paracaídas, no me vincula, ya que nunca he subido a una aeronave y dicho razonamiento no está previsto en la Constitución o en el orden jurídico vinculante de mi país. Un día de estos me aviento...

B. Obligatorios

La vinculatoriedad de un tratado internacional y, desde luego, de su interpretación judicial interna o externa, principalmente proviene de la voluntad de los Estados Partes o interesados en respetar el contenido de los compromisos internacionales al tenor del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Esto es así dado que los pactos en materia de derechos humanos configuran un mínimo cuya violación resulta susceptible de ser reclamada ante autoridades nacionales o ante la Comisión y la Corte Interamericanas, ya sea por un Estado Parte o individuo que se sienta afectado con el actuar u omisión del ente vinculado a su observancia y, como señalé en el punto anterior, las autoridades no están exentas de observar o conocer convenios o sentencias internacionales que no les vinculan, sobre todo cuando al interior del país se asumen posturas similares a las que motivaron una condena.

En efecto, debemos privilegiar la aplicación del derecho que mayor beneficio otorgue al ser humano, en cuyo caso, las autoridades deberán integrar soluciones asequibles al ámbito de protección inherente al derecho internacional o de fuente internacional.

De ahí lo infundado de la entonces determinación de la Corte mexicana en cuanto a que no eran vinculantes las sentencias que no condenan a México. Interpretación que pudo haber conducido a la responsabilidad internacional por desconocimiento de la jurisprudencia interamericana vigente, salvo que su inaplicación se deba a la pertinencia de un criterio más protector que el externo. Por eso no se

⁷³ “INFONAVIT. EL ARTÍCULO OCTAVO TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE REFORMA LA LEY RELATIVA”, *cit.*

explica, racionalmente hablando, el entonces desacato interpretativo del Máximo Tribunal mexicano en el expediente Varios 912/2010.⁷⁴

En ese rubro no resta más que afirmar lo evidente en México, es jurisprudencia obligatoria la manada de una sentencia que lo condena, por ejemplo, las dictadas en los casos de Castañeda Gutman; Rosendo Radilla Pacheco; Rosendo Cantú; Cabrera García y Montiel Flores; Fernández Ortega y otros; y González y otras,⁷⁵ pero también las sentencias o jurisprudencias cuyo efecto vinculante no provenga del hecho causal existente entre las partes, sino del derecho, su interpretación o la presunta infracción o violación atribuida al Estado en su ámbito interno, donde sin duda tendrá que aplicar la jurisprudencia que al parecer no le vincula pero que deberá observar en su defensa o para resarcir el acto por el que se le demanda para evitar su condena a nivel internacional.

Fácil de entender el punto. A México no le vincula la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso La última tentación de Cristo, por que en ella se condenó a Chile, salvo que intente censurar la libertad de expresión en forma arbitraria.

Estimar lo contrario conduce a un sistema jurisprudencial interno incongruente al interamericano de protección a los derechos humanos, el cual requiere que los Estados Partes acepten como vinculantes a las jurisprudencias proveniente de casos análogos, con independencia de que su origen se base en actos, abstenciones o preceptos que no formaron parte de la litis que ahora propicia su aplicación.

El hecho de que sea vinculante u obligatorio un tratado internacional y su interpretación, no quiere decir que deban ser aplicados en forma literal y tajante conforme a su nivel jerárquico o grado de compromiso, sino la obligación de aplicarlos preferentemente y de manera armónica al sistema o caso que demanda su observancia.

De ahí que la jurisprudencia —nacional o internacional— no deba ser aplicada cuando su contenido sea superado en favor de la dignidad humana, tal y como lo hizo el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito Judicial, con relación al criterio emanado de la Segunda Sala de la Suprema Corte mexicana por considerar que dicha interpretación viola el Convenio relativo a la Discriminación en materia de Empleo y Ocupación.⁷⁶

⁷⁴ Cfr. S. García Ramírez y J. Morales Sánchez, *La reforma constitucional sobre derechos humanos*.

⁷⁵ Cfr. S. García Ramírez y J. Morales Sánchez, *La reforma constitucional sobre derechos humanos*, pp. 247-253; y Jorge Carmona, "El Caso Jorge Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IX, México, 2009.

⁷⁶ "POLICÍAS. PARA EL PAGO DE SU INDEMNIZACIÓN PROCEDE DESAPLICAR LAS REGLAS QUE, EN LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 123, APARTADO B, FRACCIÓN XIII, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, HA ESTABLE-

8. Procedencia *ex officio* de la actividad protectora de los derechos humanos

Considero que el reconocimiento de derechos y su tutela no dependen de la excelencia argumentativa de quien lo demanda, sino de la experiencia del procurador o impartidor de justicia. Mi tesis es contraria a la idea del estricto derecho, postulado que impide suplir los reclamos en favor de quien sufre un perjuicio.⁷⁷

El principio *iura novit curia* impone la obligación correspondiente a cada parte. Al accionante, dar los hechos y al juez, reconocer, proteger y aplicar el derecho.⁷⁸ En México, las violaciones a ese postulado son abundantes y en parte se debe a la jurisprudencia de la Corte de Justicia que avala la inoperancia de los argumentos que no son redactados de manera brillante. Así, los jueces federales y los que siguen esa tenencia trasladan un sentimiento de culpa al litigante y lo acusan de no plantear sus motivos de inconformidad en forma excelsa: lo ridiculizan.⁷⁹

El motivo principal de declarar "inoperantes", "ineficaces", "inatendibles" o "insuficientes" los argumentos de impugnación,⁸⁰ consiste en resolver de manera más sencilla los procesos constitucionales. El presidente de la Corte de Justicia, en su informe de labores 2010-2011, refiere que del 100% de los amparos que se promueven ante el Poder Judicial federal, 47.44% de los presentados ante Tribunales Colegiados, se niega; 31.12% de los presentados ante Tribunales Unitarios, también se niega; y 12.51% de los que se interponen ante jueces de distrito, para no perder costumbre: de igual forma se niega.⁸¹

CIDO LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN", *cfr.*

⁷⁷ "SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE. NO OPERA EN LOS CASOS EN QUE ES IMPROCEDENTE UN RECURSO DE REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO, AUN TRATÁNDOSE DE MENORES DE EDAD", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, enero de 2007, t. xxv, tesis: 1a. xvii/2007, p. 486.

⁷⁸ Santiago Sentís M., *El juez y el derecho*, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957, pp. 9-40.

⁷⁹ "CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES", *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, amparo directo 3770/76, p. 42; y "CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES", *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, amparo directo 82/80, p. 100.

⁸⁰ Cfr. E. Carpizo, *Diccionario práctico de justicia constitucional*, p. 32.

⁸¹ TRIBUNALES COLEGIADOS: Amparo directo. El movimiento de los juicios de amparo directo en el año fue de una existencia inicial de 41 346 asuntos; durante el periodo ingresaron 165 895 asuntos durante el mismo, reportando una existencia final de 46 272, al egresar 161 268 asuntos. La distribución por materias de los ingresos de los amparos directos es de 20,273 en materia penal (12.22%), 37,215 en administrativa (22.43%), 46 474 en civil (28.01%) y 61 933 en trabajo (37.33%). Los sentidos de las resoluciones dictadas en los amparos directos promovidos en los Tribunales Colegiados fueron 54 326 ampara (33.68%), 76 521 no ampara (47.44%), 8 755 sobresee (5.42%), 7 695 desechados o no interpuestos (4.77%) y 13 971 incompetencias e impedimentos (8.66%). TRIBUNALES UNITARIOS: Amparo Indirecto. Al inicio del año estadístico se reportaron 609 amparos indirectos en proceso de resolución, ingresando 4 142, de los cuales se resolvieron 4 090, quedando al final 661 amparos indirectos. Los juicios de amparo indirecto ingresados a los Tribunales Unitarios se distribuyó en 3,407 en materia penal (82.25%), 36 en materia administrativa (0.9%) y 699 en materia civil (16.88%). Los sentidos de las

Pero esos porcentajes no especifican el número de asuntos cuya negativa se basa en la existencia de argumentos "inoperantes", esto es, casos en que los promoventes no se expresaron en la forma que los tribunales de la federación requieren para poder atender un reclamo,⁸² sin embargo, la figura del estricto derecho, salvo contadas excepciones, es comúnmente utilizada en México.

En la jurisprudencia nacional sólo es pertinente que las autoridades actúen de manera oficiosa cuando se trata de personas o sectores vulnerables, por ejemplo, materia agraria, familiar, laboral a favor del trabajador o penal en beneficio del reo, la víctima o personas en pobreza extrema.⁸³

Al respecto, se han ideado una serie de razonamientos que a nada práctico conducen cuando se trata de reconocer y proteger derechos humanos, muestra de ello son las distinciones entre "corregir" y "suplir lo deficiente de la queja". La Suprema Corte avala posturas que entienden por lo primero la enmienda de lo errado, es decir, la rectificación oficiosa del error en que haya incurrido alguna de las partes con motivo de la cita de un precepto legal o constitucional; y por "suplir lo deficiente de la queja" la obligación de analizar en su conjunto los conceptos de invalidez o razonamientos esgrimidos por el accionante para efectos de transformar las deficiencias en argumentos eficientes.⁸⁴

resoluciones dictadas en los amparos indirectos tramitados en los Tribunales Unitarios fueron 1 357 ampara (33.17%), 1 273 no ampara (31.12%), 864 sobresee (21.12%), 262 desechadas (6.4%), 28 no interpuestas (0.68%), 179 incompetencias (4.37%) y 127 con otros sentidos (3.10%). JUZGADO DE DISTRITO: Amparo indirecto. Al inicio del año había 62 218 amparos indirectos en proceso de resolución, ingresando 401,436, de los cuales se resolvieron 407,719 quedando 55 048 amparos indirectos al final del año estadístico dos mil diez. Los juicios de amparo indirecto ingresados a los Juzgados de Distrito se distribuyen en 144,718 en materia penal (36.05%), 115,783 en materia administrativa (28.84%), 72 084 en materia civil (17.95%) y 68 851 en materia de trabajo (17.15%). Los sentidos de las resoluciones dictadas en los amparos indirectos tramitados en los Juzgados de Distrito fueron 89 529 ampara (21.95%), 51 012 no ampara (12.51%), 171,100 sobresee (41.96%), 42 804 desechados (10.49%), 25 806 no interpuestos (6.32%), 17 810 incompetencias (4.36%) y 9 658 otro sentido (2.36%), *cfr.* "Informe anual de labores 2010", Anexo documental, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2011.

⁸² Véase, *supra*, "CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES", *cit.*

⁸³ "SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN MATERIA PENAL. PERMITE SALVAGUARDAR LOS DERECHOS DEL INculpado CUYA DEFENSA SE HAYA REALIZADO EN FORMA DEFICIENTE O NULA", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, noviembre de 2009, t. XXX, tesis: 1a. CXCI/2009, p. 415; "AGRARIO. SUPLENCIA DE LA QUEJA EN MATERIA AGRARIA", *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, amparo directo 5725/86, p. 48; "SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN MATERIA DE TRABAJO. OPERA EN FAVOR DEL TRABAJADOR CUANDO EL ACTO RECLAMADO AFECTE ALGÚN INTERÉS FUNDAMENTAL TUTELADO POR EL ARTÍCULO 123 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, octubre de 2008, t. XXVIII, tesis: P./J. 105/2008, p. 63; y Tesis: "SUPLENCIA DE LA QUEJA. PROCEDE EN CUESTIONES DE DERECHO FAMILIAR", *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, amparo en revisión 2959/87, p. 322.

⁸⁴ *Cfr.* E. Carpizo, *La defensa constitucional en México*, pp. 118-120.

Opino que no hay razón suficiente para discriminar a quienes no forman parte de un sector vulnerable, pues en ambos casos se padece de lo mismo: una violación a la Constitución o a los derechos de fuente internacional vinculantes o tratados referenciales y, por ello, urge superar la postura del estricto derecho al ser contraria a los principios de informalidad y buena fe que deben regir la prosecución de cualquier instrumento de defensa constitucional, de reconocimiento de derechos o salvaguarda de los mismos.

Hay que tener presente que cuando las violaciones se reparan: la sociedad gana, pues la Constitución se respeta y los derechos humanos prevalecen, pero cuando su reconocimiento y protección depende de la calidad de los argumentos expuestos en la demanda, los jueces a) aligeran su carga laboral, b) traicionan su encomienda principal de impartir justicia y c) dan la espalda a la actividad protectora de los derechos humanos en detrimento del principio de acceso a una justicia pronta y eficaz.

Será un trabajo complejo cambiar la visión limitada en materia de procuración e impartición de justicia. Se trata de romper o superar paradigmas demasiado arraigados, y si a eso sumamos la idea de restringir la procedencia de la actividad protectora de los derechos humanos a petición de parte afectada, estaríamos desconociendo la jurisprudencia interamericana que reconoce la oficiosidad de dicho control,⁸⁵ pero sin razones suficientes para afirmar que en el ámbito interno el control constitucional o la actividad protectora de los derechos humanos debe proceder a partir de reclamos excelsos. Algunos ministros de la Corte de Justicia en México han tratado de evitar esa tendencia y aún no logran mayoría.

Mi tesis tiene como base la previa instauración de un proceso o procedimiento que permita un control constitucional judicial, legislativo, administrativo o actividad protectora de los derechos humanos, sin necesidad de que alguna de las partes lo solicite, bastará que la autoridad o entidad que conozca del asunto advierta una posible violación para actuar en favor de alguna de las partes.

9. Conclusiones

Existe un avance en el ánimo integrador de soluciones, por un lado, el control constitucional ya no es el único método para resolver un conflicto. El control convencional y la actividad protectora de los derechos humanos hacen que la metodo-

⁸⁵ *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, número 154. *Cfr.* S. García Ramírez, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, vol. IV, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 619-655.

logía empleada para reconocer y proteger derechos humanos obedezca a otro tipo de circunstancia y referentes: más complejos, pero susceptibles de ser atendidos y resueltos por métodos ágiles y sencillos, lo cual resulta una obligación internacional al tenor del artículo 8o de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en relación con la cláusula XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los preceptos 8o y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por esas y otras cosas, la condena a México por parte de la Corte Interamericana en el *Caso Radilla Pacheco*, hizo superar el criterio judicial que por mucho tiempo impidió la procedencia del control constitucional difuso. A partir de esa sentencia, la función judicial a nivel local recobró formalmente su importancia en aras de preservar el pacto federal y los derechos humanos de fuente internacional,⁸⁶ precedente que coincide con mi tesis sobre la interpretación progresiva del derecho humano, misma que no es competencia exclusiva de jueces, magistrados o ministros federales, sino obligación común de toda autoridad del Estado, incluidas las personas⁸⁷ que de manera individual o por medio de la prensa y la academia pueden ofrecer diversas interpretaciones en favor de la dignidad humana.⁸⁸

Así, la desempolvada función de control constitucional difuso requiere echar mano de conocimientos constitucionales y de derechos humanos, pues, reitero, detrás de todo civilista, penalista o administrativista debe existir un constitucionalista, y no precisamente diferente al abogado especializado en esas materias, sino uno mismo, pero consciente de que es partir del conocimiento del derecho constitucional—aplicado a diversas ramas—con que puede lograr avances positivos en la materia de su especialidad.

Bajo ese tenor, los asuntos de Chihuahua y Nuevo León fueron sumamente delicados y reveladores, pues en ambos casos se trató de personas vinculadas con la comisión de un delito, no obstante, sirven para recordar que hasta en materia penal los derechos humanos de fuente nacional o internacional prevalecen.⁸⁹

⁸⁶ Actualmente, ya no sólo es aplicable lo que desde un momento sabíamos que debimos aplicar, esto es, el control difuso, sino también un control de constitucionalidad o actividad protectora de los derechos humanos consciente de los derechos de fuente internacional; véase, *supra*, apartados "5. La actividad protectora de los derechos humanos" y "7. Alcances y referentes en la actividad protectora de los derechos humanos".

⁸⁷ La tendencia en materia de amparo será hacia su pertinencia contra actos u omisiones de particulares que violen derechos humanos. Esta idea se encuentra desde la década de 1950 en el amparo argentino.

⁸⁸ Un ejemplo de esta tendencia fue la apertura que tuvo la Corte de Justicia para escuchar los diferentes pareceres de la sociedad en cuanto al análisis de constitucionalidad de un precepto que despenaliza el aborto hasta antes de las doce semanas de gestación.

⁸⁹ Los derechos humanos de fuente nacional están previstos en el orden jurídico interno y los derechos humanos de fuente internacional provienen de lo dispuesto en tratados internacionales vinculan-

De ahí que los considere un ejemplo temprano de control constitucional difuso o de simple actividad protectora de los derechos humanos, lo cual destaco en razón a que actuaron en forma previa a la opinión dada por el Pleno de la Corte de Justicia en relación con la ejecución de la sentencia emitida por la Corte Interamericana en el *Caso Radilla Pacheco*.⁹⁰

De esa forma, la obligación judicial estatal o federal de aplicar preferentemente a la Constitución frente a leyes que contravengan su sentido y comprensión, es un primer paso en el análisis de la norma enjuiciada, pues el segundo será estudiar si el acto, la ley o la omisión cuestionada, vulnera o no una cláusula internacional o jurisprudencia vinculante o referencial ¡la necesidad sale sobrando!

La tendencia por preservar el contenido de la Norma Suprema y de los derechos provenientes de tratados internacionales, conduce a un sistema donde las autoridades se convierten en espectadoras de la caída del monopolio estadual en materia de reconocimiento y protección de los derechos humanos. Insisto, la reforma constitucional de junio de 2011, implica la emisión de resoluciones, actos u omisiones acordes a la dignidad humana. El juez local —y en general las autoridades del Estado— tiene la obligación de dictar sentencias o actuar con apego al contenido de la Carta Magna y de los convenios internacionales en materia de derechos humanos, sin descartar lineamientos internos o externos de interpretación.⁹¹ A los particulares también corresponde actuar en favor de la dignidad humana.

La evolución de Estado legal a Estado constitucional de derecho, así como nuestra visión sobre temas que permiten su renovación y compatibilidad con el sistema interamericano de protección a los derechos humanos, hace factible la idea de preservar a la dignidad sin considerarla competencia exclusiva de la autoridad, sino obligación común de todas las personas: ésa es la línea en un Estado constitucional de derecho congruente a su fin para a) proteger los derechos y su ejercicio a partir de una soberanía limitada, b) reconocer la existencia de una supremacía constitucional relativa, c) otorgar jerarquía constitucional a tratados internacionales, d) reconocer la existencia de derechos humanos absolutos cuyo ejercicio es limitado, e) tutelar derechos humanos con independencia de las autoridades o personas que ejerzan esa actividad y los instrumentos de que parten, f) tener un control judicial preventivo en materia de reformas constitucionales y de tratados in-

tes. Cfr. H. Fix-Zamudio, "Protección jurídico constitucional...", en *op. cit.*, pp. 1727 y ss.

⁹⁰ Expediente Varios 912/2010, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Cfr. S. García Ramírez, "El control judicial interno de convencionalidad...", en *op. cit.*, pp. 123-159.

⁹¹ Evidentemente la obligación de preservar el contenido de la Norma Suprema y de los derechos provenientes de tratados internacionales, conlleva a un sistema donde las autoridades del Estado observan el desvanecimiento de competencias exclusivas en materia de protección a los derechos humanos. Cfr. E. Carpizo, *Diccionario práctico de justicia constitucional*.

ternacionales; g) interpretar progresivamente los derechos humanos y h) aceptar la existencia del control constitucional interno o externo.

Es indispensable ver en la actividad protectora de los derechos humanos una variante positiva para la adecuada solución de conflictos o aparentes conflictos, sin necesidad de un "control convencional interno" pues cuando el derecho de naturaleza externa es ratificado por el Senado, pasa a ser parte del orden jurídico nacional y, por tanto, no hay razón para hablar de "control convencional interno", menos de "control convencional difuso", sino de control constitucional –interno o externo– tratándose de autoridades facultadas para ello o de simple actividad protectora de los derechos humanos cuando no sean autoridades jurisdiccionales o se trate de personas que coadyuven en la preservación de la dignidad humana.

En efecto, cuando el Máximo Tribunal afirmó en el Expediente Varios 912/2010,⁹² que el control de constitucionalidad de tipo difuso quedaba en manos de los jueces estatales, mientras que el control de convencionalidad, atribución adicional, constituye una facultad restringida a juzgadores: excluyó a particulares y a las restantes autoridades del Estado de usar un método propio para actuar en beneficio del ser humano, pues dejó abierta la posibilidad de interpretar, pero asume la exclusividad de una metodología que no admite monopolios.

Por esa razón, la Corte de Justicia debió plantear una simple actividad protectora de los derechos humanos, susceptible de ser realizada incluso por ciudadanos, para apoyar de mejor forma al sistema de protección a los derechos y libertades humanos, el cual además de ser subsidiario, se encuentra limitado a casos urgentes o trascendentes. Recordemos que fue inevitable aceptar el control constitucional difuso y no perdamos de vista a la simple actividad protectora de los derechos humanos que puede realizar cualquier autoridad o persona en el Estado.⁹³

Con relación al sistema interamericano, considero que aún no consolida su carácter subsidiario en el interior de los Estados Partes, por ello resulta necesaria la instauración de medidas –incluso económicas– que permitan a la justicia transnacional sesionar en forma permanente para conocer de más asuntos y continuar regulando la conducta de Estados que violan derechos humanos bajo el supuesto de que la Comisión y la Corte interamericanas: no están interesadas en conocer de todas las violaciones a derechos, sino sólo de aquellas que puedan brindarle importancia y difusión a sus determinaciones y votos. No estoy diciendo que se preparen para atender más de mil asuntos a la semana, pero sí advertir la posibilidad de que haya más violaciones en virtud de que es muy remoto que sean denunciadas o sancionadas ante la Comisión o por la Corte Interamericana.

Afirmación lógica si tenemos en consideración que los tratados internacionales no se celebran para tenerlos de adorno o para que los Estados Partes –y sus habitantes– sientan solidaridad en materia de protección a la dignidad humana, por el contrario, los convenios internacionales se suscriben con el fin de ser cumplidos mediante normas o políticas estatales que no los obstaculicen o violen; por ende, la demanda ante el sistema interamericano procede cuando las autoridades estatales han fracasado en la tutela, infringido el contenido de un tratado, no corrigen la violación por acción u omisión, tergiversan el derecho de fuente nacional o internacional o no prevén medios idóneos para resarcir la violación, indemnizar o simplemente acceder a la justicia.

Si bien avanzamos en reconocer a los jueces locales facultados para inaplicar normas que atenten contra el texto constitucional –control difuso–, lo cierto es que ahora debemos hacer hincapié en un sistema basado en la apertura de protección armónica de los derechos de fuente internacional y la jurisprudencia nacional o externa que los desarrolla.⁹⁴

Ya no hay pretextos para afianzar lo que de antemano sabemos que corresponde ejercer: la actividad protectora de los derechos humanos. El método de control no debe considerarse un límite para la defensa a la dignidad humana y su entorno, cuya operatividad, insisto, dejó de ser competencia de algunas autoridades del Estado, porque la protección a los derechos humanos es facultad genérica del gobierno y obligación común de las personas.

Como he dejado entrever, mi propuesta consiste en adoptar una visión amplia para la tutela de prerrogativas humanas: no limitada a jueces o autoridades del Estado, sino también susceptible de ser operada por cualquier persona.

Con esa tesis logramos comprender que la tendencia tutelar actual absorbe al control constitucional difuso o concentrado y, por tanto, no resulta del todo pertinente hacer separaciones limitativas de su alcance protector. Empero, estoy consciente de que mi propuesta requiere preparación constante en materia de derechos humanos, cultura general, pero también el deber y compromiso de evitar actividades estatales o ciudadanas que lejos de proteger a la dignidad humana, propician un arbitrio arbitrario y legitimador de los intereses más oscuros del poder y de la ambición humana. Sobre ese tema reitero mi postura consistente en evitar interpretaciones fraudulentas o desbocadas de los derechos humanos.⁹⁵

Recordemos que si queremos una cultura eficiente de fomento, preservación y garantía de los derechos humanos, entonces debemos simplificar el camino hacia ello, ¿cómo?, evitando clasificaciones técnicas que a nada práctico conduzcan; op-

⁹² S. García Ramírez y J. Morales Sánchez, *La reforma constitucional sobre derechos humanos*, p.

⁹³ Véase *supra*, apartado "5. La actividad protectora de los derechos humanos".

⁹⁴ Así lo demuestran los casos de Chihuahua y Monterrey. Véase, *supra*, "La procedencia del control difuso pese a la prohibición de la Corte de Justicia", letras A y B.

⁹⁵ Cfr. E. Carpio, *Derechos fundamentales. Interpretación constitucional...*, pp. 133-142.

ción que está en nuestra propuesta de actividad protectora de la dignidad humana, de control constitucional y de control convencional externo o quizá interno cuando una autoridad aplica un tratado no vinculante al Estado y desde ese momento se obliga a acatarlo, pues ante todo tenemos el compromiso y deber de privilegiar el sentido común de solidaridad y preservación de la humanidad a partir de nuevas o renovadas ideas.⁹⁶

Insisto, si antes la actividad estatal giraba en relación a la legalidad y después a la constitucionalidad, ahora sabemos que debe ser acorde a lo previsto en convenios no precisamente vinculantes, sino también referenciales, teniendo como principal objetivo: interpretar y aplicar las normas en forma acorde a la Carta Magna y a los derechos de fuente internacional o viceversa; siempre y cuando, como dije, el derecho interno otorgue una mayor protección a la persona o su medio ambiente. En nuestro país existen múltiples ejemplos de aplicación directa de la Constitución y de compromisos internacionales, sobre todo en materia social, familiar y penal.

II SEGURIDAD, MILITARIZACIÓN Y COMBATE A LA DELINCUENCIA: ¿LOS DERECHOS HUMANOS EN RIESGO?

⁹⁶ Véase *supra*, apartado "4. Crítica al control convencional interno o derivado. Propuesta de ¿control constitucional nacional o interamericano?"

LA FALACIA DE UNA POLÍTICA DE SEGURIDAD AL MARGEN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Ricardo J. Sepúlveda I.

1. Planteamiento inicial

Como un fenómeno de carácter universal, a partir de los años noventa del siglo xx, se ha dado un crecimiento exponencial de los índices de inseguridad a nivel mundial. Esta problemática ha afectado por igual a sociedades en altos grados de desarrollo como a países con una situación de transición democrática aún incipiente.¹

Este movimiento de violencia e ilegalidad se presenta en dos vertientes básicas, por un lado en la incidencia delictiva y por otro en el crecimiento de la fuerza de las organizaciones criminales dedicadas al terrorismo o al narcotráfico. Esta distinción, por supuesto, no pretende desconocer los múltiples fenómenos de la inseguridad en el mundo moderno y tampoco es un intento de separar ambos fenómenos como realidades inconexas, sino que, siendo dos tendencias identificables, tienen claros puntos de conexión que generan fenómenos de mutua potencialidad.

Esta realidad inopinada la debemos tomar como una premisa para poder abordar el análisis sobre la efectividad en las políticas de seguridad que se adopten. Más allá de que es imprescindible que se profundice en las causas de este crecimiento acelerado de la delincuencia a nivel mundial, que nos permita entender el fenómeno en toda su dimensión, el enfoque que adoptaremos en este breve ensayo será el de partir de dicha premisa como un dato dado que sucede a nivel global.

¹ A esto responde la necesidad de generar políticas de seguridad con una planeación y sistematización tales que permitan desarrollar con eficiencia acciones en esta materia. *Revista Mexicana de Seguridad Pública*, núm. 1, enero-marzo de 2000, p. 31.

Con este punto de partida lo que cabe mencionar primeramente es que este fenómeno no ha afectado de la misma manera a los distintos países, sino que ha sido mucho mayor su efecto –devastador– en las sociedades con menos fuerza democrática, cultural e institucional, y ha sido un fenómeno de peores y más amplias consecuencias en países con estructuras sociales endebles.² Esto que en sí mismo resulta obvio sirve, sin embargo, para distinguir dos niveles en la problemática de inseguridad en una determinada sociedad: las causas exógenas –que provienen de fuera– y las causas endógenas o internas que contribuyen a catalizar o a profundizar la problemática.

De igual manera esta perspectiva sirve para mantener un enfoque equilibrado respecto a las medidas de solución que deben aplicarse, donde deben atenderse por igual las medidas de origen interno y los medios de colaboración internacional o global.

Cabe igualmente en una perspectiva inicial del problema, señalar que no son sólo las diferencias en la fuerza institucional y en los recursos sociales, las que marcan la diferencia en la efectividad de las medidas, sino también la perspectiva con que se suele hacer frente a la problemática.

En este sentido y de manera paralela a esta distinción llamémosle cuantitativa, que responde a la fuerza de las instituciones de seguridad y justicia fundamentalmente, hay otra que marca una diferencia cualitativa en el modo como se pueden caracterizar el problema y, por tanto, al definir el tipo de medidas que se implementarán. Esto tiene relevancia fundamentalmente en el hecho de que los fenómenos críticos de violencia suelen ser en ocasiones detonadores de decisiones y acciones de índole autoritario.³ Son situaciones de especial riesgo para los derechos humanos y esto no es exclusivo de los países con instituciones democráticas incipientes o con debilidad institucional, se da a cualquier nivel, tómese el ejemplo de los Estados Unidos en su política antiterrorista adoptada por el gobierno de ese país durante 2001-2009.⁴ Existe, por tanto, un aspecto fundamental que genera diferentes tendencias en el modo de afrontar una problemática de seguridad distinta y que se

² Cfr. al respecto Guillermo Zepeda Lecuona, *Crimen sin castigo, Procuración de justicia penal y Ministerio Público en México*, México, CIDAC, A.C./FCE, 2004, p. 72.

³ Esta tesis, además de tener una base empírica probada, está documentada en estudios como los de Horowitz y S. Schanabel, *Civil and International conflict has, in all cases, led directly to severe catastrophic human rights abuses*; Cfr. Human Rights and Societies in Transition, United Nations University Press, 2004, p. 12.

⁴ Una fuente de información donde puede corroborarse las problemáticas específicas de los Estados Unidos de América en materia de derechos humanos es el informe 2011 de Amnistía Internacional, *El estado de los derechos humanos en el mundo*, Madrid, Amnistía Internacional, 2011; buscar el capítulo referente, p. 198.

refiere a la perspectiva desde la cual se valora el fenómeno de la amenaza delictiva en un país.⁵

Lo que pretendemos en estas breves líneas es señalar la importancia de que esa perspectiva esté alineada con el respeto omnímodo de los derechos humanos y la falacia⁶ que significa pretender garantizar una seguridad verdadera al margen de los derechos humanos.

Este planteamiento parte, en primer lugar, de la experiencia común, que tenemos todos los que nos hemos interesado por estos temas, al observar la permanente dialéctica que existe entre derechos humanos y seguridad. Esto que no es algo de ninguna manera novedoso,⁷ tiene carta de naturalización prácticamente universal y es común encontrarse un enfrentamiento tanto teórico como práctico entre las políticas de derechos humanos y las de seguridad.

Es por ello que el esquema que adoptaremos en el presente análisis será el de partir de identificar con nitidez cuáles son los puntos de vinculación, tanto teóricos como prácticos, entre seguridad y derechos humanos, de forma que logremos aportar una visión constructiva que contribuya a desarticular el tan nocivo prejuicio de que no puede haber seguridad pública si no se sacrifica el ejercicio de los derechos humanos.

Como último comentario a este epígrafe introductorio, quisiera mencionar que mi referencia obligada frente a este análisis será el caso de México, en donde la política de seguridad, particularmente a partir del año 2006, ha carecido de una perspectiva de derechos humanos. A este punto dedicaré el postrer punto de este breve ensayo.

⁵ Esto se encuentra objetivamente expuesto en el análisis de Albaladejo Escribano: "Algunas acciones gubernamentales aparecen dominadas por el síndrome del temor, del corto plazo y la urgencia social del tema con soluciones que privilegian el uso de la fuerza y las restricciones de libertad y derechos como mecanismos aptos para delinear soluciones, sin perjuicio, además, de los réditos electorales que el tema de seguridad posee"; cfr. Isabel Albaladejo Escribano, *La seguridad ciudadana para garantía de los derechos humanos*, <http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/PaginaExterna.aspx?url=/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_1649140147/Seg%20Ciudadana%20para%20la%20Garantia%20de%20DD-HH-Isabel-mayo06.pdf>.

⁶ Falacia, del lat. *Fallacia*, significa falsedad o engaño, en Lógica se identifica con sofisma, como la razón o argumento aparente para persuadir de que algo, siendo falso, es verdadero.

⁷ Esta discusión se ha tenido en el ámbito del derecho respecto de sus fines, señalando la aparente antinomia que existe entre seguridad, justicia y bien común. Las discusiones académicas han reflejado una realidad que en la práctica es muy difícil de compaginar, particularmente en las contraposiciones de la justicia y la seguridad.

2. Los crecientes retos de la seguridad

Cuando en 1948 se redactó la Declaración Universal de los Derechos Humanos y se incluyó en el artículo 3o. el derecho a la seguridad, así *in genere*, obviamente no se tenía la perspectiva actual en donde los retos para hacer valer este derecho se han multiplicado y vuelto cada vez más complejos.

Artículo 3.

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

A partir de esto, lo que nunca debe perderse de vista es que la seguridad es un derecho humano y aunque entre los derechos no hay jerarquías posibles –sino interdependencia–, lo que está claro es que es un derecho que funge, además, como principio de otros derechos.

La mención genérica que hace la declaración universal de los derechos humanos contiene otro mensaje claro, no se circunscribe al enfoque de la seguridad pública, sino que desde entonces se acuñó un concepto con una perspectiva mucho más cualitativa; al referirse a la seguridad de su persona, no puede entenderse solamente como la seguridad frente a las amenazas criminales.

Lo que ha sucedido en estos más de sesenta años es harto explicativo de lo que han cambiado las circunstancias, tanto en la gravedad de las amenazas como en los alcances del concepto de seguridad. Las múltiples acepciones del término seguridad dan cuenta de la profundidad y, sobre todo, de la complejidad del concepto. Así, se puede hablar de seguridad pública para referirse al aspecto de la amenaza criminal, con una doble vertiente; por un lado se refiere al derecho humano de las personas, y por otro, a las acciones que realiza la autoridad para abatir la delincuencia. Sin embargo, también se utiliza en otras acepciones, por ejemplo, al hablar de seguridad nacional para referirse a aspectos relacionados con la permanencia y la cohesión de las instituciones. A la par, siempre se han desarrollado conceptos que abordan el tema de la seguridad con enfoques parciales, así, se puede hablar de la seguridad jurídica, que se refiere fundamentalmente a la certidumbre en la aplicación de determinado ordenamiento jurídico, u otras, como seguridad económica, seguridad alimentaria, seguridad ambiental, etc., todas ellas referidas, como mencionamos, a aspectos específicos donde debe existir una garantía en la satisfacción de determinados bienes o servicios, de forma que cuando esta garantía se pierde, se genera un atentado al derecho humano a la seguridad.

Como se puede advertir con estos ejemplos, se trata de un concepto multívoco y de amplio espectro. Sin embargo, me parece que cuando en la Declaración Universal de los Derechos Humanos se consagró el derecho a la seguridad, se hizo en

un sentido vasto, amplio, de forma que podía incluir todas las acepciones mencionadas.

El problema que conlleva esta diversidad de significados es, por un lado, la falta de concreción del concepto y la consecuente pérdida de efectividad, al menos como derecho exigible: cuando se exige el cumplimiento del derecho a la seguridad, no se sabe bien qué es lo que se está demandando.

Sin embargo, hay un problema ulterior y más complejo que es el de desviar su contenido y generar un concepto que no tenga como sustancia el derecho humano. Como cuando se piensa que la seguridad es sinónimo de gobernabilidad o de estabilidad política. Ante todo, la seguridad es un derecho, y como tal debe ser entendido; por lo tanto, es una realidad que se traduce en problema individual más allá de la colectividad. No se trata de cumplir con unos estándares macro, sino brindar una seguridad entendida en su dimensión personal, individual.

De aquí es de donde ha derivado el concepto de seguridad humana y de seguridad ciudadana, que es el que ha promovido tanto la ONU como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.⁸

Seguridad Ciudadana significa, fundamentalmente, “aquella situación política y social en la que las personas tienen legal y efectivamente garantizado el goce pleno de sus derechos humanos y en la que existen mecanismos institucionales eficaces para prevenir y controlar las amenazas o coerciones ilegítimas que pueden lesionar tales derechos”.⁹ Este concepto en sí resulta vago en su descripción y, por lo tanto, hay que seguir esforzándose en delimitarlo de forma que pueda servir como instrumento de exigencia para las instancias públicas, sin embargo, tiene una gran virtud ya que obliga a ampliar el concepto de seguridad más allá del perímetro exclusivo de la seguridad pública y con ello fuerza a que se adopten estrategias y políticas con una visión mucho más integral.

Desde nuestro ángulo, lo realmente importante en este análisis es fortalecer la visión humana de la seguridad. De esa forma atentan contra la seguridad los fenómenos de violencia, de desconfianza con las autoridades, de temor –aunque sea en un alto porcentaje subjetivo– el riesgo, la amenaza, etc. Comprender el sentido humano (ciudadano) de la seguridad significa adentrarse en toda la fenomenología del acontecer humano.

Del otro lado, es decir, mantener una visión de seguridad sin un contenido verdaderamente humano, se traduce en medidas generales de contención del crimen con la adopción de indicadores que no valoran, o lo hacen en poca medida, los aspectos subjetivos. Para explicarlo diríamos que frente a un homicidio, por ejemplo,

⁸ Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, 31 de diciembre de 2009.

⁹ Cfr. I. Albaladejo Escribano, *La seguridad ciudadana para...*

una visión sin seguridad ciudadana valorará de manera preferente los aspectos cuantitativos, cuándo fue, qué impacto tiene en la estadística, etc. Un enfoque de derechos humanos, es decir, de seguridad ciudadana,¹⁰ se preocupará más por las causas, por saber los efectos que provocará en la persona y sus circunstancias, su familia, en sus hijos, si los tenía; es una visión mucho más cualitativa, como es lo humano.

Es por ello que resulta tan importante estar al día de la evolución que van teniendo los conceptos, ya que los retos que supone la inseguridad en la actualidad son mucho mayores que los de hace algunas décadas, o al menos tienen una complejidad muy diferente y por ello las estrategias tienen que ser mucho más asertivas.

No podemos hacer caso omiso de las graves amenazas que supone el crimen organizado para la seguridad en el mundo de hoy y, como bien lo señalan los estudiosos,¹¹ es algo que no tiene explicación en las causales de la evolución que ha tenido la violencia en el mundo, sino que obedece a un proceso diferente, que se inserta en el entramado de factores económicos, sociales y culturales, y cuya explicación está todavía en vías de profundizarse, sin embargo, sus impactos afectan, de manera cada vez más directa, la seguridad de los individuos en su vida cotidiana, por lo que se le debe incluir siempre como un componente importante dentro de la problemática de seguridad en la actualidad.

Las amenazas a la seguridad son, desde una perspectiva de la ciencia política, un riesgo para el desarrollo democrático de los Estados que no han logrado consolidar este régimen participativo de una manera firme. El ejemplo de América Latina es claro a este respecto,¹² la seguridad ha socavado la credibilidad en las instituciones democráticas, haciendo ver su ineficiencia y su carácter meramente formal. Es precisamente en estos contextos, en los que más fácilmente se presentan reacciones autoritarias o medidas que centralizan un excesivo uso de la fuerza como acciones desesperadas para lograr mantener el control de la situación, sin embargo, lo que consiguen este tipo de situaciones es profundizar más la problemática y generar un círculo vicioso entre las causas de la violencia y sus efectos.

¹⁰ El concepto de seguridad ciudadana no es identificable con el de derechos humanos, sin embargo, en el desarrollo del mismo se implica un enfoque fundamental de derechos humanos; así lo afirma el informe de la CIDH sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos: *Si bien el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no define en forma expresa el derecho a la seguridad frente al delito o a la violencia interpersonal o social, cuya prevención y control es el objetivo de las políticas sobre seguridad ciudadana, los Estados se encuentran obligados por un plexo normativo que exige la garantía de los derechos particularmente afectados.* Cfr. *Idem*.

¹¹ Cfr. G. Zepeda Lecuona, *Crimen sin castigo. Procuración...*, p. 77.

¹² "El elevado y creciente aumento de los hechos de violencia durante los últimos veinte años en la región (refiriéndose a Centro y Sudamérica) y su carácter rutinario e impune es inconsistente con la democracia; muestra una "abdicación de la autoridad democrática" y afecta la credibilidad de las frágiles instituciones democráticas." Cfr. I. Albaladejo Escribano, *La seguridad ciudadana para...*

Para concluir este apartado queremos de intento subrayar la importancia que tiene adoptar un correcto concepto de seguridad, ya que de ahí deriva que las estrategias que se sigan para hacer frente a las amenazas a la inseguridad guarden una debida prioridad entre los objetivos que se persiguen y mantengan una visión verdaderamente humana. Seguir una estrategia de combate al crimen organizado que sólo tenga como objetivo la persecución material de delinquentes, sin sopesar debidamente las consecuencias en la vida de las personas y en su derecho a la seguridad integral, puede ser en sí mismo una violación al derecho a la seguridad.

3. Los puntos de vinculación teóricos entre seguridad y derechos humanos

Hemos decidido hacer el análisis sobre la dialéctica entre seguridad y derechos humanos, separando el nivel teórico del nivel práctico, con el fin de hacer frente de una manera más directa a las objeciones que se suelen señalar, ya que muchas veces se afirma que, si bien existe una armonización entre ambos conceptos, ésta es solamente en la teoría, pero en la práctica el equilibrio es irrealizable.

Este punto dentro del ensayo resulta vital ya que nuestra tesis se basa precisamente en que la dialéctica que se argumenta entre derechos humanos y seguridad es sólo aparente y de ninguna manera significa una antinomia, antes al contrario, una política de seguridad que no incorpore, asuma, privilegie, cumpla con el componente de derechos humanos sería una falacia, un engaño.

Antes de entrar a los puntos concretos de esta vinculación queremos advertir nuestra personal posición epistemológica respecto a si algo que tiene un componente incorporado puede ser demostrado en el ámbito del razonamiento, en tal caso, debemos suponer que eso mismo debe comportarse así en la realidad. Siguiendo esta línea de pensamiento realista, podríamos afirmar que cuando no se da esta correlación, muy probablemente es porque hay un error en la praxis, es decir, en el modo como se ejecutan las acciones materiales.

En el caso de la seguridad esto se debería entender de la siguiente manera: si, como lo es, la seguridad y los derechos humanos son realidades convergentes y complementarias, entonces en la práctica deben de poderse potenciar mutuamente, si esto no se da y se presentan oposiciones entre las políticas de derechos humanos y las de seguridad, lo que tendremos que buscar es el error, o las fallas, en el modo como se están diseñando y ejecutando esas acciones.

De hecho, una de nuestras premisas, que de alguna manera mencionamos en el primer apartado, considera que esta opinión, medianamente generalizada, que contraponen los derechos humanos con la seguridad, es fruto de la errónea concepción que se suele tener sobre los derechos humanos, o de una visión muy superficial de los mismos, en la cual se carece de una verdadera dimensión antropológica.

Para desarrollar los puntos de vinculación teórica, quisiéramos retomar el punto central que señala que la seguridad es un derecho humano y, por tanto, no puede haber contraposición entre algo y sí mismo, es decir entre los derechos humanos y la seguridad como derecho humano. La contraposición vendría al olvidar que ésta —la seguridad— es un derecho humano. Hay que recordar que uno de los principios que explican la relación entre los derechos es el de la interdependencia,¹³ según el cual los derechos no solamente no se oponen sino que se interrelacionan esencial y existencialmente.

El tema de la colisión de derechos, que es una realidad fundamentalmente práctica, tiene una solución también desde la teoría que es la de la ponderación de derechos, según la cual nunca puede sacrificarse un derecho por hacer prevalecer otro; de esa forma, no hay en la esencia de los derechos humanos posibles puntos de antinomia.

Hay otro aspecto que aunque se aparta del razonamiento más filosófico y se refiere más bien al nivel de lo normativo, es muy válido y útil para nuestro propósito. Nos referimos a lo señalado por la Declaración y el Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Viena de 1993, donde se señaló que existe una trilogía entre derechos humanos, desarrollo y democracia, y que no puede darse ninguno válidamente sin que se den los otros. El texto respectivo reza de la siguiente manera:

8. La democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente. La democracia se basa en la voluntad del pueblo, libremente expresada, para determinar su propio régimen político, económico, social y cultural, y en su plena participación en todos los aspectos de la vida. En este contexto, la promoción y protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional deben ser universales y llevarse a cabo de modo incondicional.

Este postulado teórico que tiene su confirmación en un texto jurídico-político, como lo es la Conferencia Mundial de Viena, es, sin embargo, fruto de la experiencia de muchas sociedades en sus avatares por consolidarse como estructuras democráticas y funcionales. De esa forma, no se trata sólo de un deber ser señalado por una disposición normativa, sino de una realidad comprobada día a día, en his-

¹³ La interdependencia como un principio de aplicabilidad de los derechos humanos está reconocida en la declaración y Programa de Acción de Viena (1993) y abarca igualmente derechos civiles y políticos que los llamados DESC. Su concepto se centra en la interrelación que existe entre los derechos humanos al cumplirlos, o bien, al cometer una violación.

torias positivas al igual que en experiencias negativas: esto refuerza el valor de la argumentación.

Sin embargo, más allá de las experiencias prácticas, vale la pena detenernos un poco para entender de mejor manera la lógica de las interrelaciones entre desarrollo, derechos humanos y democracia, ya que, aunque no hay una mención expresa al tema de seguridad, éste se debe entender incluido, manteniendo un enfoque integral, dentro del concepto de desarrollo.¹⁴ Lo que se establece de manera puntual en esta afirmación es que los derechos humanos no son una realidad aislada o incluso parcial dentro del devenir social, sino que es uno de sus elementos constitutivos. Esto significa que funciona no solamente como efecto de un correcto desarrollo social sino como una de sus causas principales. Esta connotación de los derechos humanos como motor del desarrollo social es pocas veces mencionada y a lo sumo se suelen considerar como dos realidades paralelas, inclusive coincidentes, pero no causa una de otra.

Es aquí donde queremos hacer un señalamiento puntual al tema de la seguridad y los derechos humanos: los derechos humanos son un instrumento para promover la seguridad y el desarrollo dentro de una sociedad, pero cabe preguntarse de qué manera sucede esto. Tal situación se da, fundamentalmente, mediante el impacto positivo que genera el respeto a los derechos humanos en las personas. Obviamente, al hablar de respeto a los derechos humanos en este contexto estamos entendiendo un respeto referido a todas las personas, no solamente a las personas involucradas en una imputación criminal, sino en cualquier ámbito de la vigencia de los derechos humanos.

Cuando un sistema de seguridad y de justicia, o de salud, o cualquier otro, logra hacer respetar los derechos humanos, se generan una serie de consecuencias positivas que funcionan como un círculo virtuoso a favor del fortalecimiento social y democrático. Esto se da en buena medida por la legitimación que ganan las autoridades, pero también por el hecho mismo de que, al respetarse los derechos humanos, las instituciones están cumpliendo con su finalidad y de esa manera se justifican plenamente.

Visto desde el ángulo negativo, es decir, en el supuesto de que los derechos humanos no sean respetados, se pierde la justificación misma de las instituciones estatales y se rompe la legitimidad que les es indispensable para ser funcionales.

¹⁴ Hay que recordar que el desarrollo es considerado también como un derecho internacional reconocido en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de 1986.

1. El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para 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.

Esta perspectiva permite entender en toda su dimensión la trascendencia de los derechos humanos dentro de la realidad estatal, ya que su carácter teleológico los coloca como el elemento sustancial del verdadero desarrollo. La vigencia de los derechos humanos es el mejor indicador del desarrollo y no puede haber verdadero desarrollo si no hay un respeto a los derechos humanos.

Esta explicación nos permite concluir que existe una vinculación esencial entre desarrollo y derechos humanos y, por ende, entre seguridad y derechos humanos, si entendemos ésta con un enfoque integral.

De tal forma, cualquier antinomia entre ambos conceptos será siempre un error de conocimiento.¹⁵

Lo último en que quisiéramos insistir, dentro de este apartado en el que hemos hecho un énfasis fundamentalmente teórico, es en la importancia de subrayar el carácter finalista que tienen los derechos humanos y considerarlos no sólo como límites a la actuación del Estado sino como fin y contenido de sus acciones de gobierno, sólo una perspectiva así puede ayudar a comprender en todo su alcance las implicaciones de los derechos humanos para el Estado. Es cierto que desde el punto de vista histórico los derechos humanos, como normas jurídicas internacionales, se enfrentaron al Estado estableciéndole límites precisos, lo mismo puede decirse del origen del constitucionalismo moderno, sin embargo, desde el ángulo de la naturaleza misma de las cosas, los derechos humanos son mucho más que un límite externo al Estado, son parte de su justificación intrínseca, siendo el Estado una organización formada por seres humanos.

4. Los puntos de vinculación prácticos entre seguridad y derechos humanos

Insistiendo en la razón por la que hemos hecho la distinción entre la vinculación teórica y práctica entre derechos humanos y seguridad y sus posibles antinomias, es necesario advertir que, así como existe una cierta producción teórica sobre las interrelaciones entre seguridad y derechos humanos,¹⁶ desde el punto de vista práctico es menos frecuente encontrar posicionamientos que consideren a la seguridad y los derechos humanos como dos realidades perfectamente armónicas y necesariamente interrelacionadas.

¹⁵ En buena medida esta problemática obedece a la falta de estudios sobre la relación entre ambas realidades, derechos humanos y seguridad, con una vertiente práctica y orientada a la utilización práctica.

¹⁶ Ésta es precisamente la elaboración que ha llevado a la acuñación del término seguridad ciudadana, como un concepto moderno acorde con las exigencias actuales pero manteniendo un enfoque de pleno respeto a los derechos humanos.

Basta pensar en las innumerables violaciones a derechos humanos que derivan de las medidas de contención que se ejecutan necesariamente para contener a la criminalidad. Este contexto que, como hemos señalado, es el propio de la época reciente, es una clara muestra de la dificultad para avenir adecuadamente ambos objetivos.

Esto, sin embargo, merece una primera aclaración, ya que tomar medidas para prevenir y sancionar al crimen y, por lo tanto, a las personas que los cometen no es una acción en contra de los derechos humanos sino todo lo contrario, su mejor expresión. La obligación de hacer respetar los derechos humanos de la población obliga al Estado a tomar medidas de persecución a los delincuentes. No hay ninguna justificación para considerar que aplicar una sanción a un criminal es violar sus derechos humanos y sostenerlo es un sinsentido, por ello, decir que los derechos humanos defienden a los delincuentes es una contradicción en sí misma.

Desde este punto de vista, una política de seguridad es una política de derechos humanos.

Obviamente esto no quiere decir que las medidas de combate al crimen se puedan aplicar de cualquier manera. También frente a ellas hay límites y se han ido perfeccionando conforme a la larga experiencia del uso faccioso que se ha hecho de la fuerza pública para supuestamente erradicar la criminalidad, pero utilizándolo para fines distintos, de índole política o social. Es por ello que la normatividad de derechos humanos ha establecido imperativos en el actuar de las autoridades en el ámbito de la seguridad y justicia, como el respeto al debido proceso, a la integridad de las personas, la abolición de la pena de muerte, las garantías de acceso a la justicia, los principios de proporcionalidad en el uso de la fuerza pública, etcétera.

Aquí es donde a veces se considera que en la práctica se contraponen ambos objetivos, ya que por el hecho de respetar tales derechos (o principios) se establecen límites que hacen perder eficacia en la acción de los cuerpos de seguridad. Esta también es una falacia y en ello debemos insistir.

Podemos comenzar por hacer un planteamiento general y luego referirnos a un ejemplo: si supusiéramos que por razones de la gravedad de la situación de inseguridad es necesario instaurar una agresiva política de seguridad con acciones contundentes, pueden suceder dos consecuencias: por un lado, que gracias a esas acciones se logren acciones eficaces en contra de la delincuencia y, por otro, que debido a estas medidas se den violaciones a derechos humanos. Ambas consecuencias son plausibles y pueden darse concurrentemente. Frente a esta ambivalencia la conclusión no debe ser la de tolerar las violaciones a derechos humanos amen de conseguir que se mejore la situación de seguridad, sino la de evitar a toda costa que se den tales violaciones, poniendo los medios de prevención necesarios y en caso de que se lleguen a presentar, como casos verdaderamente aislados, entonces accionar los mecanismos de responsabilidad necesarios.

Esto, además de ser un planteamiento ético y jurídicamente obligatorio, debe entenderse también como una estrategia para potenciar la eficacia de las políticas de seguridad. Las consecuencias de las violaciones a derechos humanos son más nocivas que la propia criminalidad, ya que impactan sobre la credibilidad ciudadana y la legitimidad de las acciones de autoridad. No puede generarse una política de seguridad eficiente si no es sobre bases de confianza ciudadana.

Aquí es donde el respeto a los derechos humanos se convierte, además de en un principio ético y jurídico, en una medida estratégica, ya que está orientada a fortalecer el entramado social, entendiendo por él la interrelación entre las autoridades y la ciudadanía.

En ese sentido, una política de seguridad debe incorporar una política de derechos humanos como uno de sus elementos esenciales y no solamente como un mero elemento de complementación como si se contratará un vigilante o un auditor externo.

Bajo este mismo enfoque hay ejemplos que pueden ayudar a entender cómo el respeto a los derechos humanos fomenta mucho más la eficiencia de las políticas de seguridad, tanto en el corto como en el mediano plazo. Queremos tomar como ejemplo el arraigo, el cual se constitucionalizó en nuestro país a partir del 2008, autorizándolo para el caso de delincuencia organizada por 40 días y prorrogable por otro tanto.¹⁷ La medida se justificó en razón de las dificultades para poder investigar dentro del plazo constitucional y el riesgo por tanto de perder la posibilidad de contener a criminales peligrosos.

Sin meternos a todos los aspectos de la discusión al respecto,¹⁸ lo que resulta claro es que se trata de una medida que no incentiva el desarrollo de la capacidad de investigación de las autoridades sino todo lo contrario, pacta con la ineficiencia. En ese sentido, la medida no es acorde con el fortalecimiento institucional que se requiere de manera apremiante. Desde ese ángulo, el tratamiento que debió darse es otro. Como éste, muchos otros ejemplos pueden citarse para hacer ver que apearse al respeto a los derechos humanos siempre será un aliciente para hacer las cosas de la mejor manera, en el mediano y largo plazo.

Hay otro aspecto que hemos obviado en este análisis porque no nos parece que sea una de las principales razones para atender las obligaciones de derechos

¹⁷ A raíz del proceso de revisión ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU (*Examen Periódico Universal*) México recibió distintas recomendaciones para que suprimiera la figura del arraigo. Tal fue la Recomendación de Nueva Zelanda y Suiza que nuestro país no aceptó: *Erradicar la figura del arraigo, a la mayor brevedad posible*. <http://catedradh.unesco.unam.mx/webEpu/Documentos/Recommendations_Mexico_2009_S.pdf>.

¹⁸ Sin duda es muy amplia la gama de temas de análisis que conlleva la aplicación de la figura como la del arraigo, como pueden ser la del respeto al principio de presunción de inocencia; sus circunstancias de aplicación; el respeto a la competencia judicial, etcétera.

humanos el Estado, sin embargo, lo es desde el punto de vista externo y en ese sentido no puede dejar de mencionar ya que su realidad jurídica y política es inquestionable. Nos referimos al ámbito de las obligaciones internacionales que en el tema de derechos humanos tienen todos los Estados. Sin duda alguna que el cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos son un imperativo internacional, sin embargo, no lo hemos utilizado como uno de los argumentos para justificar la vinculación práctica entre seguridad y derechos humanos, ya que con ella no se logra visualizar debidamente las consecuencias más concretas que se pueden generar al desatender las obligaciones de derechos humanos.

Algo similar sucede con las organizaciones de derechos humanos, las cuales actúan de manera muy incisiva señalando los abusos y exorbitaciones de la autoridad. No cabe duda de que un aliciente para respetar los derechos humanos es que al hacerlo se logra acallar la voz de las organizaciones de derechos humanos y, de lo contrario, surgirá un activismo que será una dificultad más para la propia estrategia de seguridad. No hemos querido apuntar este como uno de los argumentos para sostener que respetar los derechos humanos como política de Estado es una acertada estrategia, ya que existen razones mucho más sustantivas y que derivan de la propia naturaleza de los derechos, sin embargo, este argumento no es tampoco despreciable ya que se ubica en la zona de la legitimidad social, es decir, en la necesidad de contar con el respaldo social para poder desarrollar una estrategia eficaz de seguridad pública.

Algunas veces se afirma que la sociedad es más proclive, ante una situación de inseguridad como la que vivimos en México, a apoyar propuestas de rigidización de las penas y sanciones e incluso de las medidas de fuerza no obstante que violen derechos humanos. Esto, sin dejar de ser cierto, es sólo una reacción aparente y de corto plazo, ya que cuando se dan este tipo de situaciones y conforme empiezan a afectar a personas inocentes el apoyo social deja de ser tal y se llega a generar una desaprobación generalizada, que, por supuesto, ni significa aprobar al crimen y a quienes los cometen, pero tampoco se pueden respaldar las violaciones a derechos humanos como si fuera un costo necesario. La violación a derechos humanos nunca se puede argumentar como parte de la lucha contra la delincuencia, esto es, nuevamente, una falacia.

En la época moderna no puede haber gobierno y, por tanto, política cualquiera, que no esté apoyada en un reconocimiento y legitimación social. Un correcto enfoque de derechos humanos brinda este ingrediente que, estamos convencidos, puede fortalecer fuertemente las acciones en materia de seguridad.

No queremos dejar de enfatizar que lo que queremos significar al decir que se debe incorporar el elemento de derechos humanos en las políticas de seguridad es algo real y sustantivo. No basta con lanzar consignas a favor de los derechos humanos y ni siquiera desarrollar un plan de capacitación en derechos humanos, de

lo que verdaderamente se trata es de estar dispuesto a poner todos los medios para evitar las violaciones, aunque esto signifique modificar decisiones fundamentales, así como reconocer las violaciones cuando estas existan y generar un mecanismo transparente y confiable de sanción a los responsables. Es decir, además de los planteamientos formales y administrativos, debe haber mecanismos reales de defensa y protección de derechos que generen la credibilidad y la legitimación a la que nos hemos referido.

Aquí existe un punto particular al que hemos de hacer mención y que resulta particularmente importante ya que significa modificar algunos paradigmas. En algunas latitudes, por ejemplo, en México, se suele considerar que reconocer un error o violación en derechos humanos trae como consecuencia debilitar a las instituciones y a la política de seguridad, cuando es exactamente lo contrario. No hay mejor manera de fortalecer un enfoque de derechos humanos que reconociendo cuando existen las violaciones y poniendo los medios para repararlas. Consideramos que en este punto existe un desenfoque cultural propio de una visión excesivamente formalista en el ejercicio del poder público y donde los mecanismos de transparencia estaban totalmente ausentes. Al contrario, no hay mayor daño que se pueda hacer a la credibilidad ciudadana que mentirle u ocultarle una realidad que para quien la sufre es evidente.

Con estos planteamientos podemos ver cuántos puntos de conexión existen en la práctica entre la política de seguridad y la de derechos humanos y las implicaciones que trae consigo el compatibilizarlas o separarlas.

5. La falacia de la política de seguridad en México

De manera obligada, y después de lo anteriormente dicho, corresponde hacer una referencia, al menos breve, sobre lo que sucede en México, en dónde su política de seguridad para el combate al crimen organizado ha trascendido fronteras y causado innumerables consecuencias.

La política de seguridad seguida por el gobierno federal en México está caracterizada por haber hecho intervenir a las fuerzas armadas en las acciones de seguridad pública, amén de que se desplegó una estrategia mediática concentrada en la priorización del tema, como una consigna del gobierno en turno.¹⁹

Las consecuencias de esta política han sido una gama amplia de problemáticas sin lograr erradicar ni la presencia ni la actividad de las bandas criminales. El mayor problema que ha enfrentado esta política ante la ciudadanía es la falta de pre-

¹⁹ Al respecto pueden recomendarse dos análisis periodísticos: <<http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/45110.html>> y <<http://www.observatorionacionalciudadano.org.mx/>>.

cisión sobre sus objetivos, ya que al no contar con elementos para medir el avance, los datos sobre violencia impactan negativamente en los ánimos de la población, máxime cuando se había mantenido una campaña mediática de alto perfil sobre la lucha contra el crimen organizado.

Los índices de violencia se dispararon a partir de que se inició esta política de seguridad, lo que ha generado una oposición a la misma. El gobierno ha respondido señalando que suspender su estrategia sería contraproducente y que, aunque están abiertos al diálogo, no han oído ninguna alternativa convincente para dejar de insistir en sus métodos.

Existen muchos puntos que son controvertidos respecto de esta política de seguridad, sin embargo, no es ésta la ocasión para tratarlos todos. Nos corresponde, en todo caso, señalar el tema de la ausencia de los derechos humanos en esta política.

Los derechos humanos han estado ausentes no del discurso, donde de vez en cuando aparecen, pero sí del enfoque y de los propios mecanismos.²⁰

En cuanto al enfoque, el planteamiento del gobierno federal tiene un problema de origen ya que mantiene la posición de que la violación a derechos humanos la realizan los delincuentes y que el gobierno, al contrario, está tratando de evitarla. Esto tiene un problema no sólo teórico ya que las violaciones a derechos humanos –dentro del sistema actual– sólo puede ser cometida por la autoridad, sin embargo, el problema es mayor ya que al sostener esa posición se dejan de percibir todas las violaciones que sí comete la autoridad en sus acciones de combate al crimen organizado y que no ha sabido reconocer.

Hay, pues, un primer problema de enfoque y uno alejado de reconocimiento de violaciones.

Otra de las manifestaciones de ausencia del elemento de derechos humanos ha sido la falta de diálogo con las organizaciones, particularmente las nacionales de derechos humanos. En este terreno el gobierno ha abierto una serie de espacios para dialogar con la sociedad civil, de diversos sectores, lo que sin duda ha significado un avance muy sustantivo. Lo que llama la atención es que en esos diálogos nunca se ha convocado a organizaciones especializadas en derechos humanos, lo que significa que el enfoque está ausente.²¹

Hay otros signos que demuestran que no ha habido una vinculación de derechos humanos en la crucial estrategia política de seguridad pública del gobierno

²⁰ Para abundar en el fundamento de esta afirmación se sugiere la lectura de la carta dirigida por la organización Human Rights Watch al presidente de México [en línea], disponible en <<http://www.hrw.org/es/news/2010/09/17/mexico-carta-al-presidente-calder-n>>.

²¹ Al respecto nos permitimos compartir el señalamiento que hizo el Centro Jurídico para los Derechos Humanos (ONG de derechos humanos mexicana) al respecto y que se recoge en <<http://ricardosepulveda.org.mx/Prensa.html>>.

federal en México, iniciada a partir del 2006. Muestra de ello son, por ejemplo, las expresiones desafortunadas que se han hecho por parte del presidente de la República y por sus más cercanos colaboradores²² ya que aunque se trata de meras expresiones, en ellas se refleja una visión que, cuando menos, es muy lejana de la perspectiva de derechos humanos que debería imperar en esta política.

Otro de los errores de principio –y que es contrario a los derechos humanos– está en el mismo hecho de llamar a esto guerra y a justificar las muertes como si se tratara de un régimen de excepción;²³ cada muerte es un asesinato y atenta contra el Estado de derecho. El hablar de daños colaterales a las muertes o lesiones de personas civiles es un desenfoque sumamente grave que atenta contra los derechos humanos porque de alguna manera pretende justificarlos.

Los datos de violencia que ha generado esta estrategia son sumamente alarmantes y dan lugar a una reflexión muy seria sobre las violaciones a derechos humanos que esto implica. Cada muerte, cada desaparición, cada sufrimiento puede conllevar serias violaciones a derechos humanos, por lo que lo primero que debe tenerse bajo control son los datos de las consecuencias sobre las personas que esto está provocando.²⁴

Sólo de manera reactiva, externa y *a posteriori*, el tema de los derechos humanos ha aparecido dentro de las preocupaciones del gobierno, por ello han permeado tan poco en el enfoque y en los principios de esta estrategia.

Habiendo expuesto la premisa de que no puede haber una verdadera política de seguridad sin derechos humanos y después de señalar que en México el tema de los derechos humanos no ha sido parte de esta acción, la conclusión es evidente: la política de seguridad pública tiene un problema de fondo; la política de seguridad pública es una falacia y no puede garantizar resultados verdaderos.

Nos hacemos cargo de la seriedad de esta afirmación, sin embargo, no es equívoca y los datos nos van dando la razón cada vez con más evidencia.

México, por sus circunstancias, si asume con plenitud sus compromisos en materia de derechos humanos, puede convertirse en un caso de éxito sobre las mejores estrategias para sobreponerse a los ingentes retos de la inseguridad y construir una verdadera política de seguridad ciudadana.

Volviendo a la argumentación de este breve ensayo apuntamos la necesidad de que se siga fortaleciendo la vinculación entre derechos humanos y seguridad, ya que los retos actuales en la materia no parece que vayan a disminuir sino todo lo con-

trario y, por ende, es necesario que se encuentren fórmulas que a la vez que resulten eficaces no generen consecuencias perniciosas para el ser humano, sino que, en una plausible y lógica armonía, redunden en la construcción de modelos de organización social que respondan a las vicisitudes del momento histórico actual.

²² Cfr. <<http://www.hrw.org/es/news/2010/09/17/mexico-carta-al-presidente-calder-n>>

²³ Al respecto *cfr.*, entre otras: <<http://www.nacion.com/2010-05-05/Mundo/UltimaHora/Mundo2361488.aspx>>.

²⁴ Un análisis obligado sobre las implicaciones que esta situación ha generado en el campo de los derechos humanos en México es el informe de la CNDH, 2010; disponible en <<http://www.cndh.org.mx/lacndh/informes/anuales/2010activ.pdf>>.

EL PAPEL DE LA SOCIEDAD CIVIL EN EL PARADIGMA DE LA SEGURIDAD CIUDADANA

Martín G. Álvarez

1. Introducción

La posmodernidad es el escenario en que se plantean diversos cambios —algunos sutiles, otros no tanto—, en los quehaceres de los grupos humanos, en las relaciones interpersonales y por supuesto entre las instituciones. Uno de los espacios donde es visible el proceso de la modernidad es el de las instituciones tradicionales como el Estado y la familia. La primera nos remite a la época mercantilista en el siglo XVI y la segunda a los inicios de las actividades gregarias de los grupos humanos.

Los estudiosos de la modernidad suelen acuñar conceptos como posmodernidad, modernidad tardía, sociedad del riesgo, alta modernidad o economía de la información para designar generalmente al periodo que comienza en los albores de la Revolución industrial, donde se encuentra una fuerte presencia del ideario de la Ilustración francesa. En este sentido, el filósofo y sociólogo polaco Zygmunt Bauman elabora el concepto de primera modernidad para explicar un momento histórico de internacionalización en donde los Estados dirimían sus diferencias, pactaban tratos o negociaban asuntos de política en un escenario global. Dicho en palabras de Bauman, la “escena global era el teatro de la política entre Estados”.¹ De este modo, cuando Bauman se refiere al momento histórico posterior a la primera modernidad, en realidad alude al Estado-nación en los términos de una extinción, ya que para él, el Estado, en la segunda modernidad, se encuentra en declive y una

¹ Zygmunt Bauman, *Globalización, consecuencias humanas*, México, FCE, 2001, p. 84.

parte de su decadencia es debida a su persistencia en la localización o persistencia geográfica y la otra parte se encuentra en el trastocamiento de sus bases constitutivas de "autosuficiencia militar, económica y política".²

Por su parte, el sociólogo alemán Ulrich Beck ilustra el papel del Estado en la primera modernidad haciendo una diferenciación conceptual. Él tiene la virtud de desprenderse de la tendencia en los estudios en ciencias sociales que sustentaban los conceptos de la política y lo social con base en la llamada teoría del contenedor, cuya tesis principal esgrimía que el dominio espacial-territorial de las relaciones sociales, culturales y políticas corresponde al Estado-nación. Beck plantea diferenciaciones entre conceptos como *globalismo*, *globalidad*, *globalización*, con la finalidad de "acabar con la idea de un mercado mundial, mundialmente poderoso que gobierna nuestros cerebros y paraliza toda su actividad".³ Un planteamiento sumamente interesante elaborado por este teórico es que tras el fracaso de la primera modernidad, en donde la figura del Estado se erigía como el principal elemento configurador de las relaciones sociales, emerge, en un primer plano, la sociedad civil como actor que comienza a avanzar sobre los resquicios dejados por la insuficiencia totalizante del Estado-nación.

Es posible encontrar un punto de coincidencia entre Bauman y Beck, ambos plantean un escenario en lo inmediato caracterizado por un declive sustancial del Estado-nación en donde las relaciones interindividuales o intergrupales se salen de los esquemas territoriales, geográficamente propuestos por la teoría del contenedor para guiarse por el individualismo altamente racionalizado, en donde los individuos guían su acción, ya sea por la afinidad de intereses, o bien, como ya lo apunta Beck en la sociedad de riesgo, por la plataforma política que puede ofrecer el miedo como factor que influye altamente en la formación de movimientos sociales, sobre todo a escala global.⁴

Este escenario de retraimiento y reconfiguración del papel de los Estados-nación es la ventana de oportunidad para la emergencia de los poderes fácticos, por ejemplo, empresarios, asociaciones religiosas o la criminalizada organizada; pero también el punto crítico del surgimiento de una sociedad civil mejor organizada, altamente sensibilizada respecto de su capacidad de agencia y que avanza sobre el terreno ganando espacios en la promoción de una agenda de derechos y de participación en la toma de decisiones de la administración pública bajo paradigmas como el de la seguridad ciudadana.

² *Ibid.*, p. 86.

³ Ulrich Beck, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, España, Paidós, 1998, p. 26.

⁴ U. Beck, *La sociedad del riesgo, hacia una nueva modernidad*, España, Paidós, 1998, p. 55.

2. El paradigma de la seguridad ciudadana

La seguridad ciudadana es un enfoque dentro de la administración pública que está profundamente relacionado con una perspectiva democrática y dinámica de las sociedades contemporáneas, las condiciones ideales del desarrollo de sus ciudadanos y la resolución de sus problemáticas de seguridad de forma integral y colectiva. Sin embargo, su incorporación en la agenda pública, sobre todo en los países latinoamericanos, no se trata de una consecuencia fortuita sino de un proceso histórico de países que han sido tocados por fenómenos de violencia sistemática y durante periodos prolongados que han debilitado la cohesión social y, además, han colocado entre paréntesis la integridad de las personas y la protección de sus derechos esenciales. En este sentido las experiencias más adelantadas en esta materia se encuentran en Chile y en algunas naciones centroamericanas.

Traducido a un despliegue de acciones específicas la seguridad ciudadana, se funda en la prioridad de protección de la integridad a las personas antes que al Estado; se trata pues, de la satisfacción objetiva de condiciones de vida adecuadas, así como de la institucionalización del diálogo, por medio de la justicia restaurativa, como herramienta para la solución de conflictos interpersonales y sociales con la finalidad de no desgatar la cohesión social pues se entiende que ésta última es la base para fincar la convivencia social. Una característica definitoria de este paradigma es que se presenta como una alternativa a la perspectiva tradicional de "seguridad pública", pues traslada el centro de gravedad de la esfera de la acción policial y el fortalecimiento de instituciones de defensa fuertes e insondables hacia la participación de la sociedad civil, principalmente la organizada y a nivel comunitario, con la finalidad de afianzar los niveles de gobernabilidad.

Así pues, la seguridad ciudadana está relacionada con la participación activa de los ciudadanos, tanto en la transparencia y la rendición de cuentas de las autoridades como en la necesidad de hacer valer sus derechos. Es decir, bajo este paradigma se reivindica la capacidad de los ciudadanos como agentes activos, y no como sujetos pasivos que únicamente demandan seguridad de una instancia superior.⁵

En materia de delitos, se parte de que éstos tienen orígenes multifactoriales y que cuentan con un fuerte fundamento social en su génesis. Por ello, el enfoque preventivo con una fuerte participación comunitaria desplaza, desde esta perspectiva, la visión de la seguridad pública que privilegia la intervención policial, apoyada

⁵ *Espacios urbanos seguros. Recomendaciones de diseño y gestión comunitaria para la obtención de espacios urbanos seguros*, Santiago de Chile, Ministerio de Vivienda y Urbanismo/Ministerio del Interior/Fundación Paz Ciudadana, 2003, p. 10.

fuertemente en políticas punitivas, como la primera y la última instancia capaz de inhibir las conductas delictivas.

La participación y colaboración de los actores sociales implicados en la seguridad, es decir, autoridades y sociedad civil, no implica el fin de las tradicionales instituciones de seguridad pública, como por ejemplo, la policía, ya que se impulsa una reforma integral y democrática que pretende acercar al ciudadano con la policía, privilegiando el ejercicio de los derechos humanos. En este marco se busca la profesionalización de las instituciones policiales y que éstas, a su vez, sean más abiertas al escrutinio público, acompañamiento ciudadano en la revisión de sus procedimientos operativos, técnicos, de formación de personal, así como en la elaboración de sus políticas de prevención del delito.

En materia de políticas de gobierno, la respuesta tradicional al fenómeno de la criminalidad y la inseguridad, en el frente policial postula que ésta tiene una solución mediata, con la adquisición de patrullas, armamento, tecnología de vanguardia y la incorporación de más agentes. En el frente jurídico, esta respuesta sustenta el incremento de las medidas punitivas acompañado de un decremento de las garantías individuales que aceleran los procesos penales, dejando fuera de las calles a las personas señaladas socialmente como amenazas a la seguridad y tranquilidad. Sin embargo, dada la complejidad de la inseguridad y su heterogénea composición: condiciones geográficas, falta de planeación urbana, pérdida de espacios públicos ante la delincuencia, falta o deficiente entrega de servicios públicos municipales, educativos, culturales y recreativos, la violencia familiar, la falta de empleo, por citar algunos; no es posible encarar estos problemas que impactan tanto en la percepción acerca de la inseguridad como en las condiciones objetiva desde un solo frente.

En virtud de lo anterior, el problema de la inseguridad representa un reto que obliga, imprescindiblemente, a la participación de diversas dependencias u órganos de gobierno y a trascender el lugar común que refiere el problema de la inseguridad como asunto exclusivo de las instituciones de seguridad pública. En este sentido, y a fin de evitar que la participación se convierta en producto de la inmediatez, o como afirma Beck, de la plataforma de acción de los temores, es necesario replantear los esquemas de participación ciudadana, en el mediano y largo plazo mediante la incidencia en la formulación, la implementación y evaluación de las políticas públicas que ofrezcan respuestas de manera integral a la complejidad que representa la inseguridad, tanto por sus componentes objetivos como por los subjetivos.⁶

⁶ Ricard Brodat, "Un concepte de seguretat ciutadana", *Revista Catalana de Sociologia*, España, núm. 17, 2002, pp. 5-25.

Lo anterior implica que el diseño de las políticas públicas del Estado en materia de seguridad tiene que enfocarse en las personas y en sus fuentes de amenaza, a fin de que las acciones gubernamentales tiendan a aminorar la violencia y el temor del ciudadano, dada la posibilidad que éste tiene de ejercer sus libertades y derechos, como una de las principales formas de garantizar la seguridad, ello en un contexto que garantice un estándar mínimo de bienestar social.

3. Seguridad ciudadana y derechos humanos

La relación entre derechos humanos y ciudadanía permite configurar un concepto de seguridad basada en la idea de que todas las personas puedan ejercer sus derechos y libertades en un Estado democrático de derecho, condición necesaria para el funcionamiento de la sociedad y uno de los principales criterios para asegurar la calidad de vida.

De acuerdo con Karlos Pérez de Armiño,⁷ en los últimos años se han conformado dos grandes interpretaciones y propuestas en torno a la seguridad ciudadana. Una que se configura en un enfoque amplio de la seguridad humana y que se centra en la libertad frente a la necesidad, es decir, en la satisfacción de necesidades básicas o elementos mínimos vitales relacionados con el desarrollo humano, tales como: la seguridad alimentaria, sanitaria y medioambiental. El otro se configura como en un enfoque restringido del concepto y se centra en la "libertad frente al temor, esto es, en la protección ante la violencia física en contextos de conflicto".⁸

El concepto tradicional de seguridad es el que lo asociaba con la represión del delito y el mantenimiento del orden, se trataba, pues, de un concepto de seguridad situada en el entorno del control y de la criminalidad y eminentemente reactiva.⁹ En contraposición con la seguridad pública, la seguridad ciudadana es una condición de libertad expresada en un derecho ciudadano, tiene un carácter instrumental que se traduce en un medio para alcanzar los fines de la democracia y se caracteriza por los principios de confianza y control, promovidos mediante la participación ciudadana y la verificación pública del desempeño institucional.¹⁰

⁷ Véase Karlos Pérez de Armiño, "El concepto y el uso de la seguridad humana: análisis crítico de sus potencialidades y riesgos", *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, núm. 76, España, enero, 2006, pp. 76 y 77, <www.cidob.org/es/content/download/4366/44237/file/76_perez.pdf>.

⁸ *Ibid.*, p. 60.

⁹ *Idem.*

¹⁰ Véase Ernesto López Portillo, "Seguridad pública y democracia: hacia la seguridad ciudadana -relativizar el poder frente a la libertad-", en Arturo Alvarado y Sigrid Artz, *El desafío democrático, seguridad y Estado de derecho en México*, México, El Colegio de México, 2001, pp. 67-82.

La seguridad ciudadana trata de dar respuesta a los fundamentos en que se basa la seguridad, al cuestionar la necesidad de distinguir entre seguridad nacional o del Estado, seguridad global o internacional y seguridad individual, propia de la seguridad ciudadana y que se aleja de la concepción tradicional de la seguridad nacional basada en la integridad territorial del Estado para postular que es precisamente la protección de la persona y el ejercicio de sus derechos fundamentales, particularmente su derecho a vivir en un contexto libre de violencia y de temor, el marco de referencia de las políticas públicas del Estado en torno a la seguridad.

El desplazamiento del eje de atención desde el Estado hacia el individuo implica establecer, entre otros elementos, la prioridad de los derechos fundamentales frente a la razón de Estado y la preeminencia de las necesidades básicas y libertades del ciudadano frente a los intereses y necesidades del Estado.

Lo anterior, implica que el diseño de las políticas públicas del Estado en materia de seguridad tiene que enfocarse en las personas y en sus fuentes de amenaza, a fin de que las acciones gubernamentales tiendan a aminorar la violencia y el temor del ciudadano, debido a la posibilidad que éste tiene de ejercer sus libertades y derechos, como una de las principales formas de garantizar la seguridad.

La seguridad humana constituye un paradigma con potencial emancipador para las personas, al revalorizar sus propios intereses y considerar el ejercicio de sus derechos el eje articulador del accionar estatal en la materia.¹¹ La traslación del objeto de estudio de la seguridad desde el Estado al individuo supone pasar de un enfoque macro a otro micro, es decir, una intervención enfocada en el ciudadano como unidad de referencia de la eficacia y eficiencia de las políticas públicas.

Como lo expresa Caroline Thomas, "la seguridad humana está orientada hacia una noción activa y sustantiva de democracia, que asegure a todos la oportunidad de participar en las decisiones que afectan a sus vidas. Por tanto, está relacionada directamente con las discusiones de la democracia a todos los niveles, desde el local hasta el global".¹²

Los proyectos que bajo el impulso del paradigma de la seguridad ciudadana se han desarrollado en distintos países y que han reportado experiencias positivas, están sustentadas en políticas públicas que han implicado la modificación de prácticas sustantivas en las instituciones, así como en los mecanismos e imaginarios sociales acerca de la participación ciudadana.

Para el caso de algunos proyectos o estrategias enmarcadas en la perspectiva de la seguridad ciudadana, se han tenido que hacer adecuaciones administrativas en algunas de las dependencias gubernamentales involucradas a fin de poder inte-

grarlas cabalmente con personal y estructura suficiente para realizar sus tareas. En otros casos las adecuaciones han sido de corte normativo, pues con la creación de nuevas instituciones y figuras, se les ha tenido que dotar de facultades y reglamentar su actuación; sin embargo, el cambio más importante y quizá el que resulta de más largo aliento es el cambio cultural que supone trascender relaciones verticales o paternas entre gobierno y ciudadanía para instalarse un patrón de cultura cívica en donde ideas como exigibilidad, transparencia, evaluación, consulta pública o ciudadana y fiscalización conforman el piso mínimo sobre el que habrá de sustentarse la acción cívica.

De manera general, el reto que encaran los Estados que han decidido transitar hacia este paradigma e impulsar su implementación desde sus estructuras es salvar la desconfianza de las personas hacia sus instituciones, sobre todo cuando éstas se muestran o han mostrado ausentes, sin credibilidad, indolentes o distantes de las necesidades de las personas. En este sentido, es importante el trabajo que desde la sociedad civil organizada se realiza para impulsar proyectos de mejora de seguridad ciudadana desmarcándose del paternalismo que marca una relación vertical gobierno-sociedad y asumiendo un rol de gestión sumamente importante, para incidir en el cambio de paradigmas dentro de las gestiones gubernamentales.

Los proyectos y estrategias que se exponen a continuación son los que han sido reconocidos por marcar una tendencia a nivel mundial en la búsqueda de la mejora de las condiciones de seguridad ciudadana.

Policía de proximidad, comunitario o de contacto

Es un modelo de policía que ha sido implementado en una serie de países de condiciones muy heterogéneas, pues hay casos en Japón, Singapur, China, Estados Unidos, Brasil, Chile. Se basa en un estilo policial de corte democrático y receptivo en cuanto a la participación de la ciudadanía. Se busca enfatizar y desarrollar las habilidades de interlocución del policía con fines preventivos y de acercamiento a la comunidad para que, en la medida de lo posible, éste pueda intervenir en los conflictos menores suscitados entre vecinos para llegar a alternativas concertadas.

Este modelo enfoca una buena parte de sus energías en asegurar la profesionalización de los cuerpos policiales por medio del servicio policial de carrera, pagos y compensación adecuados al nivel de riesgo de la actividad desempeñada, prestaciones laborales suficientes para una vida digna, etc., pues, en gran medida, de ello depende el éxito del mismo. Así pues, la capacitación de los elementos debe ser constante no sólo para actualizarse en lo relacionado a la técnica policial, sino también en enfoque de derechos humanos. En particular, en lo tocante al mar-

¹¹ K. Pérez de Armiño, "El concepto y el uso de seguridad...", en *op. cit.*, p. 64.

¹² Caroline Thomas, "Global Governance, Development and Human Security: Exploring the Links", *Third World Quarterly*, vol. 22, núm. 2, 2001, p. 165.

co del policía comunitario, se les busca capacitar para que sean competentes al momento de realizar actividades de inteligencia comunitaria, es decir, que puedan utilizar la información recopilada en recorridos cotidianos para elaborar estrategias más adecuadas de operatividad.

De igual forma se plantea que mediante este esquema de planeación y operatividad se reivindique la labor policial frente a la comunidad a la par de fomentar lazos de confianza y de respeto mutuo entre comunidad y policía.

Justicia restaurativa

Está referida a la reparación del daño infringido a una persona o comunidad en concreto. Asimismo, por estar basada en la concertación de las partes involucradas en un conflicto y no tender a la criminalización, se plantea como una forma alternativa a la justicia penal.

La saturación de las cárceles no es el mejor indicador de los niveles de justicia de un país, es por ello que ante la opción de la justicia penal de únicamente tipificar diversos hechos como delitos, agravar las condenas y dejar en un último nivel la reparación del daño, la justicia restaurativa abre una puerta para que por medio del diálogo y la negociación se busquen alternativas que resarzan los daños y se eviten conflictos mayores. Funciona al nivel preventivo, sobre todo con conflictos menores, en su mayoría de carácter civil, donde es posible lograr conciliaciones sin llegar al uso de la violencia o a los tribunales donde, por una parte, los procesos suelen ser largos y desgastantes y, por la otra, hasta el momento de la resolución final de un juez, las condiciones que motivan el conflicto pueden persistir.

La forma más acabada de la justicia restaurativa es la mediación, también conocida en muchos lugares como justicia alternativa; por vía de ésta suelen dirimirse generalmente conflictos familiares, mercantiles o civiles. La premisa básica es que al resolverse el asunto no hay ganador y perdedor porque las personas involucradas en el conflicto trabajan juntas en la construcción de un acuerdo en donde ambos quedan conformes. De esta forma se busca prevenir que conflictos menores escalen al nivel de delitos.

En la mediación participa un especialista denominado mediador que funge como facilitador de la comunicación y negociación entre las partes. Aunque la mayoría de los mediadores son personas que trabajan para el Estado, existen proyectos cuya función es formar mediadores que actúen a nivel de las comunidades.

Mejoramiento urbano con el involucramiento de redes sociales de nivel comunitario

Estos proyectos suelen partir de la concepción que plantea que no hay mayor actividad de prevención que la cohesión de los vínculos sociales a pequeña escala. Asimismo se conjugan con actividades que involucran la prevención situacional para inhibir la comisión de conductas antisociales y delitos de oportunidad.

Es notable que en Latinoamérica, desde hace alrededor de un cuarto de siglo, a pesar de los esfuerzos gubernamentales centrados en la gestión de los espacios públicos mediante la regulación, la normativa y los proyectos urbanos, no se pudieron prevenir ni corregir las constantes e, incluso toleradas, invasiones privadas que deterioraron el medio ambiente y la calidad de vida en las ciudades.¹³ Al respecto, es preciso señalar que, en la agenda de los gobiernos locales, en fecha reciente ha cobrado relevancia la preservación y mejora de los espacios públicos y áreas verdes por vía de las políticas públicas que de manera explícita reconocen su función social—como contextos donde es posible articular lazos comunitarios mediante la convivencia, la recreación y el desarrollo cultural— y, a la vez, su función ecológica—como amortiguadores ambientales de las zonas urbanizadas, reguladores de la temperatura y del medio ambiente.

El eje que sirve como elemento que configura este tipo de proyectos es el espacio público, pues se le reconoce como lugar físico pero también como lugar social que articula las relaciones vecinales. Así pues, espacio público deteriorado o excluyente se convierte en sitio poco propicio para establecer relaciones constructivas.

Asimismo, la pretensión principal es que en estos proyectos exista coparticipación entre gobierno y la comunidad a fin de que esta última pueda convertirse en gestora y responsable del cuidado del espacio. Es decir que exista una apropiación del espacio público.

4. Tareas pendientes en materia de participación ciudadana

La democratización de la seguridad implica una relación distinta entre autoridad y ciudadanía, basada en la reciprocidad y el diálogo para construir lazos de confianza y colaboración mutua en el diseño, implementación, ejecución y evaluación de las políticas gubernamentales. Esta transformada relación requiere, por otro lado, de ciudadanos comprometidos y suficientemente informados respecto del importante papel que desempeñan en el fortalecimiento de la seguridad ciudadana,

¹³ Cfr. Raquel Perahia, "Las ciudades y su espacio público", trabajo presentado en el IX Coloquio Internacional de Geocrítica, Porto Alegre, 28 de mayo al 1 de junio de 2007.

al fungir como agentes de cambio y contrapeso en la esfera de las decisiones públicas y como promotores sociales en sus comunidades para contribuir a una visión compartida de la seguridad y el espacio público.

El reto es buscar diferentes respuestas y acciones para enfrentar el tema la inseguridad con base en una intervención democrática y horizontal en el que primen, como criterio legitimador del quehacer gubernamental, el ejercicio y respeto de los derechos fundamentales de las personas. En este sentido, fortalecer la participación ciudadana implica posicionar el poder civil en la esfera de las decisiones gubernamentales y, a su vez, trabajar de forma horizontal, bajo un concepto de colaboración y coadyuvancia, acorde al enfoque de la seguridad ciudadana. Por lo anterior, deben replantearse las estrategias para el desarrollo de una adecuada política de seguridad ciudadana en el país que cambien paradigmas e involucre a la sociedad civil organizada para que ésta participe en la formulación de políticas públicas, su aplicación y evaluación.

VIOLENCIA, DECADENCIA Y TRAGEDIA INSTITUCIONAL. DESDOBLAMIENTO, ELASTICIDAD Y TRAMA RELACIONAL EN LAS SUBJETIVIDADES POLICIALES

María Eugenia Suárez de Garay

1. Introducción

Hoy México está frente a escenarios caóticos, marcados por los altos niveles de las manifestaciones de las diversas violencias, la criminalidad y la inseguridad, pero simultáneamente, por los altos niveles de ilegalidad que se expanden por prácticamente todos los espacios sociales. Sin duda, en un contexto así, las policías adquieren un rol preponderante para la gobernabilidad de nuestro país. Actualmente mandos militares ocupan las secretarías públicas de 15 estados del país (Aguascalientes, Chiapas, Guanajuato, Guerrero Michoacán, Morelos, Nuevo León, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas); las direcciones de policía estatal en tres entidades (Chihuahua, Coahuila y Colima) y dos egresados de la Marina están al frente de secretarías estatales (Quintana Roo y el Distrito Federal).¹ Además de que generales, coroneles y capitanes dirigen labores de vigilancia en municipios y ciudades disputadas por los cárteles de la droga. Esta expansión del Ejército en la seguridad pública ha supuesto un desplazamiento de mandos policiales de manera directa por militares. Expresiones de la militarización de la seguridad que requieren todavía una mayor comprensión y que se dan a la luz de una mayor dependencia gubernamental hacia las policías; no sólo por el número de efectivos policiales que se requieren para tener una cierta cobertura territorial, sino porque, aunque prevalezca una perspec-

¹ Agradezco el apoyo de Enrique Bouchot, asistente de investigador de INSYDE, para el procesamiento de esta información.

tiva belicista de la seguridad, "la policía" sigue siendo el actor clave encargado de la seguridad, el orden y la estabilidad pública.²

Sin embargo, este papel protagonista de las policías, al menos en México, no se corresponde en lo absoluto con su transformación radical, reflejada en mayores niveles de profesionalización, eficacia y responsabilidad en el ejercicio de la función policial. Ello, en mucho, se debe a que aquí hemos carecido de un modelo policial fundado en un conjunto de conocimientos, normas, recursos y órganos sistemática y metodológicamente ordenados, que pudieran generar una estructura doctrinaria y una cultura policial vinculados a la defensa de los derechos humanos, la ley, el orden y la seguridad ciudadana. Y que simultáneamente promoviera toda una mística y vocación de servicio en la que descansen una gestión y cultura organizacional que emerja de la interacción social, del diálogo, la convivencia ciudadana y la paz social, representada por símbolos distintos de mando, autoridad, costumbres y tradiciones que pudieran ir construyendo una sólida estructura de integración e identidad policial.

Por el contrario, lo que observamos son instituciones policiales, las más de las veces sumidas en una crisis institucional masiva, sistemática y crónica, compuesta por ejércitos de hombres y mujeres muchas de las veces quebrados por dentro que hace imposible que cumplan con el mandato policial que se les ha encomendado. Esto es, muchos de estos hombres y mujeres no cuentan con una estructura de funcionamiento (mental, emocional, física, relacional) para escenificar la profesión policial, lo que hace difícil sostener el argumento de que exista una moralidad policial como un sistema. Más bien se trata de una moralidad práctica construida de formas muy diferentes a las que definiría el deber ser policial, capaz de garantizar los derechos y las libertades individuales.

Lo que se observa en el mundo policial son formas muy variadas de interacción, ancladas a cierta racionalidad policial que coloca a estos sujetos permanentemente en ese espacio de amenaza y peligro; que, por un lado, les exige ser sujetos siempre en enfrentamiento con otros; propiciadores de violencia y victimarios de un poder muchas veces destructivo, que los condena a vivir en permanente conflicto o alerta. Pero, por otro lado, se observa a sujetos que a fuerza de golpe se curten en las complejidades de habitar las interfases del mundo policial y el delictivo, teñido de descontrol y desorden institucional, que hace emerger con toda su crudeza su decadencia, mostrando la propia vulnerabilidad y fragilidad de los sujetos mismos. Se trata, pues, de procesos que le dan cuerpo a esa especie de *subjetividad sojuzgada* que caracteriza a los policías y que tiene altos costos institucionales, organizacionales, individuales y por supuesto, para la ciudadanía. Se trata sin duda,

² Véase Lucía Dammert, "Reforma policial en América Latina", en *La seguridad ciudadana: un reto de las democracias*, [s. l.], CIES-SAFE WORLD, 2009. Disponible en <<http://www.http://cies.wordpress.com>>.

de una especie de *espiral sin salida* que condena a los policías al *estigma sin salida*. Trasmundo desmesurado donde el universo moral de las contradicciones irreconciliables no traza lucidamente los principios lo que está "bien" o lo que está "mal" respecto a la violación de los derechos humanos. Mundo *cerrado, imbuido, cercado y separado* donde justamente el *ethos* "profesional" parece componerse de la capacidad para saldar la tensión entre lo legal y lo legítimo mediante el conocimiento de las tramas burocráticas que pueden convertir los *excesos* en *figuras legales*, en detrimento de los derechos ciudadanos.³

Como se sabe, la dimensión de impunidad, delito y corrupción dentro de las instituciones policiales, no es una cara distinta de la crisis de seguridad pública, sino expresión, causa y consecuencia de la debilidad institucional que ha caracterizado a todo el sistema de seguridad pública en México durante décadas. Mundo de traiciones, complicidades, indolencias, desviaciones e ineficacias —hoy en el foco de atención de la opinión pública— que ha aumentado la tradicional desconfianza y la distancia en la relación ciudadano-gobierno, así como la crisis de confianza en las instituciones de procuración y administración de justicia.

Uno de los rasgos más dramáticos del sistema policial vigente es ese *otro orden subterráneo* caracterizado por un poder punitivo al margen de cualquier legalidad y control institucional. Justamente, una de las características de la policía en México ha sido el predominio del uso de la fuerza en el accionar policial y las formas de intervención policial de tipo reactivo y de choque como práctica sobresaliente de las tareas policiales. De ahí que se podría aventurar como hipótesis que esta situación ha favorecido el desarrollo de un tipo de violencia institucional de corte claramente ilegal, resultado también de la incompetencia policial institucional para formar y capacitar en el uso de la fuerza a sus cuadros, lo que se traduce en que algunos integrantes de las mismas instituciones policiales, ya sea de forma individual o concertada, hagan un uso ilegal de la misma.⁴ Ello ha traído consigo toda una subcultura policial al margen de lo que los reglamentos y la otra cultura institucional dictan. En este *otro lenguaje* de las organizaciones policiales, "los significados del reconocimiento, la obediencia y el acatamiento no pasan tanto por la asunción o interiorización de una deontología o ética profesional, de lo que significa ser *buen policía*, sino por la decodificación de las pautas secretas pero *archirreconocidas* en la institución, que los recién llegados (y los policías en general) deben develar y asi-

³ José Garriga Zuca, "Se lo merecen. Definiciones morales del uso de la fuerza física entre los miembros de la policía bonaerense", *Cuadernos de Antropología Social*, núm. 32, Buenos Aires, julio-diciembre, 2010, p. 91, disponible en <<http://www.scielo.org.ar>>.

⁴ María Eugenia Suárez de Garay, "Policías, delito e inseguridad. Reflexiones desde el lente de género", en *Crimen, castigo y género. Ensayos teóricos de un debate en construcción*, Guadalajara, Universidad de Guadalajara / Ayuntamiento de Guadalajara, 2009, p. 44.

milar, para convertirse en miembros plenos de la comunidad".⁵ La presencia de esta cultura policial informal/ilegal es la que posibilita este deslizamiento continuo de los policías entre el combate al delito y la comisión del mismo. Deslizamiento que parte de ese principio rector de actuación policial que ha sido la autonomía para decidir qué y cuándo es *aceptable, excusable, viable, operable y apropiado*, desde esa *moralidad secularizada* del profesionalismo, echar mano del uso (i)legal de la fuerza.

2. De cómo se forja el carácter

Algunas estudiosas de la policía han argumentado que la formación impartida en los distintos espacios de academia policial debe comprenderse como una especie de periodo *liminal* —a la manera de Víctor Turner. Es un cambio de estado, dice Sirimarco.⁶ En estos espacios de formación se da ese cambio de naturaleza. Es un cambio ontológico, y no una simple adquisición de conocimientos. Aquí resulta fundamental lo que se muestra, lo que se dice y lo que se hace. Esto es así y a ello hay que agregar que la fuerza de estos espacios formativos estará mediada no sólo por su dimensión institucional, organizacional y por una cultura policial; sino también por un conjunto de ideologías y un contexto sociocultural y político determinado.

En ese sentido, en México no se ha logrado instaurar una carrera policial institucionalizada, como lo establecen los ordenamientos jurídicos. En el mejor de los casos, esta encomienda se cumple con improvisación y precariedad sin trascender de lo interno, haciendo de las academias espacios sin la impronta que supondría para forjar un carácter policial. Sobre todo si contemplamos que se trata de una "capacitación" expedita que a nivel nacional, no sobrepasa los cuatro meses y medio de duración, lo que sólo permite hablar de una inducción básica con la finalidad de resolver las necesidades de personal en prácticamente todas las instituciones policiales del país. Prueba de ello es que en México "cuando hay enfrentamientos mueren más policías que delincuentes, por la poca capacitación y el menor equipamiento. Aproximadamente cuarenta por ciento de las lesiones que sufren los uniformados son autoinflingidas o causadas por sus propios compañeros en prácticas

⁵ *Ibid.*, p. 52.

⁶ Véase Mariana Sirimarco, "Marcas de género, cuerpos de poder. Discursos de producción de masculinidad en la conformación del sujeto policial", *Cuadernos de Antropología Social*, núm. 20, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2004.

o durante operativos, generalmente derivadas del mal acondicionamiento físico y poco desarrollado técnico".⁷

Ciertamente, al igual que en otros espacios de socialización inicial, en muchas de nuestras academias, una parte importante de los requisitos culturales para alcanzar el estatus de *policía* pasa por la superación de pruebas y desafíos. Enfrentarlos se vuelve clave para la recreación y escenificación de los valores y principios de actuación, considerados "correctos" y por la exaltación de ciertas características y patrones patriarcales altamente valorados en el mundo policial, que van dándole cuerpo no sólo a un sujeto masculino, sino también a un tipo de sujeto institucional. Así pues, en los ritos de liminalidad, se transita entre la exaltación de la hombría representada en cuerpos fuertes, resistentes, robustos y potentes siempre a prueba de todo. Y que se exige que se demuestre con *un temple* capaz de ser obediente, abnegado y controlado ante las agresiones y las provocaciones.

Sin embargo, es justo en estos *periodos de paso*, cuando es posible comenzar a observar las contradicciones latentes en la dimensión institucional y organizacional de la policía y de su baja capacidad ideológica para borrarlas. Por ejemplo, hace un tiempo observaba en una academia estatal del norte del país, un entrenamiento para intervenir en altas concentraciones. Los cadetes, todos jóvenes, estaban divididos en dos grupos. Unos representaban a los manifestantes e iban vestidos como tales: jeans, playeras y rostro cubierto. Y la otra parte del grupo representaba a la autoridad policial e iban enfundados en su equipo antimotines: escudo de policarbonato, espinilleras, rodilleras, PR-24, casco balístico y chaleco. Un principio básico para actuar en altas masas es avanzar como una unidad bajo las instrucciones del mando a cargo a partir de cómo se da el nivel de resistencia. El mando es el único responsable de dar las órdenes de escalada en el uso de la fuerza. Esto es, a mayor resistencia, mayor nivel de fuerza. Sin embargo, lo que comenzó siendo un entrenamiento conducido, terminó siendo un campo de batalla que excedía todos los estándares profesionales en el manejo del uso de la fuerza en altas concentraciones. Los cadetes que representaban a los manifestantes aventaban sin cesar piedras a sus compañeros que se abalanzaban sobre ellos sin escuchar orden alguna y sin reconocer que el principio fundamental para lograr éxito es actuar como una unidad, nunca de manera individual. Así, lejos de considerar esto una anécdota de principiantes, hay que entenderla como un corpus de prácticas y discursos que juegan un papel preponderante y que terminan por validar en el mundo policial la creencia de un terreno autónomo para la violencia policial que

⁷ Véase Guillermo Zepeda Lecuona, *Los retos de la eficacia y la eficiencia en la seguridad ciudadana y la justicia penal en México: mejorar la seguridad ciudadana y la justicia penal en México a través de una intensa reforma y del uso racional y eficiente de los recursos disponibles*, 2010 [documento de trabajo].

le abre al sujeto policial la posibilidad de tomarse las libertades que su estatus les confiere por principio, sin ser capaz de entender que en el ejercicio policial "hay límites que se castigan". Y no los entiende porque desde la institución, no sólo no se castigan, sino que se promueven formas de ser y hacer policía que los alientan.

Es así como estos índices van delineando la trama relacional y avalando una cierta forma de ser y actuar en la agencia policial. Todos sabemos que las instituciones se producen y reproducen mediante los discursos, las prácticas, las rutinas y las bases simbólicas de sus miembros. En este sentido, resulta crucial comprender esos discursos y prácticas, en tanto productores y vehiculizadores de mandatos sociales e institucionales que, al subordinar el cuerpo individual al cuerpo político-social, ayudan a la conformación de un determinado *sujeto policial*.⁸ Justo ahí es que es posible encontrar las pistas para entender ese proceso de *personalidad reprogramada* donde la piedra angular del mismo está en cómo el mensaje formal u oficial se contradice sustancialmente con los hábitos y prácticas cotidianas especialmente en el espacio intertextual e interpersonal. Es ese vínculo comunicativo, interactivo e interpersonal, la base y la forma cultural en el que se fundan, se presentan o producen todas las expresiones y manifestaciones de esa *otra agenda oculta y paralela* de las instituciones policiales que pueden ir desde el marco de las incivildades hasta el plano del delito.

3. La vida policial está en otra parte

A diferencia de otras culturas policiales, el proceso de transición hacia el nuevo estatus policial no se alcanza por completo con el paso por las academias policiales. En la academia, los *cadetes* están todavía *fuera de los acuerdos estructurales* que legitiman el desplazamiento hacia una reserva de principios y patrones de comportamiento que marcan la debida distancia con las comunidades y la ciudadanía en general.

Como se sabe, en las instituciones policiales de nuestro país ha prevalecido una concepción *policialista* de la seguridad pública basada en la consideración de la policía como la principal instancia de gobierno y la sociedad para conjurar el delito y mantener el orden público.⁹ Lo que ha traído consigo que la labor policial ante el delito haya sido sistemáticamente concebida como un combate o lucha contra el enemigo delincuente, al que se deba eliminar o exterminar. Es decir, se ha fortalecido una cultura que privilegia la reacción por encima de la prevención y que con-

sidera al tejido social como fuente de problemas más que de soluciones.¹⁰ En un contexto policial de esta naturaleza, la sociedad no puede aparecer más que como un actor secundario y pasivo o como un mero espectador de una dialéctica de confrontación permanente, en la que termina por justificarse y legitimarse toda forma de acción represiva centralmente asentada en el uso de la fuerza y la exaltación de la violencia.

Aunado a lo anterior, las estrategias de contención con soluciones militares frente a la crisis de inseguridad, violencias y criminalidad han tenido mayor cabida, recrudeciendo el histórico distanciamiento con la ciudadanía. No sólo porque las escasas labores en materia de prevención del delito que se hacían se vieron mermaidadas por la lógica de la guerra contra el narcotráfico y sus implicaciones, sino también porque el proceso de hiperestigmatización hacia la institución policial se ha venido profundizando, producto también de la penetración del crimen organizado entre las filas de los diversos cuerpos policiales del país.

De ahí que podamos decir que la institución policial, al ser un espacio social altamente *alterado, desestabilizado, desordenado y desviado* descansa en el modelo de formación que podríamos llamar de "compañerismo" para dar curso a la enseñanza gradual de los sentidos de la vida en activo. Es mediante las prácticas y el flujo de información informal, procedente de los compañeros o de los superiores, que el policía recién llegado de la academia corrobora, confirma, desmiente o espera más información, con la intención de dar sentido a su propia existencia dentro de la institución policial. Y aquí justamente es que hay que preguntarse cómo se concibe al sujeto policial. No es gratuito que esté tan interiorizado en el mundo policial el apelativo de elemento, para referirse al sujeto policía, ello habla a las claras del grado de cosificación y la invisibilidad en el que se encuentra como individuo. No hay rostro, no hay nombre, hay un hueco que habrá de ser llenado con los contenidos de una cultura que reproduce los parámetros de actuación asentados en la concepción del delincuente enemigo, del entorno altamente problemático, pero sobre todo, de la inculcación de la autonomía como principio rector de actuación.

En estos procesos, la humillación y la degradación juegan un papel crucial. Es en la escenificación del exceso que un otro es reducido al silencio frente al superior. Ya Víctor Turner decía cuando analizaba su importancia durante el período liminal, "las pruebas y humillaciones a las que se somete a los nuevos representa, en parte, una destrucción del estatus previo y en parte una mitigación de su esencia con el fin de prepararles para hacer frente a las nuevas responsabilidades. Se les tiene que demostrar que no son más que arcilla o polvo, pura materia, cuya forma es moldeada por la sociedad".¹¹

⁸ Véase M. Sirimarco, "Marcas de género...", en *op. cit.*

⁹ Véase Marcelo Sain, *El Leviatán azul. Policía y política en la Argentina*, Argentina, Siglo XXI, 2008.

¹⁰ Manuel Martín, "Las entidades sociales y la policía" [mimeo], Zaragoza, Universidad de Barcelona, 1996, p. 8.

¹¹ Víctor Turner, 1984.

Un ejemplo importante que contribuye a ilustrar estos métodos son los esquemas de depuración (porque no se podría hablar de políticas), tan recurridas en las policías municipales. Esos procesos de purga policial, concebidos como la "eliminación de la suciedad", o "impurezas de una sustancia", suelen buscar atacar las consecuencias, que casi siempre dejan de lado las causas estructurales enquistadas en la decadencia institucional. Esto queda claramente reflejado en las maneras en cómo se escenifican esos procesos que lejos están de garantizar la seguridad laboral del factor humano a cargo de la delicada función de velar por la seguridad ciudadana.

Uno de los ejemplos más paradigmáticos de depuración es el llevado a cabo en la Policía Municipal de Ciudad Juárez durante 2008 y 2009. El gobierno municipal, encabezado entonces por José Reyes Ferriz, impulsó una estrategia para la conformación de la llamada Nueva Policía de Ciudad Juárez, con miras a retomar el control de la institución, ya que vivía la corrupción más profunda de su historia y era necesario recuperar las riendas de manos del crimen organizado. Producto de esa intervención, salieron alrededor de 1 000 policías y se reclutó a 1 500 nuevos policías. Por un lado, los policías que lograron sobrevivir a este proceso relatan los diversos rostros de la arbitrariedad institucional en un contexto donde no parece existir la justicia y el conjunto de violaciones a los derechos humanos que se cometieron contra los policías sin que se denunciaran y trascendieran más allá de las puertas de la institución policial. Y por otro lado, la incorporación masiva y poco cuidadosa del personal de nuevo ingreso, así como el poco respeto hacia sus derechos laborales básicos que parece ir a contracorriente con la idea de una nueva policía que promete promover una institución policial moderna y próxima a la sociedad. Ejemplo de ello son justamente los entrenamientos militares a los que fueron sometidos durante su etapa inicial. Testimonios de estos nuevos policías respecto a su estancia en los campos militares de la región señalan que los dejaban sin comer por días, que permanecían bajo el sol en pleno desierto durante las horas más duras del día y que solían recibir humillaciones graves. Tiempo atrás, me tocó trabajar con policías que originalmente pertenecieron a la Agencia Federal de Investigaciones (AFI) y que en sus cursos de formación básica habían sido entrenados por militares, curiosamente reseñaban las mismas prácticas en sus estancias en los campamentos militares, incluso hablaban de golpes en los cascos por no escuchar órdenes, de haber sido hincados para azotarlos frente al grupo y hasta torturas graves.

Así pues, cuando por medio de los superiores se impone el castigo, se promueve la degradación que va abriendo paso a la instauración de la estigmatización policial. Es justamente su fuerza expresiva y comunicativa y el mero hecho de conocer que alguien es objeto de dicha medida coactiva, aunque no se sepa qué acto la provocó, la que da la certeza de que se es sólo un sujeto *prescindible, desechable, basura*. En este sentido, este entramado de certezas apunta a la filosofía del endurecimiento que hace valorar al policía su propio comportamiento. Es así que va ad-

quiriendo fuerza esa identidad estigmatizada, que ante el descontrol, maniobra con elasticidad incursionando por estos pliegues del doblez institucional para escenificar el mandato policial, donde actuar de manera autónoma se convierte en una motivación fundamental y una de las claves más significativas de la vida policial.

Pero paradójicamente, en el mundo policial el poder se expresa no solamente en los márgenes de acción y decisión que todo policía va desentrañando en su tránsito policial, sino también en la posibilidad de contar con los recursos de la lealtad y la complicidad necesaria para que la trasgresión de la ley no sea explícita y no se haga visible. Es decir, la complicidad que permite actuar trasgrediendo la ley con un uniforme de protector de la ley requiere de un margen de lealtad enorme. Así, los márgenes de protección para operar sus propios márgenes de decisión, se amplían en la medida que el policía tiene más alianzas, más poder. Es así que esos márgenes de complicidad y lealtad van mostrando también ser profundamente frágiles. Llegado el momento, la fragilidad de ese vínculo depende en gran medida de que aparezcan otros actores que rompan ese equilibrio precario de esa lealtad y logre que quien protege a alguien lo traicione a cambio de salvarse él. En diversas conversaciones con expolicías en prisión, la articulación tremendamente endeble entre lealtad y deslealtad es muy visible. Desde aquellos que por "prestar" servicios extraordinarios de custodia a funcionarios públicos con los cuales creían tener ese vínculo de lealtad, fueron olvidados por los mismos cuando fueron aprehendidos portando armas de uso exclusivo del Ejército, propiedad de sus custodiados; quienes creían tener a su servicio a las "madrinas" para poder "joder" a sus jefes, pero que las mismas priorizaban sus ganancias por sobre las intenciones de los policías; quienes habiendo cometido secuestro con conocimiento de sus jefes y ante la imposibilidad de que estos últimos los salvaran, hoy pagan condenas por extorsión; o quienes creyeron que pasarían poco tiempo en prisión porque sus allegados del mundo policial los podrían sacar, pero que han terminado por acabarse el patrimonio que habían hecho estando en la policía al costearse su defensa.

Como puede observarse, el margen que hay entre el valor y el antivalor es muy pequeño. Por ello, el recurso de la fundación de una nueva lealtad se convierte siempre en una necesidad que tiene un alto costo en el mundo policial. Esto es, el ejercicio del poder jerárquico es entendido y practicado en estos contextos policiales con otros contenidos que no pasan sólo por la lógica formal, sino que se establecen desde una lógica autoritaria, delimitando posiciones y relaciones diferenciales que reproducen y mantienen vigente la desigualdad. Así, los modos de sobrevivir de ciertos imaginarios policiales que se asocian al poder, a la trasgresión, a la violencia y al delito, van capitalizando el desorden institucional que caracteriza a las instituciones de seguridad pública. Y al vivir y constatar la ambivalencia que las caracteriza, los policías asumen el riesgo de trasgredir como sistema y en forma de operación, los límites de los que les es permitido hacer.

Lo inquietante de esta cultura policial imperante es que los márgenes que existen para construir una trayectoria policial, no suelen ser casi nunca exclusivamente la trayectoria que la institución policial propone por la vía de la acción declarada. Es decir, entrar a la policía, transitar por sus filas, supone toparse con la necesidad de decidir entre las muchas carreras posibles. Y en este proceso, iniciar la carrera policial, recorrer y habitar la institución policial significa, por lo tanto, olvidarse de la vida pasada y asumir que la policía es una identidad excluyente donde ser policía implica necesariamente dejar de pertenecer a la sociedad civil.¹² El subrayar de tal modo el contraste entre civiles y policías es una de las marcas identitarias de la institución policial. De ahí que pueda explicarse –en parte– esa separación tan tajante y absoluta entre la policía y la sociedad civil, producto, tal vez, de considerar que ser policía no es un trabajo, es un estado.¹³

Como se puede constatar, esta cultura altamente patriarcal, masculina, machista y violenta –con profundas raíces en el interior de las instituciones y presencia en el plano de las interacciones cotidianas de las mismas– tiene un papel preponderante en la configuración y legitimación de los pliegues y puentes a partir de los cuales se compatibiliza la duplicidad de fines y *modus operandi* de las instituciones; entre lo legal y lo ilegal, entre la persecución del delito y la comisión de actos delictivos.¹⁴ Es decir, no se trata sólo del dominio del código que habilita a los policías para ejercer un rol que implica el uso de la fuerza, sino de toda una subjetividad que está hecha también de habilidades y recursos para saldar las tensiones entre lo formal y lo informal, entre lo lícito y lo ilícito, para “habitar la institución” justamente en ese plano liminal que la caracteriza.

Al incursionar por estos pliegues del doblez institucional es importante pensar el carácter específico que toma en México el *agente*, el policía de carne y hueso.¹⁵ Ese sujeto que ingresa y se ubica en el último peldaño de la jerarquía de la organización y cuya *subjetividad subordinada* lo coloca en estado de *espera* –sin actividad fija o protocolos claros de sus rutinas profesionales– y abiertas a las *órdenes* de sus superiores. Ese sujeto que suele jugar como *carne de cañón* en los operativos, o en las *comisiones*, siempre al arbitrio de la autoridad discrecional de sus superiores: desde traer los refrescos, los periódicos o los cafés, hasta llegar a ser parte del equipo de un comandante (provisto personalmente de armas y de equipo) que le dará sentido y trayectoria a su vida como policía. Mientras aprehende y comprende los hábitos y comparte los significados de las prácticas, e incorpora la vio-

lencia como modo de vida, hasta estar en condiciones de escenificarla y ponerla en actos por cuenta propia.¹⁶ Así, los policías, lejos de ser profesionales capaces de garantizar los derechos y las libertades individuales, se transforman en agentes altamente temidos y estigmatizados. Y las conclusiones catastróficas sobre las instituciones policiales no pueden detenerse: su lógica corruptígena en México, donde ascender es hacerse inmune, parece ser imbatible y el poder del crimen organizado para reproducirla, incuestionado.¹⁷

4. Un apunte final

México encara dos grandes desafíos, simultáneos e interdependientes: por un lado, la reforma policial y la construcción de políticas de seguridad ciudadana que actúen sobre las causas de las violencias y la delincuencia y que promuevan una cultura preventiva, encaminada a cimentar comunidades y ciudades con mayor calidad de vida, con un pleno desarrollo colectivo de la convivencia, la cohesión social y respetuosas de los derechos humanos y la libertad individual.

Hay en nuestras instituciones policiales sed de cambio y hay reformas parciales también. En cualquier escenario, la reforma policial no debe postergarse más y requiere de ciertas condiciones políticas fundamentales. Por principio de una férrea voluntad política para ejercer la conducción del proceso de reforma y con la capacidad de convocar en este proceso a diversos actores de la sociedad que acompañen y potencien modernización doctrinal, organizativa y funcional de la policía, reivindicando y dando un peso especial al servicio a la ciudadanía, el respeto a la legalidad y a los derechos humanos, la transparencia y la rendición de cuentas.

En este camino, los ciudadanos tenemos como desafío reconocer que queremos otro policía y construir cómo es esa otra policía que queremos. Entre nuestros retos están pugnar con urgencia por la disminución del uso ilegal de la fuerza que provocan las diversas manifestaciones del abuso policial. Desmilitarizar a la policía y refundarla impulsando su misión civilista y su vocación ciudadana es nuestro derecho. Al igual que la obligación de las policías de reconocer su compromiso de contribuir en el largo y necesario camino de reconciliación con la ciudadanía para aumentar su legitimidad a partir de una visión moderna, eficiente y profesional. Pero para todo ello, necesitaremos a los policías vivenciándose dueños de sí mismos, como sujetos de derecho, con un estatuto firme y limitado.

¹² Véase M. Sirimarco, “Marcas de género...”, en *op. cit.*

¹³ *Idem.*

¹⁴ Véase Teresa Incháustegui, “Introducción”, en *Crimen, castigo y género. Ensayos teóricos de un debate en construcción*, Guadalajara, Universidad de Guadalajara / Ayuntamiento de Guadalajara, 2009.

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Idem.*

III

POLÍTICA CRIMINAL, JUSTICIA RESTAURATIVA Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

POLÍTICA CRIMINAL, ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

*Manuel Vidaurri Aréchiga
Fátima Rostro Hernández
José Jesús Soriano Flores*

1. Nota introductoria

Se presentan en este texto algunas reflexiones en torno a la política criminal, la administración de justicia y los derechos humanos. De alguna manera, estas consideraciones derivan del impacto que, en nuestra opinión, tendrá la más reciente reforma constitucional mediante la cual se establece, por decirlo de alguna forma, un nuevo paradigma constitucional que habrá de verse reflejado en el actuar de los jueces y demás operadores del sistema de justicia penal. El renovado orden constitucional perfilará, a no dudar, una política criminal más acorde con los contenidos programáticos propios de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Más que ideas acabadas, son tópicos que demandarán mayor profundidad, lo que es de reconocerse desde este momento. Sin embargo, siendo notas emergentes, hemos querido aprovechar la oportunidad de ponerlas a disposición del eventual lector.

2. Política criminal y derechos humanos

Hacia una política criminal garantista

Una de las más importantes responsabilidades del Estado consiste en garantizar la convivencia social –el espacio común–¹ en un clima de paz y tranquilidad,

¹ Alberto Binder, *Política criminal: de la formulación a la praxis*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, p. 54.

donde los derechos humanos de las personas sean protegidos y respetados frente a eventuales ataques o lesiones a los mismos. De modo particular, corresponde al Estado —a sus agencias específicas— enfrentar, con el instrumental legal de que dispone, aquellos ataques que lesionan intereses jurídicos de la mayor importancia. Tales intereses han alcanzado, por virtud de la intervención legislativa, la máxima protección legal que se puede ofrecer, tal es la protección jurídico-penal. La ley penal, por consecuencia, es el recinto donde se contienen todas aquellas conductas que, de concretarse en el mundo de los hechos, pueden lesionar o poner en peligro aquellos bienes o intereses que tanto representan para la sociedad en su conjunto. El consabido poder de selección o de definición² propio del poder legislativo cobra en materia penal su más alta cuota. El legislador, al seleccionar (tipificar) una conducta determinada y amenazarla con aplicarle una pena en caso de ser cometida, representa, ni más ni menos, que el mejor ejemplo del poder intervencionista y sancionador de que es capaz el Estado. Por lo demás, téngase presente que el Estado es la única organización que puede (siempre por mediación de sus agencias específicas), seleccionar conductas, tipificarlas, amenazarlas con la aplicación de una sanción, reprimirlas, etcétera.

La protección de bienes jurídicos mediante el derecho penal pasa por la superación de una serie de filtros (por llamarlos de alguna manera) que son denominados principios limitadores. El Estado, sobre todo el de corte democrático y constitucional de derecho, ejerce su poder punitivo atendiendo una serie de principios que regulan o limitan esa facultad o poder. Si bien es cierto que el poder penal del Estado es tan amplio, ello no quiere decir, ni mucho menos, que se trate de un poder omnímodo. Por el contrario, se trata de un poder acotado, restringido, por medio de una serie de limitaciones (principios) que acotan en beneficio del acusado y la víctima el tan mencionado poder estatal. Definir (comportamientos) y sancionarlos (con una pena o medida de seguridad), son las expresiones más concretas del poder penal. La tipificación de una conducta determinada representa, ni más ni menos, que una de las más acabadas formas de manifestación del poder penal y consiste en describir, mediante dos elementos, una conducta inconveniente y el establecimiento de la respuesta o reacción concreta: la pena o la medida de seguridad.

El legislador determina qué conductas deben ser desaprobadas penalmente. Lo hace después de observar un proceso de selección más bien complejo. En ocasiones, la base de esta “selección” viene dada por el interés mayoritario. Pero en otras, surge del interés particular de un grupo de poder. Sea como fuere, el caso es que a la ley penal llegan una serie de comportamientos penalmente relevantes. Es, pues, la ley penal la manifestación formal más intensa con la que cuenta una sociedad políticamente organizada para enfrentar la criminalidad. Ahora bien, si las leyes son

el resultado de la discusión entre diversas fuerzas políticas, cabe considerar al código penal como el instrumento legal portador de una determinada política jurídico-legislativa en materia penal. Con independencia de cuál haya sido el ambiente generador de la norma penal, al final el producto legislativo determinará si tal o cual comportamiento merece o no una sanción y de qué tipo y extensión habrá de ser ésta.

La tipificación de un comportamiento exige el cumplimiento de una serie de reglas o principios a los que, indefectiblemente, debe ajustarse el legislador penal.³ Son reglas inherentes a la lógica propia de la ciencia penal, de la dogmática jurídico-penal propiamente dicha, por un lado, pero, por otro, también obedecen a criterios garantistas orientados a la protección de la dignidad humana. Así, por ejemplo, corresponde al legislador observar sin excusa que valga el principio de legalidad determinando, con precisión y anticipadamente, las características del hecho prohibido, además de que, del mismo modo, deberán precisarse *ex ante* los tipos de sanción y su extensión. Son bien conocidos los contenidos de otros principios limitadores del *jus puniendi*, tales como el de culpabilidad (entendida ésta como fundamento y límite de la pena), el de exclusiva protección de bienes jurídicos (que deja fuera los intereses puramente morales o religiosos), el de proporcionalidad (que ajusta la pena a la culpabilidad), o los de humanidad de las penas y de dignidad de la persona humana. Estos dos últimos de tan apreciada significación en el ámbito de los derechos humanos.

Consideraciones sobre la relación entre política criminal y derechos humanos

Dentro de las funciones del Estado, como creador del Derecho, sus agentes específicos deben originar todas aquellas expresiones que garantizan la protección más amplia de los bienes jurídicos de la persona; así como estructurar los instrumentos para su debida intervención en el caso de que la dignidad humana se vea en peligro de sufrir lesiones.

Para tales casos, la política criminal hace su aparición, no como una estrategia improvisada, sino tal y como lo señala Heinz Zipff,⁴ objetivamente delimitada por la política en general, esto es, dentro de la política jurídica en el ámbito de la justicia criminal; acorde con ello, recordemos que dicha política jurídica permite instrumentar los ideales políticos o bien sirve como crítica política o ideológica de las ins-

² *Ibid.*, p. 30.

³ Manuel Vidaurri Aréchiga, *Compendio temático de derecho penal*, México, Porrúa, 2011, pp. 99 y ss.

⁴ Manuel Vidaurri Aréchiga, *Introducción al derecho penal*, México, Oxford, 2012, p. 34.

tituciones jurídicas vigentes.⁵ En este tenor, Claus Roxin refiere a la política criminal como una estrategia social que, como toda regulación jurídica, se desarrolla en el marco de un determinado sistema y está a su servicio.⁶

Ahora bien, el conocimiento de la política criminal implica identificar algunos de los elementos mínimos que dan pie a su contenido, función y propósitos. Según Jescheck, la política criminal:

Se ocupa de cómo configurar el derecho penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir su tarea de protección de la sociedad. La política criminal se fija en las causas del delito, intenta comprobar la eficacia de las sanciones empleadas por el derecho penal, pondera los límites de hasta dónde puede el legislador extender el derecho penal para coartar lo menos posible el ámbito de la libertad de los ciudadanos, discute cómo pueden configurarse correctamente los elementos de los tipos penales para corresponder a la realidad del delito y comprueba si el derecho penal material se halla configurado de tal forma que pueda ser realizado en el proceso penal.⁷

El fundamento que consideramos más apropiado para la política criminal de un Estado de corte democrático lo constituyen, a no dudar, los derechos humanos. Acorde con esto, Norberto Bobbio señala que al referirse al Estado democrático, Estado liberal y Estado de derecho se quiere significar que el Estado no sólo ejerce el poder *sub lege*, sino que lo ejerce dentro de los límites derivado del reconocimiento constitucional de los llamados derechos inviolables del individuo.⁸ En tal sentido, reafirmamos por nuestra parte, que para los efectos de prevenir, juzgar y sancionar la criminalidad se debe ponderar en todo momento y de manera inexcusable el respeto a la dignidad humana, a partir de los postulados anclados en el nuevo orden constitucional del que hablaremos más adelante, y que tiene que ver fundamentalmente con la reforma constitucional al capítulo primero de la Constitución federal en materia de derechos humanos del mes de junio de 2011.

⁵ Arturo Berumen, "Política jurídica", en *Enciclopedia jurídica mexicana*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Porrúa, 2012, p. 634.

⁶ Claus Roxin, *Política criminal y estructura del delito*, Barcelona, PPU, 1992, p. 22, en Mireya Bolaños González, "Política criminal y reforma penal" [en línea], disponible en <http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/31745/1/politicacriminal_reformapenal.pdf>, consulta: 15 de febrero de 2013.

⁷ M. Vidaurri Aréchiga, *Introducción al derecho penal*, p. 33.

⁸ Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, trad. de José Fernández Santillán, 3a. ed., México, 2001, pp. 25-26, disponible en <<http://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=nTmPDKEpWNsC&oi=fnd&pg=PP1&dq=democracia&ots=YAAbjRitqv&sig=Mn14UPHbNA9pdzTNCGP8P6kvzeg#v=onepage&q=democracia&f=false>>, consulta: 15 de febrero de 2013.

Luigi Ferrajoli⁹ nos recuerda que el Estado de derecho es aquel que nace de las modernas constituciones y se caracteriza en lo formal por el principio de legalidad y en lo sustancial por la funcionalización de todos los poderes del Estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos. En congruencia con estas ideas, entendemos que consolidar una política en materia de criminalidad dentro de un Estado democrático, implica, insoslayablemente, tomar en cuenta los contenidos de esos derechos fundamentales y que ahora buscan concretarse de mejor manera en nuestro país con base en el nuevo orden del iusconstitucionalismo. Sobre este último concepto, Paolo Comanducci señala que el modelo del sistema jurídico estará caracterizado por "una constitución invasora, por la positivación de un catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia en la constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y aplicación de la ley".¹⁰ Los derechos fundamentales, en suma, vienen a legitimar las formas constitucionales del Estado de derecho, ya que constituyen los presupuestos del consenso sobre el que se debe edificar cualquier sociedad democrática.¹¹

La norma jurídica fundamental mexicana contiene diversas prescripciones que orientan el diseño e implementación de una política criminal, la cuales se ven reflejadas en el reconocimiento y protección de los derechos para la persona (imputada y víctima u ofendido) implicada en un delito. Del mismo modo, en la Constitución se establecen una serie de principios que estructuran un esquema legal respetuoso de la dignidad de la persona, entre éstos el principio de legalidad, de inocencia, del derecho a una defensa adecuada, y a que las penas tengan un objetivo acorde también con esa pregonada dignidad. En mayor o menor medida, diversas disposiciones contenidas en instrumentos internacionales cercanos al derecho penal se ven reflejados en el texto constitucional, aunque, por desgracia, no siempre sucede igual con la legislación secundaria.

El papel del juez frente a la política criminal y los derechos humanos

Teniendo en cuenta que una política criminal propia del Estado democrático y constitucional de Derecho requiere de la participación de todos los agentes específicos, en los siguientes apartados nos ocuparemos de hacer breves comentarios

⁹ Roxin Claus, *Política criminal y estructura del delito*, en M. Bolaños González, "Política criminal y reforma penal", *op. cit.*, p. 3.

¹⁰ Paolo Comanducci, "Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico", en Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2009, p. 83.

¹¹ Antonio E. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2005, p. 21.

en torno a los jueces que definitivamente son los auténticos garantes de los derechos humanos, afirmación que cobra especial sentido ahora que así los posiciona el nuevo orden constitucional.

La función jurisdiccional—según Tamayo y Salmorán—,¹² es factible identificarla en tres momentos: determinación del Derecho aplicable, determinación de los hechos que condicionan su aplicación y los actos de decisión por los cuales se ordena la ejecución de las consecuencias jurídicas. Para Carmona Tinoco,¹³ a este ejercicio judicial debe agregarse la interpretación normativa y la creatividad judicial, la cual debe inscribirse en el momento actual en nuevos parámetros relativos a la protección de los derechos humanos.

A los jueces es posible observarles desde una triple dimensión: como la de empleados o servidores públicos, como representantes de un poder público y, finalmente, como peritos o técnicos altamente especializados en alguna rama del Derecho.¹⁴ Básicamente, ahora nos parece importante tenerles en cuenta como miembros de un poder público y peritos en Derecho. Con base en esta visión, el juzgador habrá de construir sus discursos jurídicos y sustentar sus dictámenes o resoluciones considerando el espíritu y teleología del artículo 133 de la Constitución, en consonancia con el artículo 1o. constitucional, sobre todo en lo concerniente al reconocimiento de los derechos humanos consagrados en la Constitución y los tratados internacionales. No cabe más hablar de provincianismo judicial, entendiendo por tal aquel modelo jurisdiccional que sólo se valía del marco jurídico vigente en su entidad federativa, sin hacer mayor referencia, ni valerse por tanto, del orden jurídico internacional que forma parte del derecho nacional según el citado artículo 133. Los jueces, de acuerdo al nuevo orden constitucional, habrán de utilizar en su labor interpretativa los principios pro persona, de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, basamento inmovible de los derechos humanos.

Cabe recordar que uno de los compromisos asumidos por México ante la comunidad internacional ha sido el de ampliar su marco de protección de los derechos humanos mediante la firma y ratificación de tratados internacionales. De algún modo, esto tiene —o debe tener— como consecuencia que la política criminal sea fundamentada en el respeto a los principios orientadores de los derechos humanos y a estos mismos. En este tenor, como es sabido, diversos instrumentos se pro-

¹² Rolando Tamayo y Salmorán, *Elementos para una teoría del derecho (introducción al estudio de la ciencia jurídica)*, México, Themis, 1996, p. 172, en Julio César Kala, "Ser juez en la democracia", en Poder Judicial del Estado de Guanajuato, *Ser Juez*, México, PJEG, 2009, p. 371.

¹³ Jorge Ulises Carmona Tinoco, *La interpretación judicial constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM / CNDH, 1996, pp. 36-37, en Julio César Kala, "Ser juez en la democracia", en *op. cit.*, p. 371.

¹⁴ M. Vidaurri Aréchiga, *Introducción al derecho penal*, p. 344.

nuncian en materia de legalidad y debido proceso, tales como los enunciados en la Declaración universal de los derechos humanos (artículo 10), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 18), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14 y 15), Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8, 9, 24 y 25), Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura (principios 1, 2, 3 y 4), Convención de los Derechos del Niño (artículo 40), Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (artículo 17), entre otros.

Derivado de los instrumentos internacionales en comento, se desprenden una serie de medidas mínimas y deberes que corresponde atender al Estado en materia de legalidad y debido proceso, y que fungen como criterios de orientación para la política criminal, entre otras medidas están las de:

- Respetar derechos de igualdad para ser oído y tratado con justicia por un tribunal.
- Establecer condiciones de competencia, independencia e imparcialidad, para que los tribunales puedan resolver.
- Señalar las características del procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.
- Respetar las garantías judiciales como: que la persona sea informada sin demora en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; ser juzgado sin dilaciones indebidas; hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; interrogar o 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; ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable; comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; y derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, entre otras.

Otro aspecto que conviene tomar en cuenta es el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC 9/87,¹⁵ sobre las garantías judiciales en estados de emergencia, en el que de manera unánime señaló:

"Que deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión, según lo establecido en el artículo 27.2 de la Convención, el *habeas corpus* (art. 7.6), el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (art. 25.1), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención.

2. También deben considerarse como garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (Art. 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 comporte la indefensión de tales derechos".

Por lo que corresponde a la función de las y los jueces, sostenemos que su actuar no sólo implica tener presente el conocimiento del marco jurídico al cual se circunscriben, ni tampoco el de la simple aplicación de la norma de forma mecánica e insensible. Su labor tendrá que ir más allá, haciendo gala de su impronta creativa y desarrollando plenamente sus habilidades analíticas del universo de normas vigentes, interpretándolas y aplicándolas con los mejores argumentos al caso concreto. Creemos coincidentemente con Manuel Atienza que el acto de juzgar implica siempre decidir, por lo que el juez debe explicar y justificar su decisión; de ahí que el juez esté llamado a la labor interpretativa del derecho, a la construcción del valor probatorio, a la construcción de conceptos y de instituciones jurídicas;¹⁶ pero no sólo eso, el juez es garante de la legalidad, del respeto a los derechos humanos y, en suma, es responsable de que la dignidad de la persona (víctima y delincuente) no sea vulnerada.

Ahora bien, para que las conductas y productos de los jueces sean inobjetables en cuanto a objetividad, racionalidad y eficacia, de acuerdo con Daniel E. Herrendorf,¹⁷ deberán ajustarse a determinadas características que son, entre otras: desarrollar un modo peculiar de pensamiento que se dirija a una interpretación de conductas

¹⁵ Opinión Consultiva OC 9/87, de fecha de 6 de octubre de 1987 [en línea], disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf>, consulta: 17 de febrero de 2013. Se recomienda consultar también la Opinión consultiva OC 8/87, en <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf>.

¹⁶ Manuel Atienza, *Cuestiones judiciales*, México, Fontamara, 2001, pp. 9-21, en Luis Felipe Guerrero Agripino, "El perfil del juzgador. Una perspectiva integral", en *Ser juez*, p. 216.

¹⁷ Daniel E. Herrendorf, *El poder de los jueces*, México, uv, 1992, p. 59.

en la cual es necesario *desocultar* el valor que ellas muestren como su sentido; utilizar indistinta y discrecionalmente la mediación de la ley, doctrina, la costumbre judicial y social; su conciencia de juez ha de estar incardinada con el proyecto de vida que la sociedad eligió, para cuya preservación esa sociedad lo ha investido; y finalmente respecto a las sentencias —que muestran al derecho en su modo de ser más entrañable y principal—, tener en cuenta que deben tener una estructura lógica específica e inalterable.

En este tenor, quienes se desempeñan como jueces deben conducirse científicamente, esto es, partiendo del conocimiento de las leyes, tomando en cuenta los esfuerzos y aportaciones de la doctrina, teniendo presente las interpretaciones de otros juzgadores de mayor jerarquía y que les resultan vinculantes; y con el desarrollo de sus funciones de forma sistémica y metódica, ajenas a la improvisación o las buenas intenciones en el marco de un trabajo de razones y argumentos. Con todo ello, el juzgador, en el cumplimiento de la más elevada responsabilidad que le ha sido conferida, asume un complejo papel que el Estado de derecho y más aún, el Estado constitucional de derecho le imponen: constituirse en un garante de los derechos humanos atendiendo el nuevo orden jurídico constitucional que a continuación revisaremos brevemente.

3. Política criminal y administración de justicia ante el nuevo orden constitucional de los derechos humanos

Sobre el nuevo orden constitucional de los derechos humanos

La historia reciente de los derechos humanos, al menos desde la perspectiva jurídica, ha mostrado diversos avances importantes que se han concretado en modificaciones a criterios jurisdiccionales, y por supuesto a textos legales, incluyendo las Constituciones.

No omitimos manifestar que aunque el desarrollo teórico y normativo de "derechos" es precisamente uno de los puntos torales del derecho constitucional, y que incluso nuestra Constitución vigente fue en su momento elogiada por su contenido garantista, la teoría de los derechos humanos ha desarrollado progresivamente nuevos conceptos y contenidos, fundamentalmente a partir del término de la Segunda Guerra Mundial, cuando se establece la primera carta internacional de derechos, denominada "Declaración Universal de los Derechos Humanos" (1948), lo que trajo como consecuencia, entre otras cuestiones, primero, que los derechos humanos se internacionalizaran fundamentalmente mediante la firma y ratificación de tratados internacionales y segundo, el surgimiento de sistemas específicos de protección de estos derechos. Estos dos últimos elementos han provocado, entre

otras cosas, la incorporación de nuevos y mejores estándares a los sistemas jurídicos nacionales que han sido, en términos generales, rígidos en la incorporación de referencia.

En este orden de ideas, en el mes de mayo de 2011, se aprobó una de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos más importantes de todos los tiempos en nuestro país, la cual fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, y que, entre otros temas fundamentales, desarrolla los siguientes:¹⁸

- De las garantías a los derechos: la modificación de la denominación del primer capítulo de la Constitución.
- La referencia preeminente de los tratados internacionales.
- Incorporación expresa del principio pro persona o pro *homine*.
- El Estado, como principal sujeto obligado.
- Hacia un desarrollo más garantista del derecho a la no discriminación.
- Los derechos humanos en la educación pública.
- Un nuevo orden respecto de la restricción o suspensión de derechos.
- Elementos para el fortalecimiento de los organismos públicos de derechos humanos.
- La obligatoriedad de legislar sobre determinadas materias.¹⁹

Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano han pasado por momentos emblemáticos, y como en la historia universal, estas prerrogativas generalmente han atravesado por un camino muchas veces accidentado, a pesar de que desde la Constitución de Cádiz de 1812, promulgada primero en España y posteriormente en la Nueva España, reconoció algunos derechos, cuando en su artículo 4 estableció que "la nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias la libertad civil, la propiedad, y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen".

Pues bien, después de otros textos constitucionales en México,²⁰ la Constitución federal vigente representó un avance claro en esta materia, situación que colocó a ese texto constitucional como un referente internacional, fundamentalmente en la

¹⁸ Véase M. Vidaurre Aréchiga y José Jesús Soriano Flores, "El contenido de la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos: 10 temas fundamentales", *Revista Penal*, núm. 30, España, Universidad de Huelva, 2012.

¹⁹ Ley sobre Reparación del Daño por Violaciones a Derechos Humanos, ley a que se refiere el artículo 11 constitucional sobre el asilo, Ley Reglamentaria del artículo 29 constitucional en materia de suspensión del ejercicio de los derechos y las garantías, y la Ley Reglamentaria del artículo 33 constitucional, en materia de expulsión de extranjeros.

²⁰ Es importante hacer notar que la Constitución de 1857 incorporó la noción "Derechos del Hombre".

elevación de los derechos sociales al rango constitucional. En este sentido, en 1917 la Constitución denominó a su primer capítulo: "De las Garantías Individuales", pues como se aprecia en el diario de los debates de aquellos tiempos, influyeron ideas como las de José N. Macías, quien apuntaba que "las constituciones no necesitan declarar cuáles son los derechos; necesitan garantizar de la manera más completa y más absoluta todas las manifestaciones de la libertad; por eso deben otorgarse las garantías individuales".²¹

El texto constitucional entonces, hasta antes de la reforma de 2011, incorporó un apartado específico con derechos individuales y colectivos, sin embargo, la historia reciente de los derechos humanos, fundamentalmente a partir de la internacionalización de los mismos en la década de 1940, ha planteado una visión mucho más completa, integral y progresista, en donde la acepción "derechos humanos", distinta a la de garantías individuales, derechos del hombre o derechos naturales por ejemplo, establece un discurso jurídico y político coherente, más garantista y democrático en el que, por ejemplo, los instrumentos internacionales en la materia, se convierten en un referente obligado.

En este orden de ideas, la reforma de mérito representa un avance sustancial en la asignatura que nos ocupa, pues no estamos ante cambios "formales", sino más bien "sustanciales", que nos sitúan frente a un nuevo paradigma en la interpretación y aplicación de los derechos humanos, paradigma del que no escapa la política criminal, como verificaremos a continuación.

Política criminal y administración de justicia: elementos de referencia desde un nuevo paradigma constitucional

Hay varias razones para afirmar que nos encontramos ante un nuevo paradigma constitucional de los derechos humanos,²² modelo que repercute necesariamente en el diseño e instrumentación de la política criminal que debe tener una vinculación ineludible, como se ha reiterado en el desarrollo del texto, con los derechos humanos. En este tenor, a continuación estableceremos, sin ser de ninguna manera exhaustivos, algunos elementos que, como decíamos, sitúan a las y los juzgadores en ese nuevo modelo, elementos que, se observará, deben formar parte de la instrumentación de una política criminal garantista dentro de un Estado constitucional y democrático de derecho.

²¹ *Diario de Debates*, t. I, pp. 1048 y 1050, citado por Rodolfo Lara Ponte, *Los derechos sociales en el constitucionalismo mexicano*, 4a. ed., México, Porrúa, 2007, p. 138.

²² Se sugiere consultar: Rosa María de la Torre Torres, "Ponencia: El nuevo paradigma de los derechos humanos en México", *V Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, octubre de 2012.

En el marco de la reforma constitucional de 2011, la SCJN “deja de tener el monopolio en la interpretación de los derechos humanos, al existir una pluralidad de intérpretes del texto constitucional”,²³ por lo que, como señala Ferrer Mac Gregor, “el diálogo jurisprudencial se traslada al ámbito nacional entre la SCJN, el TRIFE, los tribunales superiores de las entidades federativas, y en general, entre todos los jueces del país (federales y locales)”.²⁴ Además, en este sentido, como lo ha mencionado la ministra Olga Sánchez Cordero respecto a la hermenéutica de los derechos fundamentales, “mucho se ha escrito sobre la interpretación de las leyes ordinarias; sin embargo esas aportaciones no resultan del todo aplicables a la interpretación constitucional y, menos, a la de derechos fundamentales, ya que ésta requiere de pautas hermenéuticas diversas”,²⁵ donde fundamentalmente las y los jueces juegan un papel determinante.

El protagonismo de las y los jueces penales en la instrumentación de las políticas públicas en el marco de la protección de los derechos humanos, es entonces sin duda central desde la perspectiva de este orden constitucional, que posiciona a las y los administradores de justicia como los operadores del Estado que interpretan y aplican finalmente todo un modelo de política criminal, sin importar la estructura jerárquica o competencial a la que pertenecen.

A pesar de que el artículo 133 constitucional ya establecía la obligatoriedad de los tratados internacionales como lo mencionamos con antelación, las y los jueces generalmente, en una práctica consuetudinaria avalada por el sistema jurídico, no solían incorporar en la argumentación y fundamentación de sus resoluciones normas relativas a tratados internacionales de derechos humanos y mucho menos a otros instrumentos internacionales,²⁶ no obstante, la reforma constitucional que hemos comentado, no solamente clarifica la obligatoriedad de dichos instrumentos, sino más aun, los eleva al rango constitucional, cuyos efectos de interpretación incluyen ahora incluso como criterios orientadores la jurisprudencia de la Corte

²³ Eduardo Ferrer Mac Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano”, en *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2, 2011, Universidad de Talca-Centro de Estudios Constitucionales de Chile, pp. 531-622.

²⁴ *Idem*.

²⁵ Olga Sánchez Cordero, *La interpretación de los derechos fundamentales por la Suprema Corte de Justicia de México* [en línea], disponible en <<http://www.scjn.gob.mx/conocelacorte/ministra/01junio-conferencia-derechos-fundamentales.pdf>>, consulta: 1 de enero de 2013.

En el texto citado, la ministra, señala que “el problema sobre la determinación de la técnica idónea para la interpretación de los Derechos Fundamentales, representa en la actualidad un tema que pertenece, no sólo al ámbito de lo académico, sino también una cuestión con profundas implicaciones prácticas que, según mi experiencia, llegan a ser muy frecuentes en materia de justicia constitucional; y a pesar de ello, la bibliografía especializada, tanto nacional como extranjera, es escasa”.

²⁶ Tales como declaraciones internacionales, jurisprudencia de tribunales internacionales, y observaciones generales de algunos de los pactos de Naciones Unidas.

Interamericana de Derechos Humanos, como se afirmó en el expediente varios 912/2010, derivado del caso Radilla Pacheco resuelto por la SCJN.

La pluralidad de intérpretes del texto constitucional a la que nos referimos, entonces, por ejemplo, obliga a la totalidad de los juzgadores a revisar en la construcción de una sentencia cuyo objeto de estudio sea el tipo penal de “tortura”, además de las disposiciones relativas y aplicables del código penal, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura del sistema interamericano, y la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes del sistema universal, atendiendo a la “interpretación conforme”, que textualmente refiere el texto constitucional.

Otro tópico de primer orden que nos sitúa ante el paradigma constitucional comentado es precisamente la incorporación expresa del principio “pro persona” cuando el texto constitucional refiere en el artículo primero 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”.²⁷ En este sentido, la tesis jurisprudencial 107/2012, denominada “Principio pro persona. Criterio de selección de la norma de derecho fundamental aplicable”, establece que, de conformidad con el artículo constitucional, existen dos fuentes primigenias, por un lado los derechos reconocidos en la propia Constitución; y por otro, los establecidos en tratados internacionales, entendiendo a ambas fuentes como normas supremas de nuestro ordenamiento jurídico.

La tesis jurisprudencial de referencia señala que la supremacía a la que alude, “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”, y que “en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en esas dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico [...], la elección de la norma que será aplicable –en materia de derechos humanos–, atenderá a criterios que favorezcan al individuo o lo que se ha denominado principio pro persona”. Finalmente indica que “en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción”.

Por ejemplo, tratándose de personas indígenas, es ineludible la referencia al Convenio número 169 de la OIT, –tratado internacional más importante en la materia– cuando el juzgador penal materializa la política criminal mediante la emisión de una sentencia. La interpretación de acuerdo con el principio “pro persona”, implica

²⁷ Además, este principio debe operar conjuntamente con los de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

—entre otras cuestiones— que las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre tópicos penales, tengan en cuenta las costumbres de los pueblos, así como sus características económicas, sociales y culturales. Incluso señala el tratado internacional en comento que “deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”, afirmación normativa de aplicación obligatoria.

Estamos pues, frente a la instrumentación de una política criminal que imperativamente debe constituirse con los derechos humanos en un binomio indisoluble, ya no únicamente como una auténtica y legítima aspiración democrática, sino como un mandamiento constitucional ineludible.

4. Reflexiones finales

Nunca antes la materialización de las actividades del Estado mediante la política criminal había estado sujeta a tantas y cada vez más precisas prescripciones éticas y fundamentalmente constitucionales que protegen la dignidad de las personas mediante la garantía de los derechos humanos. Esta es una tendencia que se explica bien en el tránsito del Estado legal al Estado constitucional de derecho, donde los derechos fundamentales forman parte del centro y razón de cualquier comunidad política que sea o pretenda ser democrática.

Dichas prescripciones sugieren (o mejor dicho, imponen) el trabajo colegiado de académicos que, además de describirlas y hacerlas evidentes, delimiten sus contenidos y alcances. Esta labor en todo caso, ha sido la motivación de este texto. El derecho penal y su instrumentación práctica por medio de la política criminal, es tal vez uno de los espacios en el derecho que más atenciones requieren en el desarrollo de los límites al poder punitivo del Estado donde aparecen las prescripciones de referencia. Por lo anterior, en este trabajo, en principio y de manera introductoria referimos algunas ideas alrededor de las nociones “política criminal y derecho penal” acorde con un modelo de Estado garantista, para posteriormente especificar algunos tópicos que las y los operadores jurídicos en la administración de justicia deben tomar en cuenta ineludiblemente en la materialización de una política criminal donde los derechos humanos forman uno de los ejes rectores de su confección, si es que la entendemos como la actividad estatal que permite instrumentar los ideales políticos de una comunidad democrática.

La política criminal, en consonancia con las reflexiones establecidas, encuentra sus “necesarios” fundamentos normativos en la constitucionalización de los derechos humanos, en este tenor, la reforma constitucional de 2011 es un referente obligado, cuyas implicaciones aún se encuentran en construcción, pero que claramente inciden, por ejemplo, en el principio de legalidad, las detenciones, políticas

sobre delincuencia organizada, organización del sistema penitenciario, y la seguridad pública, entre otras.

La instrumentación de la política criminal por medio de las y los jueces debe atender estrictamente las normas relativas a derechos humanos de las personas imputadas, así como de las víctimas u ofendidos, por lo que, en el desarrollo del texto, incluimos algunos de esas prerrogativas que las y los jueces deben interpretar acorde con un modelo de política criminal respetuosa y garante de los derechos humanos de manera especial con referencia a la legalidad y debido proceso.

Hemos señalado que el juez contemporáneo debe ejercer una función creativa que le permita profundizar en el análisis del universo de las normas vigentes y fundamentalmente interpretarlas mediante argumentos y principios, todo ello en el marco de una serie de características que denoten las conductas y productos de los jueces como inobjectables en cuanto a objetividad, racionalidad y eficacia.

El nuevo orden constitucional de los derechos humanos para nosotros representa, en buena medida, un nuevo paradigma constitucional, cuyas implicaciones también se observan para la política criminal y la actuación de las y los jueces, pues además de lo relativo a la especificidad de la interpretación constitucional, dicho nuevo orden ha propiciado que la Corte deje de tener el monopolio de dicha interpretación, y donde además el protagonismo de todas y todos los jueces penales en la instrumentación de la política criminal, adquiere un papel central, en el que los mismos ahora se ven obligados, por ejemplo a tener como criterios orientadores los derivados de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos, y el principio “pro persona”, entre otros, los cuales definen las pautas de interpretación que deben seguir las y los jueces, donde establecimos el ejemplo de las personas y pueblos indígenas frente a la aplicación de la norma penal.

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A UN PROGRAMA PENAL

Julio César Kala

Juan de Dios Ramírez Márquez

1. Consideraciones previas

La justificación del empleo de la violencia y de su incremento constante como único medio para imponer un orden, fincado en la lógica del poder y del mercado —como lo han evidenciado Ferrajoli y Sousa en el terreno de la filosofía del derecho y de la sociología crítica, respectivamente—, ejemplifica más la lógica de la premodernidad tecnologizada, también llamada modernidad tardía, que de la modernidad.

En la política criminal, lo mismo que en otros espacios de la política pública, los referentes a derechos humanos constituyen más un discurso vacío que una dirección para el Estado. En el terreno penal, en el diseño e implementación de la política pública se introducen mecánicamente referentes a los derechos humanos y, sin mayor preocupación, se incorporan también argumentos contradictorios, por ejemplo, discriminación de ciudadanos o habitantes, regímenes penales de excepción de garantías para algunos casos e intervención penitenciaria con pretensiones instrumentales, por citar sólo algunos.

En este escenario, es posible analizar tales inconsistencias como característica propia de la dinámica de un programa de política pública, en este caso, de política criminal: el Programa Penal Constitucional, en términos semejantes a lo que Lakatos empleó para definir los programas de investigación científica (PIC). Es en este contexto en el que presenta una aproximación a la política criminal.¹

¹ La estructura y contenido de los referentes y de algunas consideraciones en torno a la política criminal se desprenden de "El horizonte de la justicia penal", escrito incluido en *El horizonte de la justicia*

2. Referentes

En las sociedades occidentales contemporáneas, en el ámbito de la política pública y en el terreno de la opinión pública, la discusión política criminal/derechos humanos se ha centrado preponderantemente en la vulneración de éstos y en la falta de escenarios sociales seguros.

Se ha dado por sentado que la vigencia del Estado de derecho está definida por la producción legislativa.² Sin embargo, desde la sociología jurídica crítica,³ una parte importante de la reflexión se ha centrado en el análisis de su vigencia fáctica.

En este contexto se apuntan algunas consideraciones al respecto, si bien se han logrado conquistas importantes en las democracias contemporáneas, éstas, por otra parte, también se encuentran acotadas por la injerencia de actores económicos y políticos que en muchas de las veces se encuentran por encima de las decisiones de los Estados nacionales contemporáneos.

Es necesario recordar que el Estado, como formalización jurídica del pacto político, surge para proteger a sus asociados de la violencia, de otros individuos⁴ o grupos y para brindar el mayor bienestar posible, por ello, la disminución de la violencia y de sus efectos es uno de sus cometidos esenciales.⁵ Con fundamento en el contrato que lo crea, el Estado asumió el monopolio irrestricto de la creación y la aplicación del derecho, subsumiéndose él mismo en esta dinámica. Por ser una entidad instituida ex profeso para proteger a sus creadores, requiere que el aparato público que le da vida, en caso de ruptura de la norma, actúe ejerciendo la violencia

penal, publicado por el Poder Judicial del Estado de Guanajuato en 2010. Por otro lado, se incorporaron algunas ideas en torno a la problemática de la vigencia fáctica del Estado de derecho, que, pese a su gran desarrollo conceptual, en la cotidianidad, tanto en los ámbitos públicos como privados, experimentan interacciones sociales más cercanas a la dinámica de la premodernidad—altamente tecnologizada—que a la pretendida modernidad.

² Identificando al Estado de derecho únicamente con su primer estadio, el paleo-juspositivista; véase Luigi Ferrajoli, "Pasado y futuro del Estado de derecho", trad. Pilar Allegue, en Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2005.

³ Véase Boaventura de Sousa Santos, *Sociología jurídica crítica*, Madrid, Trotta / ILSA, 2009.

⁴ Antecedentes remotos del contractualismo se encuentran en Hobbes, en su *Leviatán* expone la necesidad de crear, mediante el contrato social, un ente supremo con autoridad—violencia—tal que pueda impedir la violencia entre particulares. Véase Thomas Hobbes, *Leviatán*, Argentina, Losada, 2003. Esta concepción, fundada en la violencia, institucionaliza la razón de Estado en la cual el ejercicio de la violencia posibilita la vigencia de las normas y de la convivencia social pacífica. En su orientación más radical ha sido una fuente importante de argumentos totalitarios.

⁵ Frente al criterio de autoridad hobbesiano, Locke subrayó los derechos—naturales—del individuo frente al Estado, por lo que éste se convierte en su garante, supeditando su legitimidad al cumplimiento de este cometido en el marco del reconocimiento de la pluralidad social. Sus ideas sobre la separación de poderes permitirían a Montesquieu elaborar la teoría de la separación de poderes (esferas de ejercicio del poder). Véase John Locke, *Ensayos sobre el gobierno civil*, México, Porrúa, 2005.

cia mínima indispensable para reaccionar contra el infractor en el despliegue legítimo de la violencia institucional en el ejercicio del *ius puniendi*.⁶

3. Estado de derecho

Con la aparición del Estado de derecho⁷ se dio un gran paso en la construcción de la democracia, de Estado ilustrado⁸ a sus configuraciones contemporáneas se ha logrado un avance importante; las expectativas que ofrece este modelo de organización estatal lo han promovido, por el reconocimiento de los derechos humanos y los mecanismos creados para su protección y su ejercicio pleno para la construcción de escenarios en los que libertad y seguridad sean el soporte de la vida social, como el modelo político-jurídico de los Estados occidentales contemporáneos.

El estadio superior de este paradigma: el Estado constitucional,⁹ se caracteriza, fundamentalmente, por dos particularidades: i) su vinculación a una constitución rígida, y ii) las condiciones de validez normativa trascienden la fuente formal de producción legislativa; dependen, además, sobre todo, de su congruencia con el contenido de los principios constitucionales, los derechos fundamentales. Estas dos características constituyen el núcleo duro, los irrenunciables de este estadio.

Por esta razón, en este nivel es posible suponer la existencia de una norma válida, consecuentemente vigente, pero *sustancialmente inválida*, debido a su sentido, a su contenido o a su antagonismo con los principios constitucionales. Debido a tal circunstancia, la interpretación normativa adquiere una gran relevancia, altera la función jurisdiccional debido a que, en este nivel, la aplicación de la ley requiere, inicialmente, la evaluación de su consistencia con los principios constitucionales, ya que sólo si es *constitucionalmente válida*, congruente con los derechos funda-

⁶ Véase L. Ferrajoli, *Garantismo y derecho penal. Un diálogo con Ferrajoli*, México, Ubijus, 2010.

⁷ El Estado kantiano constituye la primera conceptualización de este modelo de Estado: "Es menester salir del Estado natural, en el que cada cual obra según su antojo y convenir con todos los demás (cuyo comercio es inevitable) en someterse a una limitación exterior, públicamente acordada y, por consiguiente, entrar en un Estado en que todo lo que debe reconocer como lo suyo de cada cual es determinado por la ley y atribuido a cada uno por un poder suficiente, que no es del individuo, sino un poder exterior. En otros términos, es menester, ante todo, entrar en un Estado civil". (Immanuel Kant, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, México, UNAM, 1968, p. 141.)

⁸ "El Estado es la respuesta histórica al anhelo de conciliar con fundamento en la razón la libertad del hombre expresado en un contrato". (Jean-Jacques Rousseau, *El contrato social*, trad. Andebeng-Abeu Alingue, Santa Fé de Bogotá, Panamericana, 1996, pp. 43, 48.) Por ello, uno de los cometidos del Estado es proporcionar seguridad a los individuos, en sus bienes y en su persona, así como garantizar el más amplio ejercicio de sus derechos.

⁹ En términos de T. S. Kuhn, *Estructura de las revoluciones científicas*, México, FCE, 2007.

mentales, es válida su aplicación. Por ello, la interpretación normativa y, en su caso, la solución de antinomias o lagunas, ha de estar orientada por las garantías existentes o por la proyección de aquéllas que falten, por lo que constituyen un juicio sobre la ley misma y, al mismo tiempo, un ejemplo de heurística positiva desde la perspectiva de un programa penal constitucional.¹⁰

En el Estado constitucional de Derecho la Constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativa, sino que impone también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas.¹¹

Sin embargo, durante las últimas décadas, particularmente en el terreno de la política criminal; este modelo de Estado ha sufrido grandes perturbaciones formales que han repercutido en el diseño y aplicación de la política criminal, evidenciando una fuerte crisis del contrato social;¹² por ejemplo, la instauración de una doble

¹⁰ Requisito ausente en el modelo anterior, el paleo-iuspositivista que produce al Estado legislativo de derecho. El Estado legal, primer producto del Estado de derecho, se caracteriza porque la legitimación de la norma es producto de la autoridad legislativa, de la fuente de producción, de la legalidad y de la formalidad de los actos normativos.

En su momento representó un avance en el fortalecimiento de la democracia, constituyó un ejercicio de heurística positiva objetivado con la consolidación de garantías: certeza y seguridad jurídicas, igualdad ante la ley e independencia del juez, entre otras. Sin embargo, por no subordinar la ley a los fines del contrato social, a los *principios constitucionales*, a los cometidos del Estado, en el escenario contemporáneo representa un retroceso en el fortalecimiento de la democracia, representa un ejemplo de heurística negativa.

Este estado, previo al Estado constitucional, ejemplifica claramente cómo en el desarrollo y evolución de un programa de política pública, la producción teórica y su correspondiente implementación representa, en su momento, un avance, y a la postre un retroceso, ambos polos integrantes del cinturón protector del programa político.

Debido al desarrollo del propio modelo de Estado de derecho, actualmente esta etapa significa un retroceso en la construcción de democracias sólidas; en su manifestación más extrema, representa una concreción del planteamiento hobbesiano que centra en la autoridad la estructura y organización social. En esta fase, la inflación legislativa afecta el principio de legalidad y la disfunción producida por la jerga jurídica genera grandes márgenes de discrecionalidad para los jueces, con la consecuente pérdida de certeza, de eficiencia y disminución real de derechos.

¹¹ L. Ferrajoli, "Pasado y futuro del Estado...", en M. Carbonell, *op. cit.*, p. 18.

¹² Santos identifica tres postulados del contrato social: i) un régimen general de valores, ii) un sistema de medidas, y iii) un espacio tiempo privilegiado. "[...] Tal régimen parece hoy en día incapaz de resistir la creciente fragmentación de la sociedad, dividida en muchos 'apartheids' polarizada a lo largo de muchos ejes económicos, políticos y culturales". (B. de Sousa Santos, *Sociología jurídica crítica*, p. 552.) La política criminal, como concreción de la orientación política del Estado, ha promovido estados de exclusión. Asimismo, Ferrajoli ha dado cuenta de la crisis no sólo del contrato social, sino del paradigma del Estado de derecho, véase L. Ferrajoli "Criminalidad y globalización", en *Boletín Mexicano de*

orientación del sistema de justicia penal, una dirigida a la delincuencia convencional y otra a la denominada delincuencia organizada, en la que se han flexibilizado las garantías y, con ello, vulnerado derechos del gobernado, circunstancia que ejemplifica un claro y grave retroceso democrático.

La lucha por el bien común, fundamento del pacto social, parece haber perdido su significado primigenio, la polarización promovida por la política criminal obstaculiza la búsqueda de alternativas que enfrenten racionalmente el conflicto penal, con independencia de la categorización establecida actualmente: convencional-organizada.

La política criminal, en un Estado democrático, por ser una política pública, no escapa a estas consideraciones, su diseño, implementación y evaluación han de regirse por las directrices emanadas de los fines y cometidos del Estado, entre ellos, los de protección de la persona, al margen de cualquier pretensión instrumental referida a la seguridad, en donde las conquistas son, por antonomasia, irreversibles.

4. Estado constitucional y derechos humanos

El reconocimiento y la efectividad de los mecanismos que hacen valer los derechos humanos identifican la orientación del modelo político jurídico de los Estados nacionales. En la actualidad, nominalmente el Estado constitucional es el referente occidental; por el mismo, en el terreno penal, el Programa tendría que ser constitucional, debería estar orientado por los principios constitucionales de las democracias contemporáneas.

El programa penal tendría que seguir los principios de un Estado constitucional:¹³ i) fundamentales de la dignidad humana, ii) de la libertad, iii) de la igualdad, iv) de la estructura del Estado, v) de los fines del Estado de social y democrático de derecho. En las relaciones tensas, por ejemplo, entre los principios fundamentales

Derecho Comparado, núm. 115, México, IIJ-UNAM, enero-abril de 2006, disponible en <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/115/inf/inf10.htm>>; y L. Ferrajoli, "Pasado y futuro del Estado...", en M. Carbonell, *op. cit.*

¹³ Alexy menciona seis principios contemplados en el modelo alemán, alude a la Ley Fundamental, la Constitución alemana, pero sólo expone cinco: i) principios fundamentales de la dignidad humana art. 1, ii) de la libertad art. 2, iii) de la igualdad art. 3, iv) de la estructura del Estado art. 20 y v) de los fines del Estado de social y democrático de derecho art. 28.1. Un artículo que se encuentra cercano a un principio fundamental es el 20a, *Protección de los fundamentos naturales de la vida*. (Robert Alexy, "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", trad. Alonso García Figueroa, en M. Carbonell, *op. cit.*, pp. 31-36. Estos principios constituyen el núcleo duro de un programa penal constitucional, representan sus irrenunciabiles.)

y los principios relativos a la estructura y fines del Estado, el principio *pro homine* resolverá la tensión.

La subordinación de la ley a los principios constitucionales representa un aporte importante en la construcción permanente de la democracia contemporánea, impone límites a los derechos constitucionales de las mayorías y configura otras garantías de los derechos de todos. En este esquema, el Derecho alcanza su más alto desarrollo:

Por la sujeción a la ley, incluso del poder legislativo, antes absoluto, y por la positividad ya no sólo del ser del derecho, es decir, de sus condiciones de "existencia", sino también de su deber ser, o sea, de las opciones que presiden su producción y, por tanto, de sus condiciones de "validez".¹⁴

Al margen de estas consideraciones, *de facto*, el papel garantista de la Constitución es afectado, entre otras circunstancias, por: i) las peculiaridades de la democracia representativa,¹⁵ ii) la injerencia de los centros de poder económico en las decisiones de los Estados nacionales¹⁶ y iii) "la incapacidad de los gobiernos democráticos de dominar convenientemente los conflictos de una sociedad compleja",¹⁷ circunstancias que requieren alinear las respuestas con los principios fundamentales del modelo político-jurídico occidental contemporáneo: el Estado constitucional.

Asimismo, las democracias constitucionales se caracterizan por la supremacía de los derechos humanos en su ley fundamental, la cual es definida por cuatro tesis: i) máximo rango, ii) máxima fuerza jurídica, iii) máxima importancia del objeto y iv) máximo grado de indeterminación.¹⁸ Estas características conforman, también, el núcleo duro de un programa penal constitucional, lo distinguen de otro derivado de principios político-jurídicos diversos a las democracias constitucionales, por lo que también forman parte de los irrenunciables.

¹⁴ L. Ferrajoli, "Pasado y futuro del Estado...", en M. Carbonell, *op. cit.*, p. 19.

¹⁵ Florencia Polimeni, "¿Democracia representativa vs. democracia participativa? La falsa disyuntiva", en Ricardo Romero (comp.), *Democracia participativa, una utopía en marcha. Reflexiones y experiencias y un análisis del caso porteño*, Argentina, Red de Ciencia Política Mariano Moreno, 2005, disponible en <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/libros/gedep/pdf/>>, consulta: marzo 5 de 2009; y Antonio Camou, *Gobernabilidad y democracia*, México, Instituto Federal Electoral, 1995.

¹⁶ Robert Alexy, "Los derechos fundamentales...", en M. Carbonell (ed.), *op. cit.*

¹⁷ Bobbio identifica tres circunstancias: i) sobrecargo, incremento de las demandas sociales y la capacidad—limitada—de respuesta del sistema político, ii) conflictualidad propia de las democracias, y iii) distribución del poder. (Norberto Bobbio, *Liberalismo y democracia*, trad. José F. Santillana, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 103.)

¹⁸ R. Alexy, "Los derechos fundamentales...", en M. Carbonell, *op. cit.*, pp. 33-35.

La primera tesis: máximo rango de los derechos fundamentales en la estructura normativa del Estado, se concreta al ser regulada en la Constitución y por ser ésta la ley máxima; por medio del principio *lex superior derogat legi inferiori*, se establece una relación vinculante del derecho constitucional con el local, confiriéndole vigencia plena, por ello, cualquier norma jurídica que lo infrinja será inconstitucional y, consecuentemente, nula por regla general. En este sentido y en la materia, los tratados internacionales signados por el Estado serán norma constitucional, debido a que los derechos humanos, por antonomasia, no se enuncian limitativamente sino con pretensiones extensivas, hasta lograr el reconocimiento estatal.¹⁹

Respecto de la segunda tesis, los derechos humanos, por ser vinculantes para los ámbitos del ejercicio del poder y para los niveles de gobierno de la administración pública, están dotados de la máxima fuerza jurídica. Para el Legislativo ya no sólo es necesario reconocer los derechos fundamentales en el marco de las leyes, es imprescindible cambiar el paradigma legislativo, es menester enmarcar la ley en los derechos fundamentales;²⁰ para el Ejecutivo, se demandan líneas de actuación consistentes, por ser derecho positivo y vigente; y para el Judicial, los principios

¹⁹ Previsto en el artículo 30 de la Ley Fundamental del Estado Alemán al señalar la prioridad del derecho federal frente a las competencias estatales. *Idem*.

De igual manera, es identificado en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que señala la supremacía constitucional y la jerarquía normativa de leyes generales y tratados internacionales, así como la sujeción de las entidades federativas a dichas disposiciones. Las recientes reformas constitucionales—del 10 de junio de 2011—en materia de derechos humanos en México puntualizan aún más esto, en el artículo 105 se refiere:

"Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por: [...]

"g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal". (DOF, México, Secretaría de Gobernación, 10 de junio de 2011.)

²⁰ El propio modelo de Estado constitucional limita la producción legislativa en contra de los derechos fundamentales de todos, por ello, para evitar la tiranía de las mayorías, incluso de las unanimidades, el Tribunal Constitucional se erige como árbitro máximo en los conflictos que atenten contra los derechos humanos.

Respecto al problema de la aparente paradoja que plantea el binomio mayoría-minoría, "el control de un poder no mayoritario, sujeto exclusivamente a la constitución, es imprescindible para dotar de eficacia la subordinación a las disposiciones constitucionales de los poderes mayoritariamente [incluso los unánimemente] legitimados". (Luis Gómez Romero, "¿Jueces guerrilleros? La interpretación judicial desde la izquierda", en Juez, *Cuadernos de Investigación sobre la Judicatura*, vol. II, núm. 4, México, Universidad Iberoamericana, primavera 2004, p. 29.) Véase también Perfecto Andrés Ibáñez, "Ética de la función de juzgar" [ponencia expuesta en el Seminario sobre Ética de las profesiones jurídicas, orga-

constitucionales representan la guía de interpretación y aplicación de la ley, desplegando todo su vigor en la relación de los particulares con el Estado, así como entre los propios particulares. Así, el control se ha de encontrar puntualmente observado por todos los tribunales, del inferior al superior; ya que con una sola disposición constitucional no controlable judicialmente se abre la puerta para la pérdida de su obligatoriedad.²¹

Los derechos fundamentales permean al derecho en su totalidad como juicios de valor objetivos, no obstante que las críticas de su constitucionalización garantizan la realización plena de los fines del Estado.

La tercera tesis, la máxima importancia del objeto, está referida a la estructura básica de las sociedades y al fin del propio Estado, su relevancia estriba en la regulación de derechos específicos considerados como fundamentales, por tanto, objeto de protección y reconocimiento constitucional. En este mismo contexto, Rawls²² concibe a la justicia como equidad, como un modelo democrático, como un sistema de cooperación social constituido por ciudadanos que se conciben como libres e iguales; parte de la idea de un acuerdo mutuo entre participantes que interactúan bajo condiciones equitativas de orden constitucional y político el cual da forma a la estructura básica de la sociedad.²³ Con esta definición de justicia, Rawls enuncia dos principios: el de la libertad y de la diferencia; el primero establece que las personas que participan o son afectadas por alguna práctica social tienen el derecho a la más amplia libertad, compatible con una libertad similar para todos;²⁴ el segundo plantea que las desigualdades son arbitrarias, a menos que de ellas pueda esperarse el beneficio colectivo, siempre y cuando éstas sean igualmente posibles para todos. "[...] estos principios expresan la justicia como un complejo de tres ideas: libertad, igualdad y recompensa por servicios que contribuyan al bien común".²⁵

La cuarta tesis, el máximo grado de indeterminación, constituye una de las características fundamentales de este modelo y de los cometidos del Estado. No es posible identificar los derechos fundamentales sólo en la literalidad del texto de la

nizado por la Universidad de Comillas], Madrid, 2001, disponible en <<http://www.cejamerica.org/doc/documentos/etica-funcion.pdf>>, consulta: 30 de junio de 2009.

²¹ El poder vinculatorio para el ejecutivo es evidente desde el derecho positivo, el problema radica en el control del legislador; véase R. Alexi, "Los derechos fundamentales...", en M. Carbonell, *op. cit.*, p. 33.

²² John Rawls, "Justicia como equidad", *Revista Española de Control Externo*, vol. 5, núm. 13, 2003, pp. 129-158, disponible en <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1069286>>, consulta: 16 de julio de 2010.

²³ Nelson Cachumbé Holguín, "John Rawls: La justicia como equidad", en *Criterio Jurídico*, núm. 3, Santiago de Cali, Colombia, 2003, pp. 7-33, disponible en <http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/09_225_nelson_cuchumbe_jhon_rawls.pdf>, consulta: 16 de julio de 2010, p. 226.

²⁴ J. Rawls, "Justicia como equidad", en *op. cit.*, p. 131.

²⁵ *Idem*.

Carta Magna,²⁶ éstos se vislumbran mediante la interpretación. "La interpretación de la ley fundamental no sólo suscita meditaciones serenas, sino también confrontación en la arena política. En este sentido, cabe hablar de una lucha por la interpretación de los derechos fundamentales".²⁷ Los principios de la norma constitucional no se restringen al texto, son la idea general, no existe un significado único previo a la interpretación.²⁸

Si bien la democracia se fortalece día a día por medio del reconocimiento de derechos humanos y de la creación de condiciones y mecanismos que posibiliten su ejercicio pleno, estas cuatro máximas revelan, *de facto*, la solidez de las pretensiones constitucionales de los Estados contemporáneos.

Por otro lado, los derechos humanos son conquistas irretroactivas que pertenecen a las democracias contemporáneas, al modelo de Estado occidental, son su fundamento y límite; por ello, los Estados nacionales que adoptan este modelo político jurídico no pueden apelar a la soberanía, a la supremacía de la autodeterminación estatal, para inclinar la balanza a favor de la seguridad en detrimento de los derechos humanos.²⁹

5. Política criminal en un Estado constitucional

La política criminal es una política más de Estado; como tal, ha de estar dirigida a cumplir los fines del mismo,³⁰ inscrita en el modelo político-jurídico que orienta el sentido de actuación del poder y del aparato público. Esta política pública, referida

²⁶ "En relación con las estructuras de los catálogos no siempre resulta claro si a las diferencias terminológicas puede vincularse una diversa posición respecto de las garantías o jerarquía en cuanto a los niveles de tutela". (Giancarlo Rolla, "La actual problemática de los derechos fundamentales", *Investigaciones Jurídicas*, *Revista del Departamento de Investigaciones Jurídicas*, vols. XXII y XXIII, núms. 80-81, Guanajuato, Facultad de Derecho, Universidad de Guanajuato, enero-diciembre de 2006, p. 32.)

²⁷ R. Alexi, "Los derechos fundamentales...", en M. Carbonell, *op. cit.*, p. 37. En el caso alemán, es el Tribunal Constitucional Federal.

²⁸ En torno a la interpretación *in abstracto* o *in concreto*, Guastini menciona la necesaria la concurrencia de las dos características, ser *in concreto* y estar vinculada con la constitución y no *in abstracto* e inconstitucional, a lo que denomina interpretación *adecuada* por ser armónica con el ordenamiento supremo, pero requiere un serio y comprometido ejercicio de reflexión y apego a los principios constitucionales. (Riccardo Guastini, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en M. Carbonell, *op. cit.*, pp. 56 y 57.)

²⁹ Los derechos humanos ahora constituyen un régimen internacional, constituido alrededor de tres documentos y conjuntos de estándares principales: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada el 10 de diciembre de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vigente desde el 3 de enero de 1976; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, vigente desde el 23 de marzo de 1976.

³⁰ Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Argentina, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1994.

al penal, define las conductas delictivas y los mecanismos de reacción institucional contra ellas por medio del sistema de justicia penal.

La política criminal orienta y conforma un sistema jurídico penal, en el que se integran las tres esferas del poder público y los tres niveles de ejercicio del mismo, en donde la criminología³¹ aparece indisolublemente ligada a ella, particularmente por su análisis, en términos del fundamento teórico y operación de las instituciones que conforman este sistema.

La dogmática está traspasada por la política criminal, pues no es más que la derivación conceptual del instrumento formal de definición. Por eso y en forma más precisa, la dogmática penal no puede pensarse como algo autónomo y válido en sí mismo, sino sólo desde la política criminal. Más aún, su sentido desde la política criminal es hacer transparente y con fundamentación racional el proceso penal, en cuanto el proceso es uno de los ámbitos básicos en que se ejecuta la política criminal.³²

Los Estados con pretensiones constitucionales fincan sus relaciones con las personas en el reconocimiento de éstas como entes autónomos, con derechos y garantías, por ello, su programa político criminal ha de estar dirigido a establecer el máximo de espacios para el ejercicio de la libertad; no puede partir de la premisa del imperativo de la norma penal y de su función motivadora, ya que esto revelaría el fracaso del contrato social y el imperio de la violencia institucionalizada, el precepto jurídico simplemente instruye o informa sobre los modelos de comportamiento y sus consecuencias jurídicas.³³ En las democracias constitucionales, la política

³¹ Al amparo del término criminología, actualmente coexisten en México diversas concepciones en torno al análisis de la actividad delictiva, algunas de ellas mutuamente excluyentes; por ello, "decir, en efecto, que la Criminología es aquella parte de la ciencia que se ocupa del estudio empírico de la criminalidad es no decir mucho o casi nada si no se dice antes qué es lo que se entiende por criminalidad. Y aquí es donde empiezan las dificultades de todo tipo". (Wilfried Hassemmer y Francisco Muñoz Conde, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 1989.)

Aunado a esta problemática, tradicionalmente se le ha asignado a la criminología la tarea de examinar las conductas sociales desviadas, incrementando doblemente la complejidad de su objeto de estudio, en un sentido, por la doble acepción de la definición de caso. Véase Klaus-Dieter Gorenz *et al.*, "Teoría cum praxis, ensayos sobre la estadística criminal nacional (1987-1992)", *Alter, Revista Internacional de Teoría, Sociología y Filosofía del Derecho*, núms. 7-9, Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de Campeche, 1999, volumen triple. Así como el delito/conducta desviada y en otro, por la relatividad propia del referente de ambos significados.

³² Juan Bustos Ramírez, "Política criminal y Estado", *Revista Ciencias Penales*, disponible en <<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2012/BUSTOS12.htm>>, consulta: julio 20 de 2010.

³³ *Idem*.

criminal no puede configurarse para limitar el ejercicio de los derechos de una persona o eliminarlo en cuanto tal.³⁴

El sistema penal, violento por definición, representa el talón de Aquiles de los Estados democráticos, conlleva violencia sobre las personas, por tanto, una contradicción con la finalidad perseguida: libertad libre de violencia. Por ello, la violencia que ejerza ha de ser la mínima necesaria en sí misma, no en relación a otra, lo que excluye, por supuesto, la violencia excesiva como: la pena de muerte, el presidio perpetuo, las penas privativas de libertad largas y la disminución de garantías, por el contrario, hay que privilegiar formas alternativas al control penal, no *prima facie*, sino *ultima ratio*.

Sin embargo, de las aportaciones de Rawls³⁵ que han revitalizado el contractualismo como criterio legitimador del orden social y de las contribuciones de Ferrajoli³⁶ al constitucionalismo contemporáneo, en algunas sociedades actuales —entre ellas la mexicana— se han asumido contingentemente sus contenidos, alejándose de los planteamientos kantianos que fundamentaron la teoría clásica del contrato social. Entre los principios rectores de una intervención penal garantista que se han vulnerado en el diseño y aplicación de la política criminal contemporánea, resaltan entre otros: utilidad, intervención mínima, neutralización de la víctima y mínima lesividad.

Por otra parte, con las recientes reformas constitucionales mexicanas en materia de derechos humanos parecía que se abría una posibilidad para que, por lo menos en el terreno de la intervención penitenciaria, los derechos humanos primen sobre la represión y nulificación del responsable penal, que, si bien transgredió la norma, sigue siendo persona y, por ello, titular de derechos humanos. Sin embargo, las pretensiones instrumentales aún están presentes, pues no obstante los logros obtenidos, el anhelo preventivo readaptatorio subliminalmente está presente, la pretensión penitenciaria continúa centrada en la no reincidencia como criterio evaluador.

³⁴ *Idem*, Es por eso que una política criminal referida a la seguridad pública como condición básica de libertad no puede servir para afectarla. Véase también Alessandro Baratta, "Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 34, Bogotá, Colombia, 1986, pp. 421-435. La seguridad pública no puede esgrimirse, como en la exposición de motivos de las reformas constitucionales en materia penal de 2008 en México, para enfrentar situaciones de emergencia y justificar la violación a los derechos de los habitantes.

³⁵ Véase J. Rawls, "Justicia como equidad", en *op. cit.*

³⁶ Véase L. Ferrajoli, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 1995; *El garantismo y la filosofía del derecho*, trad. Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001; y "Pasado y futuro del Estado...", en M. Carbonell, *op. cit.*

6. Consideraciones sobre el programa penal constitucional

En torno a la justicia, Popper señala:

¿Qué queremos decir, en realidad, cuando hablamos de "justicia"? No creo que las cuestiones verbales de esta naturaleza sean de particular importancia, o que sea posible responder de forma definida, dado que dichos términos siempre son utilizados con diversos sentidos. Sin embargo, creo no errar al sostener que la mayoría de nosotros, especialmente aquellos que tenemos una formación general humanitaria, entiende por "justicia" algo semejante a esto: a) una distribución equitativa de la carga de la ciudadanía, es decir, de aquellas limitaciones de la libertad necesarias para la vida social; b) tratamiento igualitario de los ciudadanos ante la ley, siempre que, por supuesto, c) las leyes mismas no favorezcan ni perjudiquen a determinados ciudadanos individuales o grupos o clases; d) imparcialidad de los tribunales de justicia, y, e) una participación igual de las ventajas (y no sólo en las cargas)³⁷ que puede representar para el ciudadano su carácter de miembro del Estado.

También es posible identificar en su pensamiento otros principios garantistas, por ejemplo, la evitación del sufrimiento, el cual es un principio garantista, y por ello, constitucional.

Por otro lado, los avances en la materia, fortalecimiento de la democracia, representan los logros de un programa, en términos de Lakatos, sería por un lado, el avance en la construcción teórica de un *modelo* de organización social, y por otro, en su operacionalización en el diseño e implementación de la política criminal, puesto que el andamiaje teórico se ha construido paulatinamente a lo largo del tiempo.

En el terreno de la política criminal, ilustrados como Beccaria refirieron, en su momento, que el delito es un mal que bien puede evitarse, por cierto, no mediante políticas simplistas y demagógicas como lo son las propias que caracterizan el fenómeno de la *huida al derecho penal*, sino con políticas comprometidas:

Luego la seguridad y tranquilidad de los ciudadanos descansan más sobre las costumbres y circunstancias de un Estado, que sobre las leyes penales: a donde hay buenas costumbres no hay necesidad de leyes crueles; donde aquellas sean malas éstas no tendrán fuerza contra el crimen, y en todos los casos siempre son peligrosas. Es mejor evitar los delitos que castigarlos. He aquí el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir a los hombres al punto mayor de felicidad o al menor de infelicidad posible, para hablar según todos los cálculos de bie-

³⁷ Karl Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Barcelona, Paidós, 2010, pp. 95-96.

nes y males de la vida. Pero los medios empleados hasta ahora son, por lo común, falsos y contrarios al fin propuesto. ¿Queréis evitar los delitos? Haced que las leyes sean claras y simples, y que toda la fuerza de la nación esté empleada a defenderlas, ninguna parte en destruirlas. Haced que las leyes favorezcan menos las clases de los hombres que los hombres mismos. ¿Queréis evitar los delitos? Haced que acompañen las luces a la libertad. Los males que nacen de los conocimientos son en razón inversa de su extensión, y los bienes lo son en la directa. Finalmente, el más seguro pero más difícil medio de evitar los delitos es perfeccionar la educación.³⁸

Así, en un Estado con pretensiones constitucionales declaradas, resulta incuestionable defender y alinear los principios y los derechos humanos aludidos en la Constitución con el derecho penal, puesto que el derecho, desde la perspectiva ilustrada, es preponderantemente una institución racional con la que se pretende resolver las tensiones y conflictos sociales por medio de un reajuste ordenado y pacífico de las pretensiones razonables de individuos y grupos.

Respecto al programa penal constitucional propio de una democracia, es necesario subrayar que su núcleo sólido está constituido, como ya se ha anotado previamente, por los derechos fundamentales. Sus actores, en términos de aparato público, son, verticalmente, los ámbitos de gobierno y horizontalmente, las esferas de ejercicio del poder público.

Dicho núcleo constitucional supone también un constante ejercicio de análisis académico propio, pues sólo desde la reflexión es posible avanzar en la conformación teórica y en la evaluación empírica de un programa penal con anhelos constitucionales.

Un análisis de la política criminal, o como se ha mencionado aquí, de un programa penal, está referido en primera instancia a los fundamentos de un Estado y a su consistencia, en términos de coherencia y congruencia con los principios y fenomenología operativa del sistema de justicia penal. En este contexto, el modelo de programa de investigación científica de Lakatos ofrece una opción comprensiva que permite contextualizar, en términos de desarrollo teórico y político, la construcción y dinámica del sistema penal contemporáneo.

En el ámbito de la teoría de la ciencia, también aplicable al análisis teórico de la política criminal y al examen empírico de los datos del sistema penal, Lakatos apunta:

³⁸ Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, ed. facsimilar, México, Porrúa, 1998, pp. 140, 193, 195, 196 y 204.

He defendido la metodología de los programas de investigación científica que soluciona algunos de los problemas que ni Popper ni Kuhn consiguieron solucionar [...] En primer lugar, defiende que la unidad descriptiva típica de los grandes logros científicos no es una hipótesis aislada sino más bien un programa de investigación. La ciencia no es sólo ensayos y errores, una serie de conjeturas y refutaciones. "Todos los cisnes son blancos" puede ser falseada por el descubrimiento de un cisne negro. Pero tales casos triviales de ensayo y error no se catalogan como ciencia. La ciencia newtoniana, por ejemplo, no es sólo un conjunto de cuatro conjeturas (las tres leyes de la mecánica y la ley de la gravitación). Esas cuatro leyes sólo constituyen el "núcleo firme" del programa newtoniano. Pero este núcleo firme está tenazmente protegido contra las refutaciones mediante un gran "cinturón protector" de hipótesis auxiliares. Y, lo que es más importante, el programa de investigación tiene una heurística, esto es, una poderosa maquinaria para la solución de problemas que, con la ayuda de técnicas matemáticas sofisticadas, asimila las anomalías e incluso las convierte en evidencia positiva.³⁹

Sobre los avances o retrocesos de teóricos de los programas de investigación refiere que, en los progresivos, la teoría conduce a descubrir hechos nuevos, hasta entonces desconocidos, y en los regresivos las teorías son fabricadas únicamente para acomodar los hechos ya conocidos.

En el terreno penal, todo es de gran interés para todos, pues están comprometidas, entre otras, la libertad de las personas. Al respecto, Prieto Sanchís, en su *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, refiere:

Es un buen colofón para una obra que gira en torno al constitucionalismo y a la limitación del poder, pues tradicionalmente es en el *ius puniendi*, en la definición de los delitos y de las penas, donde con más vigor se han atrincherado las prerrogativas del legislador soberano. Como era de esperar, también en este capítulo se intentan ofrecer razones a favor de la limitación de ese extraordinario poder sobre la libertad y la honra de las personas, cuando no también sobre sus vidas, que, a mi juicio, representa el núcleo central de todo orden jurídico, aquel que nos permite seguir definiendo el derecho como un sistema de fuerza organizada.⁴⁰

³⁹ Imre Lakatos, *Escritos filosóficos 1. La metodología de los programas de investigación científica*, Madrid, Alianza, 2007, pp. 13, 65-72 y 117.

⁴⁰ Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 19.

7. Consideración final

Un sistema penal dirigido sólo por pretensiones preventivo generales y de prevención especial negativa, tal como se perfila la política criminal nacional, describe un sistema penal de terror, en donde la preocupación se centra en la eficacia, el sometimiento y obediencia ciudadana.

Finalmente, un Estado que se suponga democrático, ha de orientar la política criminal hacia el garantismo.

En términos de Ferrajoli:

Las garantías —no sólo penales— son vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad de los derechos subjetivos y, más en general, a los principios axiológicos sancionados por las leyes, en el derecho penal, donde tutelan la libertad del ciudadano frente a las prohibiciones indeterminadas y a las condenas arbitrarias [...] En todos los casos, la elaboración de las garantías, es decir, de los mecanismos institucionales dirigidos a asegurar la máxima correspondencia entre normatividad y efectividad en la tutela o en la satisfacción de los derechos, constituye la tarea más importante y difícil tanto de una teoría como de una política garantista del derecho. Se comprende que, así entendido, el garantismo no tiene nada que ver con el mero legalismo, formalismo o procesalismo. Antes bien, consiste en la tutela de los derechos fundamentales; los cuales —de la vida a la libertad, de las libertades civiles y políticas a las expectativas sociales de subsistencia de los derechos individuales a los colectivos— representan los valores, los bienes y los intereses, materiales y prepolíticos que fundan y justifican la existencia de aquellos "artificios" —como los llamó Hobbes— el derecho y el Estado, cuyo disfrute por parte de todos constituye la base fundamental de la democracia.⁴¹

⁴¹ L. Ferrajoli, *Derecho y razón...*, pp. 28 y 29.

EL ARRAIGO Y SU CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN MÉXICO

*Luis Felipe Guerrero Agripino
Leandro Eduardo Astrain Bañuelos*

1. Introducción

La violencia que ha experimentado México desde finales del siglo pasado y que se ha recrudecido a principios de este nuevo milenio incitó una declaración de “guerra contra el crimen organizado” en diciembre de 2006 por el entonces titular del Poder Ejecutivo Federal. Esta declaratoria se tradujo en la concreción de una serie de estrategias político criminales caracterizadas por privilegiar la intensificación del aparato punitivo del Estado, en perjuicio de los derechos fundamentales de los gobernados. Si la tradición liberal dejó como herencia entender al derecho penal como la última ratio de la política criminal, en la actualidad se suele apreciar su recurrente utilización para pretender resolver determinados problemas sociales antes de utilizar otros mecanismos menos drásticos y lesivos. Y es que ante los esfuerzos del Estado para combatir a una criminalidad indómita –tradicional y organizada–, las demandas ciudadanas de criminalización han aumentado, lo cual suele propiciar reacciones desmedidas del legislador penal que, por ejemplo, se traduce en la agravación de las penas ya existentes, el incremento de los catálogos de las figuras típicas en los ordenamientos penales y la conformación de un derecho penal de excepción caracterizado por la restricción de los derechos fundamentales a los destinatarios de ese derecho.

Esto genera un círculo vicioso: el recrudecimiento de la violencia institucional propicia el de la violencia social. Sin embargo, los resultados de esta estrategia han sido poco favorecedores. Persiste el sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana, mientras que la impunidad es la música de fondo del grave problema.

Ante este estado de cosas, una institución jurídica que ha propiciado un debate importante en el foro mexicano es el arraigo. Se trata de una medida cautelar cuyas características tocan fibras sensibles del sistema democrático mexicano, sin dejar de lado posturas que los justifican bajo el cobijo del pragmatismo jurídico penal.

A continuación nos referiremos a esa figura. Veremos algunos rasgos de su marco conceptual y un panorama de su transcurrir legislativo en México, hasta llegar a la situación controvertida actual.

2. Primera aproximación

Suele ser común que los operadores del sistema penal exijan del orden jurídico mayores herramientas que le permitan combatir eficazmente la criminalidad, aunque muchas de ellas impliquen la flexibilización o negación de los principios garantistas que le dan sustento y legitimidad al derecho penal en un Estado constitucional. Entre estas herramientas destaca, por ejemplo, la prisión preventiva, que se convierte en la medida cautelar por excelencia. En lugar de investigar para detener, se prioriza la posibilidad de detener para investigar.

Los orígenes contemporáneos de esta tendencia se encuentran principalmente a partir de 1993, año en el que se reformaron diversos artículos constitucionales, con el fin de aumentar el tiempo de detención de los inculcados ante el órgano persecutor, particularmente en los casos de delincuencia organizada. En la exposición de motivos de la reforma al artículo 16 constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de septiembre de 1993, el Constituyente Permanente señaló que, en virtud de la elevada gravedad de ese tipo de criminalidad, la violencia que representaba y las enormes dificultades que se presentaban para integrar la averiguación previa, el Ministerio Público requería de mayor tiempo para acreditar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del inculcado, que en ese entonces constituían el parámetro de prueba para fundamental el ejercicio de la acción penal.

Esa reforma constitucional marcó el inicio de una particular regulación jurídica para ese tipo de criminalidad, que se vendría a consolidar con otras reformas constitucionales de finales de siglo xx y principios del xxi. Más aún, fue el marco para que en el año de 1996 el Congreso de la Unión aprobara la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el jueves 7 de noviembre de ese año.

Entre las muchas críticas que desde la academia se formularon al articulado que conformó la redacción original de la citada legislación de lucha, destacó la realizada al artículo 12 que contempló por primera vez la figura del arraigo penal en nuestro país. Esta medida cautelar fue adoptada posteriormente por diversos códi-

gos de procedimientos penales en nuestro país. Su regulación varió en cada ordenamiento jurídico. Lo que comenzó siendo una medida cautelar justificada para la delincuencia organizada, fue adoptándose también para la delincuencia común.

3. Regulación legal y constitucional del arraigo penal en México

En estricto sentido, el arraigo tiene orígenes diversos al eminentemente penal; es más, quizás en este ámbito resulta forzada su aplicación. En seguida se mencionan brevemente sus antecedentes legislativos en el sistema mexicano.

Primeros antecedentes

El arraigo es una institución procesal de naturaleza cautelar cuyo propósito es que una persona no salga de un territorio determinado, para que no se sustraiga de la acción de la justicia y esté en aptitud de presentarse ante una autoridad judicial siempre que sea requerido para ello. En México, fue adoptada principalmente por los ordenamientos procesales civiles tanto federal como de los Estados; el Código de Comercio y la Ley Federal del Trabajo, regulándose como una providencia precautoria consistente en el requerimiento judicial al demandado para que no se ausente del lugar del juicio sin dejar apoderado.

Según lo hemos señalado, en el ámbito penal tuvo su puerta de entrada en la redacción original del artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, a partir del siguiente texto:

El juez podrá dictar, a solicitud del Ministerio Público de la Federación y tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales del inculcado, el arraigo de éste en el lugar, forma y medios de realización señalados en la solicitud, con vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y sus auxiliares, mismo que se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, sin que exceda de noventa días, con el objeto de que el afectado participe en la aclaración de los hechos que se le imputan y pueda abreviarse el tiempo de arraigo.

Al llevarse a la práctica esta medida cautelar, los operadores del sistema penal dieron una interpretación a modo a esta disposición legal. Se entendió que el arraigo debía llevarse a cabo en un domicilio determinado del cual no podía salir el inculcado durante la duración del arraigo, pues se encontraría bajo la vigilancia de la

propia representación social, de ahí precisamente que se le empezara a denominar arraigo domiciliario. Así, el arraigo empezó a llevarse a cabo en instalaciones destinadas por la representación social para tal fin o en habitaciones de hoteles.

Esta forma de interpretación a la disposición legal en estudio era desde luego inconstitucional, pues preveía la posibilidad de privar de la libertad a una persona hasta por noventa días fuera de los casos previstos por los artículos 14, 16, 19 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Esto es así porque desde el constituyente de 1824, las constituciones políticas de nuestro país han determinado que las detenciones a los gobernados por parte de autoridades administrativas y judiciales duren sólo algunas horas, pues en todo caso la detención sólo puede prolongarse en el tiempo cuando se encuentre sustentada en una resolución judicial en la que se determine que existen elementos suficientes para estimar que el autor es probable responsable de los hechos que se le imputan y, por ende, es procedente la imposición de la prisión preventiva como medida cautelar.¹

En efecto, una de las principales preocupaciones de los diversos constituyentes mexicanos ha sido evitar las detenciones arbitrarias. Sin embargo, con el arraigo domiciliario nos encontramos frente a un acto de molestia: la persona es privada de su libertad por un tiempo considerable sin que aún existan elementos para considerarlo autor de hecho probablemente delictivo.

Sergio García Ramírez ha advertido que esta forma de aplicación del arraigo desvirtúa la naturaleza procesal de la institución y en realidad se trata de una detención encubierta. El referido autor precisa:

Sin ignorar, por supuesto, la ventaja y utilidad que pudiera prestar un verdadero arraigo domiciliario, realizado en el domicilio del indiciado, durante un breve periodo, cabe preguntarse: el arraigo que se prolonga sesenta o noventa días, ¿no es ya una detención, o puesto en otros términos, una "semidetención", para emplear la misma palabra que empleó el dictamen del Senado (me refiero al dictamen sobre el proyecto de Ley Federal contra la delincuencia organizada), cuando dijo que no debía de ocurrir eso, pero creó las condiciones para que ocurriera.²

¹ Esta resolución ha sido denominada de diferente manera por las diversas normas fundamentales que han regido en México. La Constitución de 1836 lo denominó Auto Motivado de Prisión, las Bases de organización política de la República Mexicana lo denominó Auto de Bien Preso, la Constitución de 1857 volvió a la denominación de la de 1836 y la Constitución de 1917 lo llamó Auto de Formal Prisión.

² Sergio García Ramírez, *La reforma penal constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?*, 2a. ed., México, Porrúa, 2009, pp. 71-72.

Novena Época, Noveno Tribunal Colegiado en materia penal del primer circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo xxvii, enero de 2008, tesis I.9c.P.69 P, p. 2756. Estas razones llevaron al Noveno Tribunal Colegiado en materia penal del Primer Circuito a declarar inconstitucional el

No obstante las críticas que se hicieron a la figura del arraigo domiciliario, no pocas legislaturas de los estados, así como el legislador penal federal, sucumbieron a la tentación de adoptar en los ordenamientos procesales penales esta medida cautelar con la finalidad de darle mayor tiempo al órgano persecutor para fundamentar adecuadamente sus indagatorias, así como facilitar el cumplimiento de una eventual orden de aprehensión en contra de los arraigados.

Ordenamientos estatales

Ordenamientos como el Código Federal de Procedimientos Penales (artículo 133 bis); la Legislación Penal para el Estado de Aguascalientes de 2003 (artículo 291); los Códigos de Procedimientos Penales de Michoacán de 1998 (artículo 129), de Zacatecas de 1967 (artículo 127 bis), de Jalisco de 1982 (artículo 102 bis), de Chihuahua de 1987 (artículo 122 bis), de San Luis Potosí (artículo 168), entre otros, regularon el arraigo, aunque en términos diversos y varias de estas disposiciones aún son vigentes. En la mayoría de los casos, el tiempo límite de la detención es de treinta días naturales, pudiéndose duplicar dicho término por una sola ocasión. Un caso aún más excesivo lo encontramos en la legislación de Jalisco, en la cual se establece que esta medida cautelar también se puede imponer a los testigos.

Ante esta tendencia regulatoria, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, analizando el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales para el estado de Chihuahua,³ determinó que el arraigo domiciliario es inconstitucional, pues no obstante que la averiguación previa no arroja datos para tener por comprobada la probable responsabilidad de una persona, se ordena su privación de la li-

artículo en estudio en el año de 2007. Su criterio es consultable bajo la tesis de jurisprudencia cuyo rubro es "ARRAIGO DOMICILIARIO PREVISTO EN EL NUMERAL 12 DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. LA APLICACIÓN DE ESTA MEDIDA VIOLA LAS GARANTÍAS DE LEGALIDAD, DE SEGURIDAD JURÍDICA Y DE LIBERTAD PERSONAL PREVISTAS EN LOS PRECEPTOS 14, 16 Y 18 A 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL".

³ Artículo 122 bis.- Cuando con motivo de una averiguación previa, respecto de delito grave, plenamente demostrado y de aquella resulten datos, indicios o cualesquiera otra circunstancia que conduzca a establecer que en dicho ilícito pudiera tener responsabilidad penal una persona y exista riesgo fundado de que ésta se sustraiga a la acción de la justicia, el ministerio público podrá acudir ante el juez correspondiente y solicitar el arraigo del indiciado especificando el lugar en que habrá de verificarse, el cual se resolverá escuchando a quien haya de arraigarse; ello de ser posible.

Corresponde al ministerio público y a sus auxiliares, que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.

El arraigo a que se refiere este precepto no será en cárceles o establecimientos de corporaciones policíacas y su duración no podrá exceder de treinta días naturales.

El arraigado no podrá ser incomunicado.

Cuando el indiciado solicite que cese el arraigo, la autoridad judicial decidirá, escuchando al ministerio público, resolverá en cuarenta y ocho horas si aquél debe o no mantenerse.

bertad hasta por treinta días, sin que dicha detención esté justificada con un auto de formal prisión en el que se le dé a conocer al inculcado el delito que se le imputa ni la oportunidad para ofrecer pruebas de descargo.⁴

Impactos y reacciones

Aunado a las violaciones que representa al derecho a la libertad personal de los gobernados, el arraigo ha venido a fomentar otras violaciones a los derechos fundamentales. Incomunicaciones y torturas son prácticas a las que no en pocas ocasiones son sometidos día a día los arraigados. Por las modernas técnicas de tortura, psicológicas y físicas, que no dejan huella material en las víctimas, en la práctica ha sido difícil acreditarlas y por lo tanto son comportamientos que han quedado impunes, fomentando con ello el uso excesivo de la fuerza pública.

Como si la problemática fuera de formas y no de contenidos, la inconstitucionalidad del arraigo se resolvió de una manera muy particular: mediante reforma constitucional que en materia penal fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, el constituyente permanente ha elevado a rango constitucional el arraigo. En efecto, el octavo párrafo del artículo 16 constitucional señala que:

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

En la exposición de motivos, el Constituyente Permanente estableció que la gravedad que representaba la delincuencia organizada tenía que ser combatida con medidas eficaces tales como el arraigo. Aunque la medida cautelar sólo es admisible para la delincuencia organizada, el artículo décimo primero transitorio de la propia reforma otorgó la posibilidad, en tanto entra en vigor el nuevo sistema acu-

⁴ Esta tesis de jurisprudencia es consultable bajo el rubro ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (Cfr. Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1170).

satorio adversarial, de decretarlo también a indiciados no pertenecientes a este tipo de criminalidad, tratándose de delitos graves y hasta por cuarenta días. Con ello, se autorizó a los legisladores penales ordinarios a adoptar el arraigo para que sea aplicado por las autoridades tanto del fuero federal como local en tanto adoptan el nuevo procedimiento penal.

Ahora bien, desde nuestro punto de vista, el hecho de que esta medida cautelar haya sido elevada a rango constitucional no precisamente la hace legítima ni congruente con el sistema de valores y principios que sustentan al Estado constitucional. El arraigo representa una violación al principio de presunción de inocencia, pilar de un proceso penal democrático. No obstante que no existen pruebas en contra del arraigado, se le priva de su libertad por cuarenta días, o en algunos casos hasta por ochenta, sin que esté en posibilidades de defenderse, pues aún ni siquiera sabe de qué se le acusa. Eventualmente puede acontecer que una vez levantado el arraigo el inculcado recupere su libertad ante la ausencia de elementos probatorios en su contra. En estos supuestos, la detención habrá sido arbitraria y es muy difícil resarcir la afectación, con todo lo que ello conlleva. Por ello, dicha medida cautelar rompe con la tradición constitucional mexicana de otorgar a los gobernados la garantía de ser detenidos por breves periodos de tiempo tanto en sede administrativa (hasta 96 horas) como en judicial (hasta 144 horas), y a garantizarles que siempre que la detención se prolongue será porque se encuentra sustentada en una resolución judicial en el que se clarifica el hecho que se le imputa y en virtud de que se cuentan con datos de prueba suficientes para tener por comprobada su probable intervención en ese hecho punible que se le atribuye. En aras de una pretendida eficiencia se sacrifica un sustento importante del Estado democrático. En estricto sentido, se trata de una privación de libertad; prácticamente de un encarcelamiento, aunque en lugares de diverso tenor. Al respecto, resulta oportuna la siguiente reflexión de Ferrajoli:

Todo arresto sin juicio ofende el sentimiento común de la justicia, al ser percibido como un acto de fuerza y de arbitrio. No existe, en efecto, ninguna resolución judicial y tal vez ningún acto de poder público que suscite tanto miedo e inseguridad y socave tanto la confianza en el derecho como el encarcelamiento del ciudadano sin proceso, en ocasiones durante años. Es un mísero parasilogismo decir que la cárcel preventiva no contradice el principio *nulla poena sine iudicio* [...] porque no es una pena sino otra cosa: medida cautelar, procesal o en todo caso no penal.⁵

⁵ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 1995.

4. La dicotomía constitucional

Todo ordenamiento jurídico es susceptible de tener antinomias. Por ello no es de extrañar que la Constitución, siendo una norma jurídica, también pueda tenerlas. Surge entonces la necesidad de determinar si dentro del propio ordenamiento constitucional existen normas que son de mayor jerarquía que otras normas también contenidas en la propia Constitución.⁶ Desde nuestro punto de vista, existen preceptos constitucionales que contienen principios que sustentan al Estado constitucional y no pueden ser limitados o contravenidos por otros preceptos aún de tipo constitucional. El reconocimiento y protección de los derechos humanos es precisamente uno de estos principios, por lo que si una disposición constitucional vulnera estos derechos fundamentales, la consecuencia debe ser la derogación o, en su caso, inaplicación de esta última para hacer prevalecer la norma que protege los derechos fundamentales. Por ello, aun cuando la Constitución haga factible la aplicación del arraigo, por la ilegitimidad que entraña, las autoridades, en estricto sentido, no deberían aplicarlo.

El 10 de diciembre de 2012, al encabezar el Día Internacional de los Derechos Humanos, el procurador general de la República, reconoció la necesidad de desaparecer paulatinamente el arraigo, para lo cual, dijo, es necesario dotar a la Procuraduría de los elementos necesarios para realizar su tarea, tales como la capacidad científica, pero, sobre todo, tienen que utilizar el talento.

Por otro lado, existen posturas doctrinarias que se pronuncian por eliminar el arraigo del texto constitucional, con algunos paliativos transitorios. Por ejemplo, Miguel Ontiveros Alonso sugiere que mientras desaparece tal figura, el legislador secundario podría establecer las siguientes medidas, con el sólo propósito de aminorar los efectos brutales que esta figura causa, sin que ello represente una justificación o legitimación de su parte a esta figura procesal: a) en todo centro de arraigo debe haber una oficina de la subprocuraduría de derechos humanos, cuyo personal tendrá acceso sin restricciones a todas las áreas; b) en todo centro de arraigo habrá una representación permanente de la Comisión de Derechos Humanos, local o nacional; y c) quedará prohibido realizar el arraigo en lugares indignos.⁷

⁶ Cfr. Rosa María de la Torre Torres, "Apuntes sobre la posibilidad de inconstitucionalidad de normas constitucionales", en Héctor Chávez Gutiérrez (coord.), *Los nuevos horizontes del derecho: una visión contemporánea*, México, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Doctorado Interinstitucional en Derecho, 2012, pp. 17-34.

⁷ Miguel Ontiveros Alonso, "Cinco problemas y soluciones en el proceso penal ordinario", en *El sistema de justicia penal en México: retos y perspectivas*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008, pp. 78-79.

Control de convencionalidad: una nueva interpretación al principio de supremacía constitucional

Uno de los grandes temas que ha preocupado a los internacionalistas es determinar la ubicación jerárquica de los tratados internacionales en el orden jurídico mexicano. Y es que en no pocas ocasiones, normas de derecho interno controvierten los compromisos asumidos por el Estado mexicano en estos tratados. La cuestión se complica cuando esas normas son de índole constitucional. Frente a esta problemática, resulta indispensable definir la jerarquía normativa en el sistema jurídico mexicano, lo que no es una tarea sencilla.

No obstante, tal definición resulta indispensable para nuestro estudio, pues el arraigo previsto por nuestra Constitución viola diversas normas contenidas en tratados internacionales suscritos por México, y que son de observancia obligatoria. Particularmente transgrede varias disposiciones de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

En diversos criterios jurisprudenciales, la Corte había interpretado el artículo 133 constitucional concluyendo en todos los casos, que a la cúspide del orden jurídico mexicano se encontraba la Constitución, conteniendo dicho artículo el principio de supremacía constitucional. Debajo de ella se ubicaban tanto los tratados internacionales y las leyes federales, primeramente considerados en el mismo nivel jerárquico.⁸ Posteriormente se superó este criterio al estimar que los tratados internacionales se ubicaban jerárquicamente por encima de las leyes federales y en segundo plano respecto de la Constitución federal.⁹

Ahora bien, en el año de 2007, al resolver el Amparo en revisión 120/2002, la mayoría del Pleno realizó una nueva interpretación a este artículo constitucional. Concluyó que las leyes del Congreso a que se refiere el artículo 133 constitucional no son las federales, sino aquellas que inciden en todos los órdenes jurídicos que integran al Estado mexicano. Por tanto, la ley suprema de la unión está conformada por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes generales. Así, en la cúspide se encuentra la Constitución, por debajo de ella los tratados internacionales, los que a su vez están encima de las leyes generales. Las leyes federales y locales están por debajo de este orden jurídico superior y en el mismo nivel jerárqui-

⁸ Criterio consultable en la tesis de jurisprudencia identificada bajo el rubro LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA (cfr. Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, núm. 60, diciembre de 1992, p. 27).

⁹ Criterio consultable en la tesis de jurisprudencia identificada bajo el rubro TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (cfr. Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, noviembre de 1999, p. 46).

co, pues se tratan de normas de distinto ámbito competencial. La razón que llevó a la mayoría de los ministros a esta consideración fue que al suscribir un tratado internacional, el Estado mexicano contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando disposiciones de derecho interno, y cuyo incumplimiento supone una responsabilidad de carácter internacional. Asimismo, se determinó que la ubicación jerárquica de los tratados en materia de derechos humanos quedaban fuera de la discusión, pues su naturaleza implicaba la eventual posibilidad de que éstos se ubicaran a nivel constitucional, por lo que este tema quedaría reservado a un pronunciamiento posterior.¹⁰

Durante mucho tiempo la Suprema Corte de Justicia de la Nación aplazó esta discusión. Se logró neutralizar cualquier intento que implicara el abandono al cómodo hogar de su principio de supremacía constitucional. Pero varios acontecimientos llevaron a un cambio de paradigma.

Uno ellos se encuentra en la propuesta del ministro Juan N. Silva Meza, denominado: Líneas Generales hacia la Consolidación Institucional del Poder Judicial de la Federación. En dicho documento, se reconoce la necesidad de reorientar el método decisorio en lo referente al

[...] imperativo de avanzar en la construcción de una línea jurisdiccional uniforme y coherente que, con una visión sistémica, permita que el alto Tribunal defina una matriz constitucional compuesta por directrices decisorias mínimas para la resolución de sus casos. El parámetro fundamental de esta matriz debe ser la categoría jurídica del Estado constitucional, federal, democrático y social de derecho.

De igual manera, en el apartado relativo a la Consideración e impulso de los instrumentos internacionales de derechos humanos en las sentencias, reconoció que

[...] es un hecho que no se han articulado adecuadamente los preceptos del derecho internacional con el orden jurídico nacional [por lo que] es importante que el Tribunal Constitucional enriquezca sus argumentaciones jurídicas con una mayor recurrencia a los instrumentos del derecho internacional en materia de derechos humanos. La interpretación y las decisiones que se tomen en esta vertiente, permearán en el trabajo de los jueces federales y de la propia justicia local, con el consecuente beneficio de los individuos que solicitan acceder a los servicios judiciales en ambos órdenes.

¹⁰ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación/Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, *La jerarquía de los tratados internacionales respecto a la legislación general, federal y local, conforme al artículo 133 constitucional*, t. 36, México (serie Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación), 2009.

El 23 de noviembre de 2009, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia condenatoria en contra del Estado mexicano en el caso Radilla Pacheco, notificándola el 15 de diciembre de 2009. En cumplimiento de la resolución, la misma fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de febrero de 2010. En atención a ello, el 27 de mayo de 2010, el ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, entonces presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, formuló una solicitud al Tribunal Pleno para que ese cuerpo colegiado determinara si había lugar a iniciar algún procedimiento para dar cumplimiento a la sentencia dictada en el caso Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos, del índice de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ante la duda que generaba la inexistencia de normas legales expresas que regularan su ejecución y la importancia que dicho caso revestía para el orden jurídico nacional. Se formó el número de expediente Varios 489/2010, bajo la ponencia del ministro José Ramón Cossío, mismo que fue discutido el 7 de septiembre de 2010. Después de una discusión en la que varios ministros defendieron una postura nacionalista al estimar que la Corte Interamericana se había excedido en su función, una mayoría de siete ministros resolvió que efectivamente ese Tribunal Pleno debía pronunciarse respecto a la posible participación del Poder Judicial en la ejecución de la sentencia dictada en el Caso Radilla Pacheco, pero con varias salvedades: a) si bien es cierto se reconoció la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, restaba analizar si en el caso concreto se configuraba alguna de las salvedades a las cuales se condicionó el reconocimiento de la competencia contenciosa de ese órgano jurisdiccional, así como 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 tales salvedades podrían tener en el caso concreto, y las que podrían tener en otros litigios internacionales en los que en un futuro los Estados Unidos Mexicanos también pudieran llegar a ser parte; b) debería también definirse qué obligaciones concretas le resultaban al Poder Judicial de la Federación y la forma de instrumentarlas. Por lo anterior, se ordenó la apertura de un nuevo expediente para discutir estas cuestiones.

Como se puede apreciar, la mayoría del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación pretendía analizar la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y condicionar su cumplimiento sólo en el caso en que la misma no hubiera contravenido las reservas y salvedades que había hecho el Estado mexicano al adherirse tanto a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, como a la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹¹

¹¹ Es ilustrativa la postura que durante el debate tomó el ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano, para quien la Corte Interamericana desbordó su estatuto, considerando excesivas las diversas con-

El 10 de junio de 2011 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* una reforma constitucional en materia de derechos humanos que vino a consolidar el Estado constitucional en nuestro país. Para el presente estudio destaca el contenido de los párrafos segundo y tercero de la nueva redacción del artículo 1o. de la Constitución:

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.

Resultado de esta nueva redacción, en cuanto a la aplicación a los casos concretos, es de destacarse la sistematización de dos técnicas de interpretación: de un lado, la interpretación conforme, de acuerdo con la cual las normas en materia de derechos fundamentales, se deben interpretar asumiendo como marco de referencia infranqueable la Constitución y los tratados internacionales, suscritos con base en aquella. Por otra parte, bajo la interpretación *pro personae*, cuando exista la posibilidad de encontrar diversas interpretaciones a las normas jurídicas se deberá optar por aquella que más proteja al titular de los derechos fundamentales.¹²

Más aún, se impuso a todas las autoridades, en sus respectivos ámbitos competenciales, la obligación de llevar a cabo un control de convencionalidad, entendiendo como tal, el examen de confrontación de actos o normas del derecho interno con normas internacionales en materia de derechos humanos, y en caso de incompatibilidad, llevar a cabo los actos tendientes para hacer prevalecer el derecho internacional protector de los derechos fundamentales.

La reforma constitucional antes aludida vino a dar un respiro a la Suprema Corte de Justicia de la Nación que en julio de 2011 y dentro de los autos del expediente Varios 912/2010 resolvió que la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos

denas hechas al Estado mexicano. Véase José Ma. Serna de la Garza, "Internacionalistas' vs. 'nacionalistas': reseña del debate actual sobre la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno en México", en Luis González Placencia, y otros (coords.), *Derechos Humanos. Actualidad y desafíos II*, México, Fontamara / Universidad de Guanajuato, 2012, pp. 16-20.

¹² Luis Felipe Guerrero Agripino, *La delincuencia organizada. Algunos aspectos penales, criminológicos y político-criminales*, 2a. ed., México, Ubijus / Universidad de Guanajuato, 2012, pp. 52-53.

Humanos debía ser acatada en su totalidad, en cuanto a las obligaciones que correspondían cumplimentar al Poder Judicial de la Federación. En esa sentencia del tribunal internacional se determinó que "el poder judicial debe ejercer un 'control de convencionalidad' *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y las regulaciones procesales correspondientes". Por ello, el Pleno de la Suprema Corte emitió las siguientes tesis sobre la obligatoriedad de practicar un control difuso de convencionalidad: a) pasos para seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos;¹³ y b) parámetro para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos.¹⁴

Con estos criterios y con la nueva redacción del artículo 1o. Constitucional, la Supremacía Constitucional debe entenderse en términos diversos a como tradicionalmente la ha venido concibiendo la teoría constitucional. Ya su fundamento no se encuentra solamente en el artículo 133 constitucional, sino también en el propio artículo 1o. Ahora, y de acuerdo con la propia constitución, la norma suprema es aquella que otorgue una protección más amplia a los derechos fundamentales de la persona. Por ello, cualquier disposición, aun una de carácter constitucional, que implique una violación a los derechos fundamentales de fuente nacional o internacional de los gobernados, debe ser inaplicable. De esta forma se cumpliría el mandato constitucional contenido en el párrafo tercero del multireferido artículo 1o. y, por ende, se haría valer la supremacía constitucional.

5. Última consideración

El análisis de los apartados anteriores nos hace concluir que el arraigo previsto en el artículo 16 constitucional, así como en el artículo décimo primero transitorio de la reforma constitucional que en materia penal fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, es inconvencional, pues resulta incompatible con los artículos 7.5, 8.2 y 22.1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, que contienen el derecho a la libertad personal, a la presunción de inocencia y el derecho de circulación y de residencia.

En este sentido, cobra trascendencia la sentencia de fecha 3 de octubre de 2011, dictada por el Juez Tercero de Distrito en el Estado de San Luis Potosí dentro de los autos del Juicio de Amparo 908/2011 formado con motivo de una deman-

¹³ Décima Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro III, diciembre de 2011, Tomo I, Tesis P. LXIX/2011, pág. 552.

¹⁴ Décima Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro III, diciembre de 2011, Tomo I, Tesis P. LXVIII, p. 551.

da de amparo indirecto promovida por un particular en contra de una orden de arraigo decretado en su contra, fundamentado por la responsable en el artículo 168 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de San Luis Potosí.

En la parte medular de la resolución, el juzgador decretó que el arraigo previsto en el código procesal penal de esa entidad federativa resultaba inconveniente al contravenir los derechos humanos contenidos en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, pues el indiciado no es llevado inmediatamente y sin demora ante un juez para que resuelva su situación jurídica, tampoco se le da un tratamiento de inocente, ya que es detenido arbitrariamente para ser investigado, y finalmente, porque con esa medida precautoria se le impide que salga de un determinado domicilio.

Es claro que esta resolución hace referencia al arraigo previsto en una norma secundaria, pero las consideraciones vertidas también son válidamente aplicables para estimar inconveniente al arraigo constitucional, máxime porque, según lo hemos referido, también las normas constitucionales deben ser sometidas a un control de convencionalidad, de conformidad con el propio texto constitucional.

Al respecto, resulta elocuente la posición de García Ramírez y Morales Sánchez, en relación con la trascendencia del principio *pro homine* o *pro persona*:

Incumbe a los órganos jurisdiccionales el papel más relevante en materia de interpretación de los derechos humanos: la interpretación jurídica que finalmente prevalecerá corre a cargo de las instancias judiciales, que cumplen su cometido conforme a diversos métodos o enfoques y se pliegan —o deberán hacerlo ahora, a la luz de la reforma constitucional— al principio *pro homine* o *pro persona*, que rige tanto la interpretación como la creación y aplicación de normas, en general.¹⁵

Y es que, el Estado mexicano, al suscribir tratados internacionales se obliga a cumplimentarlos, de tal manera que todos sus órganos de gobierno deben ajustar su comportamiento a lo preceptuado en ellos.

Desde luego que esto no es un dato menor, porque México, en el ejercicio de su soberanía, voluntariamente se sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al hacer la Declaración para el Reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", aprobada por el senado el 10. de diciembre de 1998, publicada por el *Diario Oficial de la Federación* el 8 del mismo mes y año y cuya entrada en vigor fue a partir del propio 16 de diciembre de 1998.

¹⁵ Sergio García Ramírez y Julieta Morales Sánchez, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, México, Porrúa / UNAM, 2011, p. 90.

El Estado constitucional de derecho es el que se contruye sobre dos pilares que lo sustentan: los derechos fundamentales y la garantía de su protección (la justicia constitucional). Un Estado en el que sólo se reconozcan los derechos fundamentales pero no sea posible acudir a un medio que garantice su efectiva protección no puede preciarse de ser verdaderamente Constitucional. A decir de Diego Valadéz:

¿Cómo podría explicarse la expansión de los derechos sin su correspondiente garantía? Si esto sucediera, si el sistema consintiera la existencia de derechos sin garantía, solo nominalmente podría hablarse de Estado constitucional; se trataría de una apariencia. La esencia de los derechos fundamentales no está en su enunciado sino en su defensa efectiva. La positividad de los derechos reside en su aplicabilidad.¹⁶

Con ello, la protección efectiva de los derechos fundamentales debe garantizarse por el propio Estado mexicano mediante sus tribunales competentes, aún frente a normas contenidas en la propia Constitución.

¹⁶ Diego Valadéz, *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación (Colección 10 Años de la Novena Época. Discursos), 2005, p. 35.

LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UNA VISIÓN GLOBAL Y SU APLICACIÓN EN LAS CÁRCELES

César Barros Leal

1. Nota Introductoria

Permítanme que les cuente una anécdota, narrada por Daniel W. Van Ness sobre Steven Williams, un joven de 18 años detenido por allanamiento de morada en su ciudad natal. Mientras esperaba su juicio, fue llevado a una cárcel local, sobrepoblada. En su primer día fue advertido de que tendría que pagar por la celda que compartiría con cinco otros prisioneros. Steven nos narró que era violentado todos los días y llegó a ser vendido, como si fuera una mercancía, para los reclusos que estaban en una celda vecina. Nunca recibió ninguna asistencia médica y las visitas de sus familiares, que en las primeras semanas eran frecuentes, se volvieron escasas y después simplemente dejaron de ocurrir. Sus padres nunca aceptaron el hecho de que su hijo era un criminal. Steven tiene hoy 22 años de edad. Se volvió homosexual, usuario de drogas pesadas y después de condenado a una pena corta se involucró en un motín que causó la muerte de un custodio, un crimen que agregó varios años a su pena. Hoy tiene sida, es miembro de una de las pandillas que actúan intramuros y se convirtió en uno de los más violentos internos de la prisión.

No, definitivamente ésta no es la historia real de Steven Williams, narrada por Daniel W. Van Ness en su libro *Crime and its Victims* (El crimen y sus víctimas), publicado en 1985. La historia de Steven Williams es enteramente distinta. Él de hecho tenía 18 años cuando fue arrestado por allanamientos que ocasionaron un perjuicio de 150 000 dólares. Muchos habitantes de su ciudad, asustados, instalaron equipos de seguridad en sus casas. Poco tiempo después, Steven fue descubierto y declaró a las autoridades que había sido movido por el deseo de comprar un coche y mantener un nivel elevado de vida. La comunidad hizo entonces mucha pre-

sión sobre el juez para que le aplicara una sentencia rigurosa. Éste, sin embargo, al examinar el caso, percibió que era un primodelincuente y decidió aplicarle una pena dividida en tres partes: Primero: haría, en los fines de semana, servicios comunitarios como pintura de edificios y limpieza del parque. Segundo: debería reparar los daños causados a las víctimas, es decir, les pagaría el valor de mercado por lo que había robado y vendido. El juez le comunicó que debería vender su coche y todo lo demás que poseía, excepto sus ropas y su cama, a fin de garantizar las restituciones. Tercero: tendría que sentarse con las víctimas para hablar con ellas sobre los crímenes. Steven dijo después que el diálogo con las víctimas fue la parte más difícil de la sentencia, incluso porque muchas estaban demasiado enojadas. Una pareja tenía una colección de muebles orientales antiguos y el mueble robado por Steven, el recuerdo de un viaje que habían hecho a Europa diez años antes, era uno de los más valiosos. Para ellos, mucho más que el valor económico, el objeto tenía un valor afectivo. La pareja sugirió que él fuera a una tienda de antigüedades y comprara algo que, a su ver, podría agradarles. Steven fue a varias tiendas y finalmente encontró una mesa de café oriental con delicados dibujos de flores. Se la mostró y ellos asintieron. La pareja se sorprendió con la sensibilidad del muchacho. Él pasó a cuidar su jardín, como parte de la pena, y siempre que se veían aprovechaban para platicar. El joven muchacho llevaría mucho tiempo para cumplir su pena pero estaba contento, mientras las víctimas superaron su miedo, su furia, y sus pérdidas fueron poco a poco reparadas. Cuando los visitantes llegaban a la casa de la pareja y se admiraban de la pequeña mesa oriental, ellos decían: "Hay una historia interesante sobre esta mesa." Al fin y al cabo, dijo Daniel W. Van Ness, el muchacho se hizo responsable de sus acciones, las víctimas fueron restauradas financiera y emocionalmente y la comunidad ganó con la reconciliación.

Ésta fue, en verdad, la primera vez que tuve contacto virtual con una práctica restaurativa y me hace ahora recordar a los jóvenes de Canadá acusados de vandalismo contra algunas propiedades, en el distante año de 1974, cuya conciliación con sus víctimas inauguró esta forma singular de hacer justicia: desburocratizada, rápida, sensible, reparadora.

2. Un nuevo paradigma

Ante el fiasco unánimemente reconocido de la pena privativa de libertad, máxime en su ilusoria propuesta de rehabilitación, además de la decadencia de los modelos de control autoritarios y la notoria incapacidad del derecho penal tradicional (represivo) de vencer los desafíos de la criminalidad contemporánea, se robustece cada vez más, en el ámbito del proceso penal y de la ejecución de la pena, la percepción de que se impone un cambio profundo en el paradigma de la justicia crimi-

nal, con la adopción de nuevos conceptos, de estrategias más eficaces y legítimas, entre las cuales se incluyen las formas o vías alternativas de punición y de resolución de conflictos, en especial con medidas constructivas como la mediación, la conciliación y el arbitraje.

En este contexto, muy distinto de los patrones ordinarios de la justicia penal (que no se pretende reemplazar), de corte nítidamente disuasorio, punitivo, retributivo, en el que los actores principales son estatales —policía, fiscal del ministerio público y juez (puesto que el delito es visto como una ofensa contra el Estado), emerge de modo complementario la justicia restaurativa (JR), una experiencia relativamente reciente, definida por la ONU, que se pronunció a su favor en la Resolución n. 12, del 24 de julio de 2002, del Consejo Económico y Social, como: "Todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualquier otra persona o miembro de la comunidad afectados por un delito, participen de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador".¹

3. Puntos básicos

Teniendo como marco inicial a Nueva Zelanda, país cuyo sistema incorporó las prácticas de justicia de los nativos maoríes —y que hoy por hoy exhibe programas orientados a adultos (*community group conferences*) y menores (*family group conferences*)—, así como a Estados Unidos (donde se promovió a partir de la década de 70 el contacto cara a cara entre inculpados y sus víctimas), la JR se ha transformado en un notable ejemplo de eficacia, con base en cinco puntos básicos:

1. El encuentro: del ofensor (uno de los términos preferidos en vez de delincuente, de nítido matiz estigmatizante), de la víctima y otras personas, quienes, teniendo con ambos vínculos de afecto o atención, puedan ofrecerle su asistencia, siendo indispensable la participación de un facilitador (mediador) capacitado, con una visión clara de las reglas y principios, amén de una formación psicológica y sociológica; el encuentro permite que las personas involucradas compartan sus miedos, sus dolores y puedan juntos reflexionar sobre lo ocurrido, sus razones y sus consecuencias, y definir formas de restauración.
2. La reparación: consistente en la devolución o restitución del bien, pago monetario (indemnización), prestación de servicio a favor de la víctima (concreta) o, en su caso, a las víctimas secundarias o la comunidad. Se evalúa

¹ Principios Básicos sobre la Utilización de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal, del 7 de enero de 2002.

la toma de responsabilidad del perpetrador en lo que al perjuicio resultante se refiere, su prestación de cuentas y, además, la satisfacción de la víctima, resultando innegable que la reparación procedida de esa forma es más satisfactoria que aquella oriunda de una orden judicial formal. Dígase de paso que a los aspectos materiales se agregan los sociales, relacionales y psicológicos en un amplio proceso restaurador. Además de material, la reparación puede ser simbólica (pedido de disculpas, pruebas de pesar y de remordimiento, etcétera).

3. Reintegración: se trata en este caso no sólo del ofensor sino también de la víctima (estigmatizada en ciertos casos, a veces con complejo de culpa); la cuestión va mucho más allá de la somera tolerancia al reingreso del infractor; la propuesta es aceptar su retorno y contribuir, de modo tangible, a su enmienda, su integración productiva y completa, evitando la reincidencia.
4. Participación o inclusión: se brinda a las partes una participación activa (apoderamiento), en condiciones de igualdad, en todas las fases del proceso tras una solución de consenso, justa y certera.
5. Transformación: se busca transformar a las personas (ofensor y víctima) y a la comunidad, creando vínculos más fuertes de comprensión y solidaridad. Ello trasciende al retorno a la situación anterior, proponiéndose construir una realidad más humana, un nuevo tiempo, con menos inseguridad e injusticia, con más amor y responsabilidad individual y social.

La idea es atender a todos los involucrados: al autor del hecho delictivo, quien escapa de los maleficios de la cárcel, de la cohabitación forzada, de la prisionización, y se percata del mal causado; a la víctima, por cuanto ve que el daño (material o moral) es reparado, propende a no exhibir traumas y conoce mejor, de buena fuente, al reo, evaluando su actitud y las circunstancias que condujeron a su vida marginal y al acto delictivo; y a los miembros (afectados o no) de la comunidad, incluyendo eventualmente a los familiares y amigos de los infractores y de las víctimas, en la proporción en que éstos juegan un papel proactivo al favorecer la paz pública, contribuyendo a su reinserción social.

Uno de los principios de la Justicia Restaurativa es la voluntariedad (las partes la aceptan *sponte propria*). Además de eso, se agregan los principios de la informalidad (ninguna definición previa de formas o procedimientos amordaza a la práctica), la imparcialidad, la equidad (o sea, la igualdad entre las partes), etcétera.

Damásio de Jesús, renombrado penalista brasileño, añade: "Es fundamental reiterar que las prácticas restaurativas presuponen un acuerdo libre y plenamente

conciente entre las partes involucradas. Sin ese consenso, no habrá otra alternativa sino recurrir al procedimiento tradicional".²

Se recomienda que ocurra en un *locus* comunitario y se haga con la presencia de un mediador. Aplicable en distintas fases del proceso criminal (antes, durante o después, o sea, antes del inicio de la demanda, después de su interposición y después de la sentencia condenatoria), es sustancialmente un instrumento cooperativo de curación de heridas y traumas, de toma de conciencia, de asunción de responsabilidades, que se resume en un punto común: la convergencia de intereses hacia una solución ideal para la pacificación de las relaciones personales implicadas en el conflicto.

4. Teoría conceptual sobre la justicia restaurativa

Paul MacCold y Ted Wachtel, en su teoría conceptual sobre la JR (que, por su claridad y pertinencia, es hoy de mención obligatoria), presentada en la ponencia *En Busca de un Paradigma: Una Teoría sobre Justicia Restaurativa*, impartida en el XIII Congreso Mundial de Criminología, del 10 al 15 de agosto de 2003, en Río de Janeiro, definieron que son tres sus estructuras conceptuales, relacionadas entre sí: a) la ventana de la disciplina social; el papel de las partes interesadas; y la tipología de las prácticas restaurativas.

El conocimiento de las tres estructuras resulta esencial para que conozcamos el fundamento de esta propuesta, su funcionamiento y a los beneficiarios (primarios y secundarios).

La ventana de la disciplina social (Social discipline window)

Las personas que ejercen alguna forma de autoridad (padres, maestros, empleadores, profesionales de la justicia) tienen un desafío: el mantener la disciplina social, suponiéndose que la mejor forma de reaccionar ante un crimen sea con un castigo riguroso que consista de preferencia en la privación de libertad.

Paul McCold y Ted Wachtel, quienes establecen combinaciones de control social alto o bajo y apoyo social alto o bajo, señalaron que el control alto es caracterizado por límites muy bien demarcados y el cumplimiento riguroso de los "principios conductuales"; el control bajo, por principios imprecisos o débiles de conducta y normas de comportamiento inexistentes o poco rigurosas; el apoyo alto, por una

² Damásio de Jesús, *Justiça Restaurativa no Brasil (Justicia Restaurativa en Brasil)*. Disponible en la web.

asistencia activa y una preocupación por el bienestar; y el apoyo bajo, por la ausencia de incentivo y un interés mínimo respecto a las necesidades de orden físico o emocional.

A partir de dichas combinaciones, la Ventana de la Disciplina Social establece cuatro enfoques para reglamentar la conducta: punitivo, permisivo, negligente y restaurativo.

En palabras de Paul McCold y Ted Wachtel:

El enfoque punitivo, con control alto y apoyo bajo, se denomina también "retributivo". Tiende a estigmatizar a las personas, marcándolas indeleblemente con una etiqueta negativa. El enfoque permisivo, con control bajo y apoyo alto, se denomina también "rehabilitativo" y tiende a proteger a las personas para que no sufran las consecuencias de sus delitos. Un control bajo y un apoyo bajo son simplemente negligentes, un enfoque caracterizado por la indiferencia y la pasividad.

El enfoque restaurativo, con control alto y apoyo alto, confronta y desaprueba los delitos al tiempo que ratifica el valor intrínseco de los delincuentes. La esencia de la justicia restaurativa es la resolución de problemas de manera colaboradora. Las prácticas restaurativas brindan una oportunidad para que aquellas personas que se hayan visto más afectadas por un incidente se reúnan para compartir sus sentimientos, describir cómo se han visto afectadas y desarrollar un plan para reparar el daño causado o evitar que ocurra nuevamente. El enfoque restaurativo es reintegrativo y permite que el delincuente se rectifique y se quite la etiqueta de delincuente.³

Los autores utilizan cuatro palabras –NO (o NADA), POR, AL y CON, para identificar distintos enfoques: Siendo negligente el enfoque, NO se hará NADA en respuesta al crimen. Siendo permisivo, todo se hará POR el ofensor, tratándolo con respeto, requiriéndose muy poco en cambio y a menudo buscándose justificar la afrenta. Siendo punitivo, habrá una respuesta, una reacción, cuando se le hará algo AL ofensor (amonestación o castigo), sin esperar mucha participación activa y reflexiva de su parte. Siendo restaurativo, se asume un compromiso CON el ofensor (a efectos de su participación activa y reflexiva) y las demás personas, invitándolos a tener una participación directa en el proceso de reparación y asunción de responsabilidad.

³ *Real Justice: an IIRP Program*. Disponible en internet.

El papel de las partes interesadas (Stakeholder roles)

Esta segunda estructura define una relación entre el daño provocado por el delito con las necesidades específicas de las partes interesadas (primarias o secundarias). Esas necesidades se originaron a partir de dicho delito y con las respuestas restaurativas necesarias para satisfacerlas.

Partes interesadas primarias o principales: víctimas, trasgresores (partes directamente impactadas); padres, cónyuges, hermanos, amigos, maestros o compañeros de trabajo, quienes fueron afectados puesto que tienen un vínculo afectivo relevante con la víctima o el perpetrador del delito y constituyen las comunidades de apoyo.

Partes interesadas secundarias: vecinos o personas pertenecientes a organizaciones de carácter social, educativo, comercial o religioso, "cuya área de responsabilidad o participación abarca el lugar o las personas afectadas por el incidente"; y la sociedad, representada por funcionarios gubernamentales.

Lilia Maia de Moraes Sales y Emanuela Cardoso Onofre de Alencar, en *La justicia restaurativa como medio de resolución de conflictos penales*, agregan al respecto:

Para los autores [...], todas las partes interesadas principales necesitan de una oportunidad para expresar sus sentimientos y tener voz activa en el proceso de restauración del daño. Las víctimas son perjudicadas por la falta de control que sienten como consecuencia de la agresión. Ellas necesitan readquirir su sentimiento de poder personal. Los delincuentes perjudican su relación con sus comunidades de asistencia al traicionar sus confianzas. Para reconquistar éstas, ellos deben ser fortalecidos y así poder asumir responsabilidades por sus malas acciones. Las comunidades de asistencia cumplen sus necesidades garantizando que algo será hecho sobre el incidente, que tendrán conocimiento del acto equivocado, que serán tomadas medidas para evitar nuevas transgresiones y que las víctimas y los agresores serán reintegrados a sus comunidades.

Las partes interesadas secundarias, a su vez, por no estar conectadas emocionalmente con las víctimas o sus agresores, no deben interferir en la oportunidad de reconciliación y reparación. La respuesta restaurativa máxima que las partes interesadas secundarias deben ofrecer es apoyar y facilitar los procedimientos en los que las propias partes interesadas principales determinan lo que se debe hacer. Estos procedimientos reintegrarán a las víctimas y a los infractores, fortaleciendo la comunidad, aumentando la cohesión y ampliando la capacidad de los ciudadanos de solucionar sus problemas.⁴

⁴ Lilia Maia de Moraes Sales y Emanuela Cardoso Onofre de Alencar, *La justicia restaurativa como medio de resolución de conflictos penales*, México, Inacipe, 2010.

El proceso de interacción es vital en la satisfacción de las necesidades emocionales de las partes interesadas. El intercambio emocional necesario para satisfacer las necesidades de todas las personas directamente afectadas no resulta posible si sólo interviene un grupo de dichas partes interesadas, es decir, la participación activa de los tres grupos de partes interesadas primarias es elemental para los procesos más restaurativos. El grado según el cual toda forma de disciplina social puede ser calificada como completamente restaurativa es, en definitiva, aquel en el que las tres partes participan en intercambios emocionales significativos y en la toma de decisiones.

Se dice parcialmente restaurativo cuando las prácticas de la justicia penal incluyen sólo a un grupo de partes interesadas primarias, a ejemplo del resarcimiento económico para las víctimas por parte del gobierno. Es mayormente restaurativo cuando un procedimiento como es el caso de la mediación entre víctimas y ofensores incluye a dos partes interesadas principales, pero no incluye a las comunidades de apoyo. En fin, sólo es completamente restaurativo cuando los tres grupos de partes interesadas primarias participan activamente, como en los círculos o las reuniones de restauración.

5. Justicia restaurativa en prisión

A pesar de utilizarse primordialmente como alternativa a la prisión, la JR también se emplea en la ejecución de la pena privativa de libertad ("pos mediación de sentencia"), donde los resultados son de carácter emocional y relacional.

En Europa y los Estados Unidos (en Texas, por ejemplo) se sigue utilizando el careo entre las víctimas y los ofensores, quienes no pueden ser vistos como irrecuperables, sino como personas que son superiores al error que hayan cometido).

Las víctimas, en esta hipótesis, no están necesariamente relacionadas con sus ofensores. Por ello, dichos encuentros se denominan "sustitutos". Son diversas las razones que los justifican: se desconoce la identidad del autor del delito; es imposible tener acceso a él; o se trata de un primer paso –preparatorio– a la reunión entre víctima y agresor.

Cualquier tentativa de implantación de la JR en prisión pasa por una inmensa labor de información y sensibilización de la comunidad carcelaria (reclusos, custodios, directores, etc.) y de las víctimas, así como de los representantes de la comunidad y demás actores del proceso: abogados, fiscales y jueces. Es un largo camino que exige seriedad y competencia.

La Sociedad Carcelaria Internacional (*Prison Fellowship International*), una sociedad cristiana de naturaleza ecuménica, cuyas sedes principales están en Wash-

ington y Singapur y tiene actualmente 112 países afiliados en todo el mundo, ha desarrollado experiencias exitosas en el ámbito penitenciario.

La Confraternidad Carcelaria de Colombia –que cuenta con 22 sedes regionales– emplea una metodología denominada Árbol Sicómoro, que consiste en encuentros entre víctimas y victimarios pero no del mismo delito. Tómese como ejemplo: homicidas con personas que tuvieron a un pariente asesinado, secuestradores con víctimas de secuestros. Se persigue, por vía de esos encuentros de restauración, el conocimiento mutuo (la descubierta del otro, de sus idiosincrasias, de sus circunstancias), la pérdida del rencor, el cese del espíritu de vindicta, el perdón (simbolizado en el gesto del papa Juan Pablo II al perdonar en un presidio de Roma a su agresor)⁵ y el arrepentimiento. Se suele reunir a seis u ocho personas de cada grupo. El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) ha autorizado a la Confraternidad la implementación del programa, en este año de 2009, en seis prisiones, incluso en la penitenciaría La Picota.

Daniel W. Van Ness nos habla también de un régimen prisional restaurativo, esto es, una ejecución fundada en los principios y valores de la JR, citando como modelo a la Asociación de Protección y Asistencia al Condenado –APAC–, una notable experiencia que empezó en Brasil (país donde la JR ensaya sus primeros pasos y tramita en la Cámara de Diputados un proyecto de ley que propone cambios en el Código Penal, el Código de Proceso Penal y la Ley de los Juzgados Especiales Criminales con miras a la aplicación facultativa de procedimientos restaurativos) y que hoy se desarrolla en varios países del mundo, caracterizada por la labor de voluntarios, la ayuda mutua, la valorización humana, la disciplina y la atención religiosa. En dichas prisiones, en respuesta a la crítica formulada de que en sus programas no se involucra a la víctima, se han implantado recientemente programas de estímulo para que los reclusos trabajen su culpa, asuman la responsabilidad por sus actos delictivos y vean a sus víctimas con amor y compasión.⁶

6. Consideraciones finales

La justicia restaurativa, asentada hoy en tres modelos básicos (las conferencias familiares, en Nueva Zelanda y Australia), los círculos (en Canadá) y la mediación víctima-ofensor (en Estados Unidos, Inglaterra, Austria, Finlandia y Noruega), apuesta en la convicción de que las personas son capaces de perdonar, de aceptar al otro, de reconocer sus equívocos y de buscar participativamente una convi-

⁵ Véase Mário Ottoni, *Seja Solução, não Vítima! Justiça Restaurativa, Uma Abordagem Inovadora*, São Paulo, Cidade Nova, 2004, p. 9.

⁶ Léase el capítulo "E a Vítima?", en *Ibid.*, pp. 35-38.

vencia más armónica y respetuosa de los derechos humanos sea del ofensor, sea del ofendido.

Howard Zehar, profesor de Sociología y codirector del Center for Justice and Peacebuilding, en su obra pionera *Cambio de lentes (Changing Lenses)* decía que se trata de un cambio de lentes en una cámara fotográfica: la imagen es la misma pero cada uno de los lentes la capta desde ángulos y perspectivas distintas. Aquí las preguntas clásicas ¿Quién cometió el delito? ¿Cuáles leyes fueron violadas? ¿Cuál es la pena a ser aplicada?, son reemplazadas por nuevos interrogantes: ¿Quién sufrió el daño? ¿Cuáles son sus necesidades en este exacto instante? ¿De qué modo podemos ayudarlo?

Como forma particular e innovadora de resolución de conflictos, una imposición del *aggiornamento* del derecho y de la política criminal, la JR es, tal y como hemos visto, nítidamente transformadora, por su capacidad de sanar las heridas físicas y morales, restablecer relaciones y reincorporar a la víctima y al victimario a la sociedad. Así, por su conveniencia, sus logros positivos, debe ser implementada, incluso en el interior de los centros penitenciarios, para que se alcance, en todas partes, el equilibrio que sólo es posible a partir del conocimiento mutuo, del diálogo transparente, de la tolerancia hacia el prójimo y del poder purificador de la verdad.

Sin presentarse como una panacea (algunas personas no la aceptan y no se la recomienda para delincuentes habituales y sexuales, hipótesis que se reservarían a la justicia común) preocupada por los daños infringidos y las consecuencias producidas por la trasgresión, la JR resulta ser, en definitiva, una opción válida (la Declaración de Bangkok destacó la importancia de avanzar en su desarrollo), una alternativa más célere y más barata⁷ que la cárcel —ésta, una institución medieval, perversa, nociva, que se ha revelado como un error histórico, lo cual nos remite a Schwitzgebel, quien inauguró la experiencia de la vigilancia electrónica a distancia en Estados Unidos: “Algún día las prisiones serán museos o monumentos a la inhumanidad y a la ineficacia del castigo social”.⁸ Un vaticinio semejante hizo la poetisa brasileña Cora Coralina: “Y los hombres inmunizados contra el crimen, ciudadanos de un nuevo mundo, contarán a los niños del futuro historias absurdas de prisiones, celdas, altos muros de un tiempo superado”.

⁷ Para Francisco Anadi Ferreira, los principios de la justicia restaurativa son: voluntarismo, consensualidad, complementariedad, confidencialidad, celeridad, ahorro de costos, mediación y disciplina (véase *Justicia restaurativa: naturaleza, finalidades e instrumentos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 29).

⁸ En Anna Vitorès y Miquel Domènech, “Tecnología y poder: un análisis foucaultiano de los discursos acerca de la monitorización electrónica”, *Forum Qualitative Social Research*, vol. 8, núm. 2, mayo 2007, disponible en <<http://www.qualitative-research.net/fqs>>.

JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL: UN ACERCAMIENTO DESDE UNA PERSPECTIVA GARANTISTA

Edgar Gómez Jaimes

1. Introducción

Dentro de la historia de la humanidad han existido innumerables actos cometidos en su contra, tales actos han exaltado a la comunidad internacional con el único fin de que las conductas criminales no queden impunes, en este sentido, distintos tribunales nacionales han invocado el principio denominado jurisdicción universal para poder juzgar a los autores de las conductas criminales, dicha actitud de las jurisdicciones nacionales es ejecutada en representación de la comunidad internacional en su conjunto y no solamente en representación del Estado juzgador.

Por su parte los crímenes internacionales son esa vertiente de conductas criminales susceptibles de ser perseguidas universalmente por la comunidad internacional en su conjunto. Estos crímenes han sido considerados como una amenaza para la paz y la seguridad de la humanidad, considerando a tales (paz y seguridad de la humanidad) como bienes jurídicos de interés superior,¹ de ahí la naturaleza de su susceptibilidad para ser perseguidos los crímenes internacionales con base en la normatividad del Sistema Penal Internacional por medio de jurisdicciones nacionales bajo el principio de jurisdicción universal.

¹ Este bien jurídico de interés superior es entendido como los bienes jurídicos más importantes pertenecientes a la comunidad internacional y cuya lesión amerita la intervención del derecho penal, en este caso del derecho penal internacional.

En el presente artículo se enunciarán en un primer momento los aspectos generales de la jurisdicción universal, esto significa que se partirá de la descripción de un concepto básico y la posterior identificación del lugar en el que se sitúa dentro del derecho penal internacional para después demostrar la validez formal del principio, así como sus alcances. Toda la situación anterior analizada desde la postura garantista, tal y como se advierte en las consideraciones previas.

2. Concepto

El principio de jurisdicción universal ha sido un principio invocado por distintos tribunales nacionales para el juzgamiento de presuntos criminales internacionales,² este principio se basa en la suposición de que algunos crímenes sean condenados internacionalmente de tal forma que los autores son los enemigos de toda la humanidad. Por lo tanto, cualquier nación tiene la custodia de los autores para castigarlos según su ley aplicable a tales ofensas. Este principio es una salida de la regla general que "el carácter de un acto catalogado como legal o ilegal debe ser determinado según la ley del país donde el acto es hecho",³ según la Comisión de Derecho Internacional de la ONU se consuma un crimen de derecho internacional toda vez que existe una "violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguarda del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio y el apartheid".⁴ En el mismo sentido, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha emitido distintas resoluciones subrayando la importancia de adoptar todas las medidas posibles y necesarias para que los autores de las graves violaciones a las obligaciones internacionales respondan ante la justicia con el propósito de poner fin a la impunidad.⁵

² Véase: *The Attorney General of the Government of Israel vs. Adolf Eichmann; Demjanjuk vs. Petrovsky*. Existen otros casos en el que los responsables no son juzgados con base en el principio de jurisdicción universal como son los casos de Klaus Barbie ante la Corte de Casación Francesa (1987) o los casos de Augusto Pinochet, Miguel Ángel Cavallo, llevados ante la Audiencia Nacional de España, pero que aportan argumentos para la validación del principio de jurisdicción universal.

³ *Demjanjuk vs. Petrovsky* (1985) el texto dice: "This universality principle is based on the assumption that some crimes are so universally condemned that the perpetrators are the enemies of all people. Therefore, any nation which has custody of the perpetrators may punish them according to its law applicable to such offenses. This principle is a departure from the general rule that 'the character of an act as lawful or unlawful must be determined wholly by the law of the country where the act is done'". Consultable en Cherif Bassiouni, *International Criminal Law: Cases and Materials*, 2a. ed., Carolina Academic Press, 2000. p. 161.

⁴ Proyecto de Código sobre la Responsabilidad de los Estados, aprobado en su primera lectura en 1996, artículo 19, 3, c.

⁵ Dichas resoluciones son E/CN.4/RES/1997/61; E/CN.4/RES/1998/53; E/CN.4/RES/1999/34.

De lo anterior se desprende que después de establecer un proceso de creación de la norma penal internacional, la cual debe tener una validez formal y una validez sustancial, y que va a generar una obligación internacional (en el que caso de una Norma Penal Internacional la obligación consiste en la prohibición de conductas que lesionen o pongan en riesgo grave a bienes jurídicos penales internacionales concretizada en un tipo penal), en caso de ser violada se abre la posibilidad que un tribunal pueda juzgar a los autores de los crímenes internacionales (que son quienes vulneran a la Norma Penal Internacional al lesionar o poner en riesgo grave al bien jurídico penal que protege el tipo penal) pues dicha conducta atenta contra un bien jurídico de interés superior.

Esta concepción del principio de jurisdicción universal determina que, sin importar el lugar de la comisión del crimen, la nacionalidad o residencia habitual –tanto del sujeto activo como del sujeto pasivo– un tribunal puede declarar su competencia para someter a la acción de la justicia a los sujetos que lesionen o pongan en riesgo grave un bien jurídico penal internacional que este protegido por un tipo penal internacional.

3. Principios para ejercer la competencia dentro del derecho penal internacional

La posibilidad anterior –de juzgar al presunto criminal– trasciende las líneas entre tribunal-criminal-víctima, es decir, el tribunal nacional será competente sin importar que éste no sea competente territorialmente (que la conducta no haya sido cometida en el territorio del Estado que va a ejercer su jurisdicción sobre individuo),⁶ el tribunal nacional será competente sin importar que el autor no esté sujeto a su orden jurídico (que la conducta no haya sido cometida por un nacional o un residente del Estado que va a ejercer su jurisdicción sobre el individuo);⁷ y que el Estado no haya tenido una esfera jurídica competencial para la protección del bien jurídico de la víctima (que la víctima no haya sido nacional o residente del Estado que va a ejercer su jurisdicción contra el individuo).⁸

⁶ Cfr. Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford, 2003. Cassese, en el título respectivo, hace referencia al principio de territorialidad como el principio básico para juzgar la comisión de un crimen en el territorio de un Estado; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6a. ed., Oxford, 2003, p. 299.

⁷ Cfr. A. Cassese, *International Criminal Law*, p. 281; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, p. 301.

⁸ Cfr. A. Cassese, *International Criminal Law*, p. 282; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, p. 302.

De lo anterior se desprende que la jurisdicción universal está situada en un principio jurisdiccional distinto a los conocidos habitualmente (territorialidad, personalidad activa, personalidad pasiva), pero este principio, dadas sus características, puede ser considerado, no como un principio autónomo, sino correlativo, es decir, como parte integral del principio de protección de un interés.

Principio de protección de un interés

El principio para ejercer la competencia "protección de un interés" está basado en el interés jurídico particular que tiene un Estado para el juzgamiento del autor de un crimen para proteger un interés nacional, en este sentido, la comunidad internacional, al expresar el descontento con la autoría de los crímenes internacionales y, más aún, con la impunidad de tales crímenes, demuestra el interés⁹ que tiene la comunidad internacional en su conjunto para juzgar estas conductas y esto puede y es, en ocasiones, al invocar el principio de jurisdicción universal; dicho de otra manera, debido a la lesión que sufre el bien jurídico de interés superior, la no impunidad de esta conducta radicaría en la comunidad internacional, siendo facultativo el ejercicio de la jurisdicción universal al Estado que cumpla con los límites para ejercitar ésta y que, en representación de la comunidad internacional, se interese por iniciar un proceso. Es decir, se replantea el principio de protección de un interés, que tiene un sentido particular (debido a que busca la protección de un interés nacional-particular de un Estado) para transformarlo en un principio general, importando así a la comunidad internacional en su conjunto.

Principio de protección de un interés universal

Este principio es entendido como el principio de jurisdicción universal,¹⁰ pero se nombra de esta manera debido a la protección que este principio brinda.

La justificación está encuadrada en la universalidad, ya que una jurisdicción no puede ser universal sin dar una justificación competencial de por qué dicha jurisdic-

⁹ Éste no es un interés nacional-particular debido a la trascendencia que tiene para la comunidad internacional. Debido a esta situación la importancia del interés demostrado lo convierte en un *interés superior*.

¹⁰ Cfr. Ma. Dolores Bollo Arocena, *Derecho internacional penal: estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, España, Universidad del País Vasco, 2004, p. 352. En el libro se discute acerca del nombramiento de la Jurisdicción universal como tal, dicha cuestión sirve para conocer las razones del por que se denomina jurisdicción universal, sin embargo, en la presente investigación se determinó que se denominaría *principio de protección de un interés universal*.

ción va a ser universal. En este sentido, la justificación de la jurisdicción universal recae sobre el interés que la propia comunidad internacional constituye al momento de establecer la no impunidad de esa conducta, por consecuencia, lo que es universal es el interés de la comunidad internacional y no la jurisdicción *per se*. En ese mismo sentido, ese interés también es reflejado en la búsqueda de protección del bien jurídico de interés superior, puesto que al ser superior el interés, es traducido en la universalidad de su protección y el interés que esta protección genera, así como en la legitimación de la actuación de un tribunal, para la protección de aquel bien jurídico.

Esta afirmación de que la universalidad del interés de juzgar al probable criminal internacional para que la conducta no quede impune es reflejada en el encuadramiento del bien jurídico (que en este caso es un bien jurídico penal internacional) y la lesión que éste haya sufrido.

Esto significa que la jurisdicción universal es un principio mal situado dentro del derecho internacional, en general, y dentro del derecho penal internacional, en concreto, pues este principio es justificado en un interés superior de la comunidad internacional, debido a la naturaleza de los crímenes por los que se activa, razón por la cual encuadraría dentro del principio de protección de un interés, siendo denominado principio de protección de un interés universal. Esta situación es visible en cualquier argumentación de la justificación del principio de jurisdicción universal ya que se hace referencia a esa protección de un interés de la comunidad internacional.

Aunque esta aclaración del interés superior no es suficiente, se parte también de la idea reaccionaria del derecho penal garantista, es decir, que éste actúa cuando se lesionan los bienes jurídicos o en protección de bienes jurídicos.¹¹ Al identificar la norma en el derecho penal internacional, se identifica también el bien jurídico que protege la norma, dicho bien jurídico es un bien jurídico de interés superior (o bien jurídico penal internacional), es decir, trasciende a la comunidad internacional y no importa sólo a un particular (un Estado o un individuo), por lo que cualquier jurisdicción doméstica puede, en reacción a la lesión del bien jurídico de interés superior, mediante la jurisdicción universal, proteger ese bien jurídico.

El principio de protección de un interés universal (jurisdicción universal) parte de la base de que se le atribuye jurisdicción a los tribunales de todos los estados en razón de la naturaleza misma del delito involucrado.¹²

¹¹ Véase Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 2002 pp. 472-473; Cfr. Gunther Jackobs, *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001.

¹² Hugo Relva, *La jurisdicción estatal y los crímenes del derecho internacional*, disponible en <<http://www.iccnw.org/espanol/articulos.htm>>, consulta: 9 de diciembre de 2005.

A este respecto, el Tribunal Supremo Español nos dice que existe una necesidad de intervención jurisdiccional conforme al principio de justicia universal para perseguir de modo efectivo el delito o crimen de carácter universal cometido en un determinado Estado. En este sentido puede hablarse de un principio de necesidad de la intervención jurisdiccional, que se derivan de la propia naturaleza y finalidad de la justicia universal.¹³

Es decir, la naturaleza del delito determina la jurisdicción del tribunal que puede juzgar a los probables criminales, pero el problema está en determinar cómo la naturaleza de un crimen determina la jurisdicción de un tribunal.

Para determinar lo anterior podemos partir de la base de que el derecho penal, en general, tiene como función la protección de bienes jurídicos cuya suma constituye el orden social creado y protegido por el derecho, aquellos bienes vitales más importantes frente a las formas más graves de agresión. Del mismo modo, el derecho penal internacional protege, de los bienes vitales que constituyen el orden internacional, aquellos que son más importantes frente a las formas de agresión más graves.¹⁴

Entonces, al identificar el bien jurídico que se pretende proteger, se cae en la cuenta de que, dentro del derecho penal internacional, el bien jurídico protegido es de interés superior (bien jurídico penal internacional) y, al ser vulnerado este bien jurídico de interés superior, entra el mecanismo sancionador del derecho penal internacional, que, en una de sus facetas, es reflejado por las jurisdicciones domésticas mediante el principio de protección de un interés universal determinando con ello la jurisdicción de los tribunales domésticos para poder sancionar la conducta agresora del bien jurídico de interés superior.

Para entender la posición anterior, tomando como referencia las fuentes de derecho internacional,¹⁵ analizaremos cómo se puede demostrar ese interés superior por medio no de las fuentes de derecho internacional, sino del consenso de la comunidad internacional que éstas demuestran para la aceptación de una norma en concreto.

Determinación del interés superior del bien jurídico penal internacional

Para demostrar el interés superior de la comunidad internacional, es importante remitirnos a una cuestión de fuentes del derecho internacional, no para

¹³ Sentencia 20-may-03 del Tribunal Supremo Español sobre el caso de Perú por genocidio. Sentencia N. 712/2003.

¹⁴ Alicia Gil Gil, *Derecho penal internacional*, España, Tecnos, 1999, pp. 27-28.

¹⁵ Al respecto Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Brownlie nos habla acerca de las fuentes del derecho internacional y del porque el artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia contiene fuentes de derecho internacional, este autor no circunscribe todas las fuentes del derecho internacional al artículo 38, sino que nos habla de un *soft law*.

emplearlas directamente, más bien para demostrar el consenso que estas expresan. Es necesario hacer esta referencia para demostrar la validez formal que tiene el ejercicio de la jurisdicción universal, esto es, darle una legitimidad a la jurisdicción universal.

Antes de ello debemos saber que la validez formal se comprueba mediante la expresión de las voluntades internacionales al crear tratados internacionales o normas de costumbre que reflejen el interés de proteger un bien jurídico penal internacional teniendo que respetar de manera adecuada el límite de la misma, el cual es la validez sustancial.

Dentro de los tratados internacionales,¹⁶ el factor que se encuentra para demostrar ese interés superior de un bien jurídico es su relación con las normas de costumbre internacional, es decir, son dos factores principales: uno, que el tratado haya codificado normas de costumbre internacional; el otro, que el tratado internacional se haya convertido en una norma de costumbre internacional.

Ello determina que el consenso de la comunidad internacional, que sirve para comprobar el interés superior, también es dado por normas convencionales, y que, al igual que las normas de costumbre internacional, es necesario una aceptación internacional a tal magnitud que sea considerada una norma general de derecho internacional.

En este orden de ideas, en principio, es necesario recordar cómo es la creación de normas de costumbre internacional (una práctica generalizada y una aceptación de ésta como derecho).¹⁷ Para demostrar la *opinio iuris* (aceptación de la práctica generalizada como derecho) es fundamental que se analicen los tratados internacionales que ayudan a originar esta norma de costumbre,¹⁸ es decir, un Estado al hacerse parte de un tratado internacional está expresando el interés que tiene de que las disposiciones del tratado se cumplan. Por ello, al elevarse un simple consenso o una norma convencional en una norma de costumbre internacional o en una norma general de derecho internacional, refleja el interés de la comunidad internacional para cumplir con esas disposiciones. De esta manera, al expresarse el consenso para la sanción de conductas que constituyan crímenes internacionales (ya sea que se concreticen como normas de costumbre internacional o normas convencio-

¹⁶ Definido en el artículo 2 de la Convención de Viena para el Derecho de los Tratados de 1969.

¹⁷ I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, p. 6.

¹⁸ Cfr. Caso Plataforma de Mar del Norte de 1969 de la Corte Internacional de Justicia, en el punto relativo a *El principio de la equidistancia no es una norma del derecho internacional consuetudinario*. En este caso la Corte tuvo que pronunciarse sobre las cuestiones relativas a la naturaleza del Derecho Internacional Consuetudinario y dijo: "...a very widespread and representative participation in a convention might show that a conventional rule had become a general rule of international law..." (una participación muy amplia y representativa en una convención podía mostrar que una norma convencional se había convertido en una norma general de derecho internacional).

nales) es facultad del Estado, en protección de ese interés superior, reaccionar de tal manera siendo viable accionar el sistema penal, en este caso, del sistema penal internacional.

Cabe hacer la aclaración de que las normas de costumbre internacional deben proteger un bien jurídico penal, es decir, teniendo en consideración el carácter de ultima ratio del derecho penal general.

En este sentido, la jurisdicción universal va a reaccionar de manera legítima para proteger ese interés superior de la comunidad internacional (que se expresa al convertir los consensos estatales en normas generales de derecho internacional, ya sean consuetudinarias o convencionales) cuando dicho interés se vea actualizado, es decir, cuando haya una lesión o riesgo grave a un bien jurídico penal internacional. Esta jurisdicción protege dicho interés y no aparece de pronto para poder invocarse.

Entonces, por medio del consenso que tienen los Estados para proteger un bien jurídico de un interés superior se puede determinar la facultad de las jurisdicciones domésticas para poder sancionar la conducta lesiva de ese bien jurídico.

Con lo anterior no se está nombrando a la jurisdicción universal como una norma de costumbre internacional o como una norma convencional, sino que se hace una equivalencia entre el interés de un Estado para sancionar las conductas lesivas de un bien jurídico penal internacional y no el sólo castigarlo por el hecho de imponer una sanción o de satisfacer la venganza que amerita el castigo de la conducta criminal sin importar cual sea la manera de llegar a ella.

El ejercicio de la jurisdicción universal, que en un principio careciera, por su propia naturaleza, de algún sustento jurídico, se establece mediante el vínculo jurídico entre el autor y el bien jurídico penal internacional lesionado, por una parte, y el interés de la comunidad internacional para que dicha conducta no quede impune, por la otra. Esto es, un ejercicio de legitimación para el ejercicio de la jurisdicción universal, por un lado (validez formal de la jurisdicción universal), y la validez sustancial de la Norma Penal Internacional, por otro lado.

Lo anterior nos lleva a decir que la determinación de un crimen gira en torno al bien jurídico respecto del cual se establece la protección de la norma penal. En el caso de los crímenes internacionales, la protección que se le brinda al bien jurídico penal internacional recae sobre la importancia de este bien jurídico, que en consecuencia (para determinarlo como crimen internacional) es una conducta reprochable por la comunidad internacional y de conformidad con el propio actuar de esta comunidad internacional, esto es, que se parte del comportamiento de los Estados para determinar la creación de una norma penal que brinde protección al bien jurídico que la comunidad internacional crea conveniente. Pero la cuestión del bien jurídico no sólo repercute en una situación de política criminal sino que para que la

protección al bien jurídico exista, éste tiene que tener un referente en el derecho internacional.¹⁹

En conclusión, el establecimiento de una norma penal para la protección de un bien jurídico penal internacional repercute, en forma fundamental, en dos cuestiones: la política criminal internacional, es decir, los aspectos de concordancia de los Estados y de la comunidad internacional en su conjunto para el establecimiento de la norma; y la referencia dentro del derecho internacional del bien jurídico que se pretende tutelar.

El principio de protección de un interés universal y su relación con otros principios para ejercer la competencia

Debido a la naturaleza del crimen, en este caso crimen internacional, es en donde entra el poder punitivo del derecho penal, en este caso del derecho penal internacional, esto es, por medio de jurisdicciones nacionales o jurisdicciones internacionales.

Esto permite la reflexión en la validez formal (o legitimidad) que tienen los principios para ejercer competencia al momento de accionarse, pero aún más allá, permite hacer un análisis de los contenidos que poseen las normas formalmente válidas, cuestión que tiene que ver con la vigencia o existencia de la misma.²⁰

Por ello, después de la comprobación de la legitimidad (o validez formal de la existencia) que tiene la creación de una norma que permita la intervención del derecho penal internacional mediante un mecanismo de protección de bienes jurídicos penales internacionales como lo sería el principio de protección de un interés universal, precisamente por la existencia de ese interés superior de protección al bien jurídico (cuestión que revisamos en los apartados anteriores); corresponde el análisis de la validez sustancial de la existencia de la norma, es decir, el análisis del contenido material que determina la facultad para accionar este mecanismo de protección, así como la interacción de dicho mecanismo (traducido en aquel principio para ejercer la competencia) con otros de la misma naturaleza.

Para iniciar el análisis es pertinente retomar algunas cuestiones enunciadas con anterioridad.

Por lo que respecta a la validez sustancial de la Norma Penal Internacional, recordar que la validez sustancial del contenido es dada por lo que se establece dentro del tipo penal internacional (el contenido del tipo penal), es decir, que el tipo pe-

¹⁹ Javier Dondé hace referencia a las fuentes del *bien jurídico penal internacional* y que éstas deben encontrarse dentro del ámbito internacional.

²⁰ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Trotta. 2004, p. 21.

nal internacional proteja un bien jurídico penal internacional; que la validez formal del contenido se expresa en que el bien jurídico penal internacional tenga un referente dentro del derecho internacional, es decir, que parta de una de las fuentes del bien jurídico penal internacional; y que esta validez sustancial es el límite de la validez formal.

Por lo que respecta a la validez formal, que la validez formal de la existencia es establecida en la necesidad de protección de aquel bien jurídico penal internacional, es decir, el interés superior que establece la legitimidad de actuación del poder punitivo del derecho penal internacional, y que la manera de traducir el poder punitivo del derecho penal internacional es mediante la actualización de los principios para el ejercer la competencia (principios de entre los cuales se encuentra el principio de protección de un interés universal).

Después de recordar lo anterior, es necesario determinar que para que haya una validez sustancial de la existencia debe existir una norma penal que prohíba e incrimine determinada conducta²¹ y que se establezca la sanción que cabría imponer al individuo responsable de la misma; y que exista una norma que atribuya al tribunal la competencia para conocer de ese asunto,²² esto significa, que para que se demuestre una validez sustancial de la existencia es necesario que haya un respeto adecuado al principio de legalidad penal.²³

Si bien queda demostrada tanto la validez formal como la validez sustancial de la norma penal internacional,²⁴ al momento de concretizar la primera mediante la actuación del poder punitivo del derecho penal internacional se crean graves confusiones, y es debido a los múltiples principios para ejercer la competencia de los cuales el dicho poder punitivo puede valerse, y no sólo eso, sino la correlación y coexistencia que hay entre ellos.

²¹ Esta norma penal que prohíba e incrimine la conducta debe proteger un bien jurídico penal, en este caso, un bien jurídico de interés superior, es decir, poseer una validez sustancial (esta validez se traduce en sus elementos constitutivos que son una validez formal del contenido y como una validez sustancial del contenido). Es por ello que la validez sustancial es el límite de la validez formal, si esa norma que prohíba o incrimine la conducta no protege un bien jurídico penal internacional no habría validez de la norma ni legitimidad en la intervención del poder punitivo del derecho penal internacional.

²² Esta norma que atribuya de la competencia del tribunal debe demostrar su validez formal, es decir, que se legitime la intervención del tribunal (validez formal de la existencia) y que exista la norma penal que prohíba o que incrimine la conducta (validez sustancial de la existencia).

²³ Para un mayor acercamiento al principio de legalidad penal véase Javier Dondé Matute, *Principio de legalidad penal: perspectivas del derecho nacional e internacional* (en prensa).

²⁴ Es decir, tanto de la tipificación de la conducta lesiva del bien jurídico penal internacional, como de la intervención punitiva del derecho penal internacional.

Por ello, desarrollaremos en los puntos siguientes la relación que existe entre el principio de protección de un interés universal y los principios de territorialidad, de complementariedad²⁵ y *aut dedere aut judicare*.

Relación con el principio de territorialidad

La extensión del territorio (espacio sobre el que el Estado ejerce su soberanía) es lo que delimita la validez espacial del ordenamiento jurídico de cualquier Estado,²⁶ esto determina que el lugar del delito es el lugar de la pena.²⁷

Sin embargo, la persecución de un crimen internacional no es exclusiva del lugar en donde tal acto se realizó, aunque es verdad que en todos los sistemas legales es fundamental el carácter territorial del derecho penal, no es menos cierto que todos, o casi todos estos sistemas extienden su jurisdicción a delitos cometidos más allá del territorio del Estado. La territorialidad del derecho penal no es, en consecuencia, un principio absoluto del derecho internacional y de ningún modo coincide con la soberanía territorial.²⁸

Sin embargo, de lo anterior no se desprende la relación que existe entre el principio de territorialidad y el principio de protección de un interés universal, y si habría alguna jerarquía entre tales principios, al respecto en España la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) establece como exigencia para admitir una querrela por jurisdicción universal la acreditación plena de la inactividad o ineffectividad de la persecución penal por parte de la jurisdicción territorial,²⁹ situación que incluso ha sido reafirmada en el caso de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Español en el caso relativo al genocidio en Perú.³⁰ Esta situación no hace concluir que tiene

²⁵ Principio correspondiente al ejercicio de la Competencia de la Corte Penal Internacional. De conformidad con el preámbulo párrafo décimo, artículo 1 y 17 del Estatuto de Roma.

²⁶ Frederick Alexander Mann, *The Doctrine of Jurisdiction Revisited After Twenty Years*, La Haya, Recueil de Cours, 1984, p. 186. Cfr. Jan-Michael Simón, "Jurisdicción Universal la perspectiva del derecho internacional público". Ponencia presentada en el *Encuentro Interdisciplinario sobre Jurisdicción Universal* celebrado del 1 al 5 de octubre de 2001 en México (Universidad Iberoamericana).

²⁷ Véase César Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, México, Porrúa, 2002, pp. 10-12, 35-36. Beccaria explica que entender a la justicia como el vínculo para tener unidos los intereses de los particulares, y agrega que cualquier delito, aunque privado, ofende a la sociedad y con ello destruyen el ideal de justicia. Así, el derecho de castigar que reside en el soberano radica en la lesión que causa a la sociedad y la representación que tiene el soberano de la misma.

²⁸ Sentencia del *Caso Lotus* (Francia vs. Turquía), 7 de septiembre de 1927 (C.P.J.I., Serie A, no. 10), p. 20.

²⁹ Artículo 23.4 de la LOPJ.

³⁰ Sentencia N. 712/2003 *En el auto impugnado se acepta como límite al principio de persecución universal al criterio de subsidiariedad, de forma que la intervención de la jurisdicción en materia de persecución de genocidio cometido en país extranjero solamente estaría justificada en defecto de las juris-*

una cierta superioridad el principio territorialidad respecto al principio de protección de un interés universal.

Relación con el principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional

La jurisdicción de la CPI es complementaria a las jurisdicciones internas,³¹ esto significa que la Corte Penal Internacional declarará inadmisibile un asunto cuando el asunto sea objeto de investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo.³²

En este sentido podría pensarse que una jurisdicción ejercitada universalmente por un Estado tendría un carácter primario ante la CPI para conocer de determinado asunto, puesto que se acredita la facultad legítima del ejercicio de su jurisdicción (cuestión que se ha expuesto a lo largo de la investigación).

Sin embargo, España, que ha ejercido el invocado en distintas ocasiones el principio de jurisdicción universal hace una aportación importante dentro de la doctrina en el caso de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Español en el caso relativo al genocidio en Perú. En ese caso se establece como límite al principio de persecución universal al criterio de subsidiariedad, de forma que la intervención de la jurisdicción en materia de persecución de genocidio estaría justificada en defecto de las jurisdicciones inicialmente competentes, es decir, una Corte Penal Internacional que sea competente.³³

En el sentido de esta sentencia, la Corte Penal Internacional tendría una jurisdicción complementaria de las jurisdicciones nacionales, y en caso de contradicciones entre el principio de protección de un interés universal y el principio de complementariedad, el primero sería subsidiario del segundo.

Relación con el *aut dedere aut judicare*

Esto permite tener una distinción entre el principio de protección de un interés universal y el *aut dedere aut judicare*, esta distinción consiste en una naturaleza jurídica distinta.

dicciones inicialmente competentes según el convenio, es decir, los tribunales del Estado cuyo territorio el acto fue cometido o una CPI que sea competente respecto de aquellas partes contratante que hayan reconocido su jurisdicción.

³¹ De conformidad con el preámbulo párrafo décimo, artículo 1 y 17 del Estatuto de Roma.

³² Artículo 17.1 a) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

³³ Sentencia N. 712/2003.

Mientras que el principio de protección de un interés universal se establece para la protección de un bien jurídico penal internacional, el *aut dedere aut judicare* parte de una obligación contractual por parte de los Estados. Es decir, que dicho principio se encuentra contenido en distintos instrumentos internacionales y consiste, por tanto, en la obligación que, *ab initio*, tiene todo Estado Parte en el Tratado de buscar al presunto criminal y de ponerle a disposición de las autoridades judiciales competentes para su enjuiciamiento.³⁴ El Tratado explica la obligación previa de investigar el lugar en el que se encuentra el presunto criminal, así como la de proceder a su enjuiciamiento si el mismo resulta aprehendido.³⁵ Sin embargo, y no obstante lo anterior, la obligación de enjuiciamiento quedaría neutralizada si el Estado decidiera proceder a la extradición del individuo a otro Estado Parte que hubiera formulado cargos suficientes contra la persona en cuestión.³⁶

Si bien es cierto que esta cláusula contractual puede ser establecida sobre ciertos crímenes internacionales,³⁷ no es un requisito existencial de la misma, puesto que puede versar sobre conductas delictivas que no constituyen crímenes internacionales³⁸ (por que estas normas penales no protegen un bien jurídico penal internacional).

En concreto, el principio de protección de un interés universal y el *aut dedere aut judicare* son de una naturaleza jurídica distinta, debido a que existen conductas que constituyen crímenes internacionales que por ese sólo hecho permiten el ejercicio del principio de protección de un interés universal y que, sin embargo, no permiten el ejercicio del *aut dedere aut judicare* porque esta cláusula contractual no existe dentro de un tratado internacional para tal crimen.

Otra cuestión es que el *aut dedere aut judicare* debe ser comprobado, es decir, se debe demostrar la existencia de la norma jurídica internacional que permite su

³⁴ M. D. Bollo Arocena, *Derecho internacional penal: estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, p. 353.

³⁵ *Idem*.

³⁶ *Idem*.

³⁷ Por ejemplo, sobre las infracciones graves de los IV Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949. Artículo 49, 50, 129, 146 de la I, II, III y IV Convención de Ginebra, respectivamente. Mismas que se consideran crímenes internacionales (artículo 8.2.a del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional).

³⁸ Por ejemplo, conductas como: falsificación de moneda (artículo 90. del Convenio de Ginebra sobre la falsificación de moneda de 1929), actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (artículo 70. del Convenio de Montreal para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil); tráfico ilícito de estupefacientes o *narcotráfico* (artículo 36.2.a.iv de la Convención de Nueva York sobre estupefacientes de 1961, artículo 22.2.a.iv del Convenio de Viena sobre sustancias psicotrópicas de 1971, artículo 4.2.b de la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988) e incluso el terrorismo. Si bien estos dos últimos estuvieron en discusión para su incorporación como crímenes internacionales dentro del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en la actualidad no constituyen crímenes internacionales. Véase Javier Dondé, *Tipos penales en el ámbito internacional*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2006, pp. 147-153.

ejercicio (no dentro de su ámbito interno, como podría ser una norma de competencia judicial, sino su obligación internacional de realizar aquella conducta).³⁹

Situación que no ocurre con el principio de protección de un interés universal, ya que no es necesario comprobar su ejercicio o justificar su acción por un compromiso u obligación internacional, sino que por su naturaleza (que es una facultad de perseguir conductas que vulneren bienes jurídicos penales internacionales). Sin embargo, deben de legitimar su ejercicio por medio de una validez formal⁴⁰ (tanto formal como sustancial de la existencia).

Lo anterior nos hace determinar la distinta naturaleza jurídica entre un principio y otro, teniendo una zona en común, la cual se ve reflejada en cuanto ambos pudieran versar sobre crímenes internacionales.

5. Conclusión

Podemos resumir que la estructura para determinar la validez y existencia de las normas sobre la producción jurídica se expresa así:

I. Normas sobre la producción jurídica:

1. Validez sustancial (referente al contenido):

- a) Validez formal del contenido.
- b) Validez sustancial del contenido.

2. Validez formal (referente a la existencia):

- a) Validez formal de la existencia.
- b) Validez sustancial de la existencia.

En donde 1.b) es el límite de 2.

Y al utilizar esa misma estructura para establecer al derecho penal internacional como un derecho penal garantista, se determina que:

II. Normas sobre la producción jurídica del derecho penal internacional:

- 1. Validez sustancial (referente al contenido). Hace referencia al contenido de la norma penal internacional, es decir, lo que establece el tipo penal internacional, que debe ser una protección al bien jurídico penal internacional:

³⁹ En esto no debe dejar de observarse los requisitos internos, como puede ser la existencia de la conducta delictiva.

⁴⁰ Esto hace referencia a la existencia de norma competencial que permita su ejercicio y tipificación de las conductas sancionables.

a) Validez formal del contenido. Que el bien jurídico penal internacional tenga un referente dentro del derecho internacional, esto es, que emerja de una de las fuentes del bien jurídico penal internacional.

b) Validez sustancial del contenido. Que la norma creada proteja a un bien jurídico penal internacional.

2. Validez formal (referente a la existencia). Tiene que ver con la legitimación de la actuación de un mecanismo de protección de un bien jurídico penal internacional:

a) Validez formal de la existencia. Que se compruebe la legitimación de la actuación al demostrar la misma en función de un interés superior.

b) Validez sustancial de la existencia. Que se satisfaga con el principio de legalidad penal.

En donde 1.b) es el límite de 2.

Como hemos observado antes, los mecanismos para proteger el bien jurídico penal internacional, que se identifican con los principios para ejercer la competencia penal internacional, son:

1. Principio de territorialidad.
2. Principio de personalidad.
3. Activa.
4. Pasiva.
5. Principio de protección de un interés.
6. Interés nacional.
7. Interés universal.
8. Principio de complementariedad.

En general, un sistema penal internacional garantista debiera satisfacer los criterios anteriores. En concreto, para establecer el ejercicio de la competencia penal internacional, a saber, mediante el principio de protección de un interés universal debiera satisfacer los requisitos de validez formal de las normas sobre la producción jurídica.

A manera de conclusión, es importante señalar que es viable una transformación del sistema penal internacional actual, cuya práctica ha demostrado ser un sistema represivo al buscar el castigo de los criminales internacionales, a un sistema penal internacional garantista, en donde su objetivo fundamental se reflejará en una protección de los bienes jurídicos penales internacionales y una adecuada validación de la producción de normas para que al momento de aplicar éstas, el actuar de la parte punitiva del derecho penal internacional sea debidamente legítima.

LA APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE AUTORÍA MEDIATA POR VÍA DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER POR LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES: DESDE EL CASO STAKIC HASTA EL CASO OMAR AL BASHIR*

Héctor Olásolo Alonso

1. Introducción

En 1963, Claus Roxin desarrolló el concepto de autoría mediata por vía de aparatos organizados de poder en su libro *Täterschaft und Tatherrschaft*.¹ Ese mismo año escribió un artículo aplicando dicho concepto al caso Eichmann en el que un miembro de las SS nazis (Adolf Eichmann), después de haber sido secuestrado por los servicios secretos israelíes en Buenos Aires, fue acusado ante el Tribunal de Distrito de Jerusalén de ser uno de los principales responsables del Holocausto. El nuevo enfoque dado por Roxin al concepto de autoría mediata partía de las dificultades presentadas por las doctrinas tradicionales para considerar como autores a los líderes políticos y a los comandantes militares que dirigen aparatos organizados de poder por medio de las cuales se cometen los delitos.²

* Las opiniones expresadas en este artículo son exclusivamente aquellas del autor y no reflejan necesariamente las opiniones de la CPI, del TPIY, de las Naciones Unidas en general o del Gobierno de España. El presente artículo ha sido escrito en el marco del proyecto de investigación sobre formas de autoría y participación en el derecho penal internacional dirigido por la profesora de Derecho Penal de la Universidad Española a Distancia (UNED) Alicia Gil y Gil.

¹ Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963, pp. 242 y ss. La primera edición de este libro es aquella tomada como referencia para los efectos del presente artículo. La séptima edición de este trabajo fue publicada en el año 2004. En sus siete ediciones, Roxin mantiene su explicación original en relación con el concepto de autoría mediata por vía de estructuras organizadas de poder. Se han añadido además varios anexos en los que el propio Roxin muestra el impacto que dicho concepto ha tenido en la teoría de la ciencia penal, así como en la jurisprudencia de los tribunales alemanes y de terceros países.

² *Ibid.*, p. 243.

Para resolver estos problemas, Roxin desarrolló un concepto, según el cual, cuando las organizaciones mediante las cuales se cometían los delitos tenían ciertas características distintivas que garantizaban el cumplimiento automático de las órdenes de los superiores por sus subordinados, los primeros podían ser considerados como quienes, desde atrás, poseían el dominio del hecho, en cuanto que decidían si los delitos eran cometidos y de qué manera serían llevados a cabo. De esta manera, se podía considerar a dichos superiores como autores mediatos incluso en aquellos casos en los que los subordinados autores directos fueran plenamente responsables por los delitos cometidos. Según Roxin, la justificación de este concepto se encontraba en la particular manera en la que se estructuraban las organizaciones por medio de las cuales se cometían los delitos.³

El concepto de autoría mediata por vía de aparatos organizados de poder cuestionó seriamente los intentos de considerar como meros partícipes en los delitos cometidos durante la ejecución de la llamada Solución Final a los altos cargos políticos y militares nazis, así como a los mandos medios. Sin embargo, este concepto fue recibido inicialmente con escepticismo y rechazo tanto a nivel nacional como a nivel internacional debido a tres razones principales. En primer lugar, la ausencia de toda referencia a dicho concepto en la legislación nacional o internacional de la época. En segundo lugar, la creencia de que el ámbito de aplicación del concepto de autoría mediata se encontraba limitado a situaciones en las que se utilizan instrumentos no responsables para la comisión de los delitos.⁴ Finalmente, el hecho de que la aplicación del concepto de autoría mediata no tuviera necesariamente un impacto en la pena impuesta a los líderes políticos o comandantes militares, incluso en aquellos sistemas pertenecientes a la tradición romano-germánica, como el español o los latinoamericanos, en los que el principio de atenuación de la pena

³ C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 244.

⁴ Éste sería el caso, por ejemplo, cuando el autor directo actúa con error sobre las circunstancias fácticas de uno de los elementos objetivos del tipo, o sobre las circunstancias fácticas que dan lugar a la aplicación de una causa de justificación, como consecuencia del engaño al que ha sido inducido por su superior jerárquico (supongamos que el caso que un comandante militar ordena a sus subordinados bombardear una pueblo que no se encuentra defendido bajo el pretexto de que allí se encuentra la artillería enemiga). Éste también sería el caso cuando las acciones del autor directo se encuentren justificadas por el estado de necesidad cuando el daño evitado por el cumplimiento de las órdenes ilícitas del superior es superior al daño ocasionado con su cumplimiento. Véase a este respecto H. Olásolo y A.I. Pérez Cepeda, "The Notion of Control over the Crime and its Application by the ICTY in the *Stakić* Case", en *International Criminal Law Review*, vol. 4, 2004, pp. 475 y ss, p. 485. Sin embargo, cuando la persona que cometió físicamente el delito actuó sometido a *vis absoluta*, no es necesario recurrir al concepto de autoría mediata porque el superior es considerado de por sí como el autor directo que utilizó a su subordinado como un mero instrumento físico, de igual manera que podía haber utilizado una pistola o un martillo (por ejemplo, un subordinado es empujado por su superior contra el enviado especial del enemigo que se encuentra de pie junto al andén del ferrocarril cuando el tren se está aproximando, y como resultado este último cae a la vía y es mortalmente arrollado).

para los partícipes constituye una razón importante para distinguir entre autores y partícipes.⁵

Fue necesario el paso del tiempo para que los tribunales nacionales e internacionales fueran progresivamente afirmando que las doctrinas tradicionales no reflejan adecuadamente la naturaleza de la contribución realizada por los superiores a la comisión del delito (planeamiento y control de los medios por el cual se desarrolla la actividad criminal) puesto que los relega a un papel secundario que no se corresponde con la importancia de dicha contribución. Como resultado de esta constatación, tanto a nivel nacional como a nivel internacional se ha recurrido paulatinamente en la últimas dos décadas al concepto de autoría mediata por vía de aparatos organizados de poder para reflejar de manera más precisa la responsabilidad penal de los líderes políticos y de los comandantes militares.

Este fenómeno tuvo lugar por primera vez a nivel nacional con la sentencia de 9 de diciembre de 1985 de la Cámara Federal Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Buenos Aires, que condenó a los comandantes militares que integraron las tres juntas militares argentinas que dirigieron el régimen militar que gobernó Argentina desde 1976 hasta 1983.⁶ A partir de entonces el concepto de autoría mediata por vía de aparatos organizados de poder ha sido aplicado por tribunales nacionales, entre otros, en el caso del Muro de Berlín en Alemania, el caso contra el general Contreras en Chile, el caso contra el exsenador de la República Álvaro Alfonso García Romero en Colombia, los numerosos casos relativos al régimen de las juntas militares argentinas, o los casos contra el antiguo líder de Sendero Luminoso Abimael Guzmán y contra el expresidente Alberto Fujimori en Perú.⁷

Por su parte, a nivel internacional, el concepto de autoría mediata por vía de aparatos organizados de poder se aplicó por primera vez en la sentencia de 31 de ju-

⁵ Por ejemplo, en la mayoría de los códigos penales latinoamericanos (tales como en Argentina, Chile, Perú, Colombia o Uruguay), así como en el código penal español, se atribuye la misma pena a la autoría que a la instigación o a la contribución necesaria. Véase a este respecto F. Muñoz Conde y H. Olásolo, "The Application of the Notion of Indirect Perpetration through Organised Structures of Power in Latin America and Spain", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, núm. 1, 2011.

⁶ *Sentencias de la Corte Suprema*, vol. 29, I-II, pp. 36-1657. El texto de esta sentencia, así como el texto de la subsiguiente sentencia de 20 de diciembre de 1986 de la Corte Suprema Argentina en la que se revoca la aplicación realizada por la Cámara de Apelaciones de Buenos Aires del concepto de autoría mediata por estructuras organizadas de poder, puede encontrarse en <<http://www.derechos.org/nizkor/arg/causa13>>.

⁷ Véase K. Ambos, "The Fujimori judgment: A President's Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organised Power Apparatus", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, núm. 1, 2011; y F. Muñoz Conde/ H. Olásolo, "The Application of the Notion of Indirect Perpetration through Organised Structures of Power in Latin America and Spain", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, núm. 1, 2011.

lio de 2003 de la SPII del TPIY en el caso contra Milomir Stakic –exalcalde de la ciudad de Prijedor (Bosnia y Herzegovina) que se encuentra situada a pocos kilómetros del tristemente conocido centro de detención de Omarska.⁸ Desde entonces, el concepto de autoría mediata por vía de aparatos organizados de poder ha sido aplicado por varios tribunales internacionales, incluyendo los casos contra Milomir Stakic, Radoslav Brdanin, Momcilo Krajisnik, Milan Martić y Fatmir Limaj, entre otros en el TPIY; el caso contra Protais Zigranyirazo en el TPIR y los casos contra Omar al Bashir, Jean Pierre Bemba, Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui ante la CPI.

Ahora bien, en la gran mayoría de estos casos, la aplicación de la autoría mediata se ha producido conjuntamente con la aplicación de la coautoría basada en el codominio funcional del hecho. Según este último concepto, cuando una pluralidad de personas participan en la comisión de un delito conforme al principio de división de funciones en la ejecución de un plan común, aquellos que comparten el control sobre la ejecución de dicho plan común, como resultado de las funciones esenciales que les han sido encomendadas (sin el desarrollo de las mismas el plan no podría llevarse a cabo), deben ser considerados como coautores.⁹ La aplicación conjunta de estos dos conceptos da lugar a la llamada coautoría mediata¹⁰ que es aplicable en los siguientes dos tipos de situaciones: (i) cuando varios superiores que tienen un control compartido sobre una determinada organización lo utilizan de manera coordinada para asegurar la comisión del delito;¹¹ y (ii) cuando varios superiores,

⁸ Véase *The Prosecutor vs. Milomir Stakic*, Judgment, Case Num. ICTY-97-24-T, de 31 de julio de 2003, párrafos 808-816.

⁹ *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-803-Ten, de 29 de enero de 2007, párrafos 342 y 347; y *The Prosecutor vs. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Decision on the Confirmation of the Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07-717, de 30 de septiembre de 2008, párrafos 515-525. Véase también, H. Olásolo, *The Criminal Responsibility of Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Londres, Hart Publishers, 2009, pp. 265, 267, 273-296 y 318-329.

¹⁰ Un estudio comprensivo de la aplicación de los conceptos de autoría mediata por vía de estructuras organizadas de poder, coautoría basada en el codominio funcional del hecho y coautoría mediata (aplicación conjunta de los dos primeros) se puede ver en H. Olásolo, *The Criminal Responsibility...*, capítulos 3 y 5. Véase también en relación con el caso *Katanga y Ngudjolo* ante la CPI, H. Olásolo, "El desarrollo de la coautoría mediata en derecho penal internacional", *Iter Criminis*, vol. 7, 2009, p. 121; y en relación con el caso *Stakic* ante el TPIY H. Olásolo y A. I. Pérez Cepeda, "The Notion of Control over the Crime and its Application by the ICTY in the *Stakic* Case", en *op. cit.*, pp. 475 y ss.

¹¹ Ésta es la situación fáctica en el caso del Muro de Berlín, en el que el Consejo de Defensa Nacional, que era el órgano responsable por la seguridad y defensa en Alemania del Este, estaba compuesto por varios miembros que actuaban conjuntamente. En consecuencia, deberían haber sido considerados como coautores mediatos porque todos ellos conjuntamente controlaban las decisiones del Consejo. Sin embargo, la Corte Suprema Federal Alemana no abordó la cuestión relativa a la relación entre los distintos acusados, de manera que los condenó a todos ellos como autores mediatos del delito de asesinato. Véase, "Entscheidungen des Bundesgerichtshofs", *Strafsachen*, 40, p. 218.

que dirigen distintas organizaciones (o partes de las mismas), utilizan dichas organizaciones para ejecutar de manera coordinada un plan común.¹² Este último escenario es el que se ha presentado en la gran mayoría de los casos de coautoría mediata que hasta el momento han llegado a los tribunales internacionales. Sólo en el caso contra el actual presidente de Sudán, Omar al Bashir, se ha aplicado el concepto de autoría mediata por vía de aparatos organizados de poder por sí mismo, de manera autónoma,¹³ y no como parte del más amplio concepto de coautoría mediata.

A estos efectos, la SCP I de la CPI ha considerado que el concepto de autoría mediata por vía de aparatos organizados de poder se fundamenta en el entendimiento de que un aparato organizado de poder tiene vida por sí mismo con independencia de la identidad de sus miembros fungibles.¹⁴ Por lo tanto, el superior que la controla (a) puede tener certeza en general de que sus deseos serán ejecutados por sus subordinados, de manera que no necesita preocuparse de quién será la persona concreta que se encargará de llevarlos a cabo; (b) no necesita ejercitar presión o engaño alguno sobre el autor material porque es consciente de que si un miembro de su organización se negara a cumplir sus instrucciones, otro miembro de la misma lo reemplazaría y las llevaría a cabo; y (c) mantiene el dominio del hecho puesto que la comisión del delito no puede ser interrumpida por la oposición o resistencia de sus subordinados.¹⁵ Así, desde la perspectiva de aquellos líderes políticos y militares que controlan aparatos organizados de poder, ellos constituyen los principales autores de los delitos en cuanto que no dejan en manos de aquellos

¹² Se podría considerar un tercer escenario donde no todos los coautores contralasen alguna estructura organizada de poder. En este escenario, aquellos coautores que no estuvieran al frente de alguna organización jugarían un papel de coordinación en la ejecución del plan común por los otros coautores mediante sus respectivas organizaciones. En el caso de las Juntas Argentinas, donde cada junta militar estaba compuesta por el comandante en jefe del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, se distinguían tres estructuras organizadas de poder. Sin embargo, a diferencia del caso *Stakic*, la Cámara Federal Nacional de Apelaciones de Buenos Aires consideró que el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire no actuaron de manera coordinada en la comisión de los delitos. En consecuencia, sus respectivos comandantes en jefe fueron condenados únicamente por los delitos cometidos por sus propios subordinados. Ver la sentencia de la sentencia de 9 de diciembre de 1985 de la Cámara Federal Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Buenos Aires, 29 y 804. Véase también el análisis realizado de la misma por M. A. Sancinetti, *Derechos humanos en la Argentina posdictatorial*, 1988.

¹³ *The Prosecutor vs. Omar Al Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-01/09-3, de 4 de marzo de 2009, párrafo 223.

¹⁴ *The Prosecutor vs. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Decision on the Confirmation of the Charges, ICC-01/04-01/07-717, Pre-Trial Chamber I, de 30 de septiembre de 2008, párrafos 515 y 516. Véase también H. Olásolo, *The Criminal Responsibility...*, pp. 116-125 y 318-327.

¹⁵ *Idem*.

subordinados que directamente los llevan a cabo la decisión última sobre su ejecución. Los subordinados no son percibidos como individuos responsables, sino como miembros anónimos y fungibles de la organización.¹⁶

Para la SCP I de la CPI, la estructura jerárquica de una organización y el carácter fungible de los autores materiales son los factores esenciales, en los que se sustenta el control que tiene el superior sobre la voluntad de sus subordinados, de manera que la voluntad dominante del superior tiene el control último del hecho. En consecuencia, la justificación del concepto de autoría mediata por vía de aparatos organizados de poder no se encuentra en las actividades psicológicas concretas del superior que emite la orden, sino en la manera en que el aparato de poder de que se trate se encuentra organizado para asegurar el cumplimiento de las órdenes emitidas por el superior. Esto ha sido expresado por la SCP I de la CPI en los siguientes términos:

Además, determinadas características de la estructura jerárquica y organizada permiten al líder asegurar con certeza la comisión de los delitos. En esencia, el control del líder sobre la estructura le permite utilizar a sus subordinados como meros instrumentos en una máquina gigantesca para provocar automáticamente el hecho punible [...] Esta mecanización busca, sobre todo, asegurar que la ejecución efectiva del plan criminal no se verá comprometida por la negativa de un subordinado a cumplir con las órdenes. Cualquier subordinado que no cumple con las mismas puede ser simplemente sustituido por otro que las ejecutará; el autor material que implementa la orden es, por tanto, un individuo fungible. Para ello, la organización debe ser lo suficientemente grande como para proporcionar un número suficiente de subordinados. La principal característica de este tipo de organizaciones es la existencia de un mecanismo que permite asegurar a sus más altas autoridades el cumplimiento automático de sus órdenes. De esta manera, estas organizaciones desarrollan una vida por sí mismas con independencia de la composición cambiante de sus integrantes. Funcionan de manera automática con independencia de la identidad del individuo que ejecuta las acciones. El líder que emite una orden dentro de una organización de estas características asume, por tanto, un tipo diferente de responsabilidad que en supuestos normales de emisión de órdenes ilícitas. Para este último tipo de supuestos, el artículo 25 (3)(b) del Estatuto prevé que un líder o comandante que ordena la comisión de un delito puede ser considerado como un partícipe.¹⁷

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ *The Prosecution vs. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Decision on the Confirmation of the Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07-717, de 30 de septiembre de 2008, párrafos 515 y 516. Traducción del autor.

Dada la creciente aplicación del concepto de autoría mediata por vía de aparatos organizados de poder, el presente artículo analiza los casos en los que el TPIY, el TPIR y la CPI han recurrido a este concepto en relación con líderes políticos y comandantes militares por delitos cometidos directamente por sus subordinados.

2. La aplicación del concepto de autoría mediata por vía de aparatos organizados de poder en el TPIY y el TPIR

El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia

El caso Stakic

El concepto de autoría mediata por vía de aparatos organizados de poder fue aplicado por primera vez a nivel internacional por la SPI II del TPIY, en su sentencia de 31 de julio de 2003 en el caso contra Milomir Stakic. Este caso tuvo como objeto la campaña de persecución desarrollada contra la población de origen no serbio de la municipalidad de Prijedor mediante asesinatos en masa, torturas, agresiones físicas, violaciones y otras agresiones sexuales, atentados contra la dignidad personal, destrucción y saqueo de domicilios privados y propiedades comerciales, destrucción y saqueo de edificios religiosos y culturales, deportaciones masivas, y actos de negación de otros derechos fundamentales.¹⁸

Según la SPI II del TPIY, esta campaña de persecución –que se llevó en particular a cabo en centros de detención así como en ciertas operaciones militares– constituyó el principal delito cometido en la municipalidad de Prijedor, y, sólo pudo ser desarrollada mediante la acción conjunta de las tres estructuras de poder que coexistían en 1992 en Prijedor:¹⁹ (i) la administración civil de Prijedor, que se encontraba bajo la dirección de la Asamblea Municipal de Prijedor, después denominada Consejo de Crisis y posteriormente Presidencia de Guerra; (ii) la policía civil de Prijedor; y (iii) las unidades militares desplegadas en Prijedor (principalmente las unidades del Ejército serbobosnio (VRS/JNA) y las unidades locales de Defensa Territorial de Prijedor que actuaban bajo el mando de aquéllas).²⁰

¹⁸ *Prosecutor vs. Milomir Stakic*, Judgment, Case Num. ICTY-97-24-T, de 31 de julio de 2003, párrafos 808-816.

¹⁹ *Ibid.*, párrafo 490.

²⁰ La SPI II del TPIY afirmó que, en general, los asociados de *Stakic* incluían las autoridades de la autoproclamada Asamblea del Pueblo Serbio de Bosnia Herzegovina en la municipalidad de Prijedor, del Partido Socialista (SPS), del Comité de Crisis de Prijedor, de la Defensa Territorial, de la policía y del Ejército. En particular, *Stakic* actuó junto con: (a) el jefe de la policía de Prijedor (Simo Drijaca); (b) el comandante militar de las unidades desplegadas en Prijedor (el coronel Vladimir Arsic y el comandante

La SPI II del TPIY también consideró que los líderes políticos y los comandantes militares que dirigían cada una de estas tres organizaciones controlaban las mismas, conocían que sus órdenes serían ejecutadas por sus subordinados, y tenían el poder de poner fin a la comisión de los delitos en cualquier momento.²¹ En consecuencia, para la SPI II del TPIY, Milomir Stakic y los comandantes de las unidades de policía civil y del Ejército desplegadas en Prijedor se habían repartido las funciones necesarias para desarrollar la campaña de persecución que habían previamente diseñado.

Más allá de planear la campaña de persecución contra la población no serbia de Prijedor, su contribución principal fue instruir a sus respectivos subordinados para que desarrollaran las funciones que habían sido previamente encomendadas a sus respectivas organizaciones: la administración civil, la policía civil y el Ejército. Si bien los miembros de la administración civil no fueron autores materiales de los delitos (la administración civil, dirigida por Stakic, estaba a cargo de proveer la asistencia logística y financiera),²² la policía civil y el Ejército no habrían podido llevarlos a cabo sin su contribución.²³ Así mismo, Stakic ejercía también la función de coordinación de las tres organizaciones.²⁴ En consecuencia, la SPI II del TPIY resolvió condenar a Milomir Stakic como coautor mediato.²⁵

Aunque la Sala de Apelaciones del TPIY rechazó en sentencia dictada en este mismo caso el 22 de marzo de 2005 la aplicación conjunta de la autoría mediata por vía de aparatos organizados de poder y la coautoría por codominio funcional del hecho,²⁶ la jurisprudencia del propio TPIY ha seguido aplicando dicha forma de autoría mediata si bien en combinación con un concepto subjetivo de coautoría basado en la doctrina de la empresa criminal común.²⁷

Radmilo Zeljaja); (c) el presidente del Comité Ejecutivo de la Municipalidad de Prijedor (Dr. Milan Kovacevic); y (d) el comandante de la Defensa Territorial de la Municipalidad y del campo de detención Trnopolje (Slobodan Kuruzovic).

²¹ *Prosecutor vs. Milomir Stakic*, Judgment, Case Num. ICTY-97-24-T, de 31 de julio de 2003, párrafos 86-101, y 469.

²² *Ibid.*, párrafos 482 y 486.

²³ *Ibid.*, párrafo 490. La única excepción era el crimen de deportación, en el cual participaron directamente miembros de la administración civil bajo las órdenes de Stakic. Véase también el párrafo 712.

²⁴ *Ibid.*, párrafo 482.

²⁵ *Ibid.*, párrafos 490-497.

²⁶ *Prosecutor v. Milomir Stakic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-97-24-A, de 22 de marzo de 2006, párrafo 62. Véase también, H. Olasolo, "Reflections on the Treatment of the Notions of Control of the Crime and Joint Criminal Enterprise in the Stakic Appeal Judgment", *International Criminal Law Review*, vol. 7, 2007, p. 143.

²⁷ Véase *Prosecutor vs. Radoslav Brdanin*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-99-36-A, de 3 de abril de 2007, párrafos 409-414; *Prosecutor vs. Milan Martić*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-95-11-A, de 8 de octubre de 2008, párrafo 82; *Prosecutor vs. Fatmir Limaj, Haradin Bala and*

Los casos Brdanin, Krajcinik y Limaj et al.

En el caso contra Radoslav Brdanin —expresidente del Consejo de Crisis y, posteriormente, de la Presidencia de Guerra de la región autónoma de Krajina (RAK) en Bosnia y Herzegovina— por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos en el territorio de la RAK entre 1991 y 1995, la Sala de Apelaciones del TPIY declaró expresamente que la aplicación de la coautoría basada en la doctrina de la empresa criminal común a los líderes políticos y a los comandantes militares no requiere que los subordinados autores directos de los delitos sean parte de la empresa criminal. Según la Sala de Apelaciones, los autores directos pueden ser utilizados como meros instrumentos para ocasionar los delitos por sus superiores, los cuales sí forman de la empresa criminal común. Tal y como explicó la Sala de Apelaciones del TPIY:

Sobre la base del análisis jurisprudencial desarrollado anteriormente, que permite determinar los contornos que la responsabilidad penal derivada de la pertenencia a una empresa criminal común tiene en el derecho internacional consuetudinario, la Sala de Apelaciones considera que lo que importa en la primera categoría de Empresa Criminal Común no es si el autor material del delito es miembro de la misma, sino si el delito de que se trate forma parte del propósito criminal común. En aquellos casos en los que el autor material de un delito no sea miembro de la empresa criminal común, este requisito esencial puede ser deducido de varias circunstancias [...] Tal y como reconoce la Fiscalía, para que se pueda considerar a un acusado penalmente responsable por el delito cometido por otra persona, es necesario que exista un vínculo entre el acusado y el delito de que se trate. Según la Fiscalía, este vínculo se encuentra en el hecho de que los miembros de la empresa criminal común utilizan a los autores materiales como instrumentos para cometer el delito. A la luz del análisis de la jurisprudencia derivada de los casos de la Segunda Guerra Mundial, y de la jurisprudencia de este propio Tribunal, la Sala de Apelaciones considera que, para que se pueda considerar a un miembro de una empresa criminal común como responsable de los delitos materialmente cometidos por personas que no son miembros de la misma es necesario que se muestre que el delito de que se trate pueda ser imputado a un miembro de la empresa criminal común, y que este último —al utilizar al autor material— actuara conforme al plan criminal común. La existencia de este vínculo tiene que ser valorado caso por caso [...] De la lectura del informe aportado por la Fiscalía parece deducirse que el hecho de que los autores materiales fueran utilizados como meros instrumentos por

Isak Musliu, Appeals Judgment, Case Num. ICTY-03-66-A, de 27 de septiembre de 2007, párrafo 120; y *Prosecutor v. Krajcinik*, Judgment, Case Num. ICTY-00-39-T, de 27 de septiembre de 2006, párrafo 883.

sus superiores fue, realmente, la explicación más factible de lo que sucedió en el territorio de la RAK durante el tiempo al que se refiere el Escrito de Acusación.²⁸

Del mismo modo, en el caso contra Momcilo Krajisnik –ex vicepresidente de la autodenominada República Serbia de Bosnia (República Srpska) y presidente de su Parlamento– por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos en su territorio entre 1991 y 1995, la SPI I del TPIY no incluyó a los autores directos de los delitos entre los integrantes de la empresa criminal común puesto que estos fueron utilizados como meros instrumentos para provocar la comisión de los delitos por los líderes políticos y los comandantes militares que sí fueron miembros de la misma. Según la SPI I del TPIY, formaron parte de la empresa criminal común, además de la más alta diligencia serbobosnia basada en Pale (en particular Momcilo Krajisnik, Radovan Karadžić, Biljana Plavsic, Nikola Koljevic, Momcilo Mandic, Velibor Ostojic, Mico Stanisic y, a partir del 12 de mayo de 1992, al general Ratko Mladic), ciertos políticos locales, comandantes militares y de policía, comandantes paramilitares, y otros individuos que, si bien basados en regiones y municipalidades de la República Srpska, mantenían vínculos cercanos con Pale.²⁹

La jurisprudencia posterior del TPIY, entre la que cabe mencionar las sentencias de apelación en los casos contra Fatmir Limaj, Haradin Bala y Isak Musliu (antiguos miembros del Ejército de Liberación Kosovar)³⁰ y contra Milan Martić (exministro del interior y de defensa, y expresidente de la RAK),³¹ se han referido con aprobación a los fundamentos jurídicos recogidos en la sentencia de apelación del caso Brdanin en relación con la aplicación conjunta de los conceptos de autoría mediata por vía de aparatos organizados de poder, y de coautoría basada en la doctrina de la empresa criminal común.³²

²⁸ *Prosecutor vs. Radoslav Brdanin*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-99-36-A, de 3 de abril de 2007, párrafos 410, 412, y 448. Traducción del autor.

²⁹ *Prosecutor vs. Krajisnik*, Judgment, Case Num. ICTY-00-39-T, de 27 de septiembre de 2006, párrafo 1087.

³⁰ *Prosecutor vs. Fatmir Limaj, Haradin Bala and Isak Musliu*, Appeals Judgment, Case Num. ICTY-03-66-A, de 27 de septiembre de 2007, párrafo 120.

³¹ Véase *Prosecutor vs. Milan Martić*, Judgment, Case Num. ICTY-95-11-T, de 12 de junio de 2007, párrafo 438. Esta conclusión ha sido citada con aprobación por la Sala de Apelaciones del TPIY en *Prosecutor vs. Milan Martić*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-95-11-A, de 8 de octubre de 2008, párrafo 68.

³² En relación con los problemas presentados por la aplicación conjunta de estos dos conceptos véase H. Olásolo, *The Criminal Responsibility...*, capítulo 4, sección v. E.

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda: El caso contra Protais Zigranyirazo.

La aplicación conjunta de los conceptos de autoría mediata por vía de aparatos organizados de poder y la coautoría basada en la empresa criminal común ha sido adoptada por la SPI III del TPIR en su sentencia de 18 de diciembre de 2008, en la que condenó a Protais Zigranyirazo (tío político del difunto presidente ruandés Habyarimana) como miembro de una empresa criminal común cuyo propósito criminal fue el genocidio y el exterminio de miles de Tutsis en la colina Kesho.

Si bien, dadas las circunstancias especiales que rodearon este caso, la SPI III del TPIR concluyó que los autores directos fueron también miembros de la empresa criminal común a la que el propio acusado perteneció, la Sala subrayó que:

Los autores materiales que cometen directamente los elementos objetivos del tipo no tienen por qué ser miembros de la empresa criminal común. Lo que importa en estos casos es si el delito en cuestión forma parte o no del propósito criminal de la misma, y si al menos uno de los miembros de la empresa criminal común utilizó al autor directo para cometer el delito de conformidad con el plan criminal común.³³

3. La Corte Penal Internacional: Los casos Al Bashir, Bemba, Katanga y Ngudjolo y Abu Garda.

El caso Al Bashir

El caso Al Bashir constituye, hasta la fecha, el único caso ante una jurisdicción internacional en el que el concepto de autoría mediata por vía de aparatos organizados de poder ha sido aplicado autónomamente, y no como parte del concepto de coautoría mediata.

Según la Decisión de Orden de Arresto dictada por la SCP I de la CPI el 4 de marzo de 2009, los hechos del caso son los siguientes. Poco después del ataque al aeropuerto de El Fasher en abril de 2003, el gobierno de Sudán, en respuesta a las actividades del Movimiento Sudanés por la Liberación (MSL), del Movimiento por la justicia y la Equidad (MJE), y de otros grupos armados de oposición en Darfur, decretó una movilización general de las milicias Janjaweed. A partir de ese momento comenzó una campaña de contrainsurgencia que fue desarrollada durante

³³ *The Prosecutor vs. Protais Zigranyirazo*, Judgment, Case Num. ICTR-01-73-T, de 18 de diciembre de 2008, párrafo 384. Traducción del autor.

más de cinco años por las fuerzas del gobierno de Sudán que incluían las fuerzas armadas sudanesas y sus aliados de las milicias Janjaweed, las fuerzas de policía, el servicio de seguridad e inteligencia nacional y la comisión para asuntos humanitarios.³⁴

Elemento central de esta campaña fue el lanzamiento de un ataque ilícito contra aquella parte de la población de Darfur (perteneciente en gran medida a los grupos Fur, Massalit y Zaghawa) percibida por el gobierno de Sudán como cercana al MSL, al JEM y a los demás grupos armados de oposición.³⁵ Este ataque ilícito se caracterizó por (i) su gran escala, puesto que afectó a cientos de miles de individuos y se extendió a una gran parte del territorio de los tres estados de Darfur; y (ii) por su naturaleza sistemática, dado que los actos de violencia siguieron en gran medida un mismo patrón.³⁶ En ejecución de este ataque ilícito, las fuerzas del gobierno de Sudán: (i) llevaron a cabo numerosas operaciones ilícitas en ciudades y pueblos de la región que eran frecuentemente seguidas de saqueos; (ii) asesinaron y exterminaron a miles de civiles; (iii) violaron a miles de mujeres; (iv) sometieron a traslado forzoso a cientos de miles de civiles; y (v) realizaron actos de tortura contra la población civil.³⁷

La campaña de antiinsurgencia fue, en gran medida, ejecutada por: (i) los comités de seguridad locales (formados por el jefe de la localidad y los representantes en la misma de las fuerzas armadas, la policía, y el servicio de seguridad e inteligencia nacional);³⁸ y (ii) los comités de seguridad estatales (formados por el gobernador del estado y los representantes estatales de las fuerzas armadas, la policía, y el servicio de seguridad e inteligencia nacional).³⁹ Mientras los comités de seguridad locales actuaban conjuntamente con las milicias Janjaweed a nivel local, los comités de seguridad estatales se coordinaban con los líderes regionales de dichas milicias.⁴⁰ El vice-ministro federal del Interior era la persona encargada de la supervisión de los comités de seguridad de los tres estados de Darfur y la coordinación entre el gobierno de dichos estados y los más altas instancias del gobierno de Khartoum.⁴¹

³⁴ *The Prosecutor vs. Omar Al Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-01/09-3, de 4 de marzo de 2009, párrafo 74.

³⁵ *Ibid.*, párrafos 75 y 76.

³⁶ *Ibid.*, párrafos 84 y 85.

³⁷ *Ibid.*, párrafo 192.

³⁸ *Ibid.*, párrafos 217 y 218.

³⁹ *Ibid.*, párrafos 217 y 219.

⁴⁰ *Ibid.*, párrafos 218 y 219.

⁴¹ *Ibid.*, párrafo 220.

Para la SCP I de la CPI, Omar al Bashir y otros altos cargos políticos y militares del gobierno de Sudán utilizaron de manera coordinada las organizaciones del aparato del Estado que dirigían para desarrollar conjuntamente la campaña de persecución arriba mencionada.⁴² En este contexto, había motivos razonables para creer que Omar al Bashir, en cuanto que *de jure* y *de facto* presidente de Sudán y comandante en jefe de las fuerzas armadas sudanesas desde 2003 a 2008 jugó, cuando menos, un papel esencial en la coordinación del diseño y ejecución del plan común.⁴³

Además, de manera alternativa, la SCP I de la CPI consideró que existían también motivos razonables para creer que Omar al Bashir: (a) jugó un papel que fue más allá de la coordinación en el diseño y la ejecución de la campaña de contrainsurgencia; (b) se encontraba en completo control de las distintas organizaciones que formaban el aparato del Estado en Sudán, incluyendo sus fuerzas armadas y de policía, el servicio de seguridad e inteligencia nacional y la comisión para asuntos humanitarios; y (c) utilizó dicho control para asegurar la ejecución de la campaña de persecución.⁴⁴

Por esta razón, la SCP I de la CPI, dictó el 4 de marzo de 2009 una orden de arresto contra Omar al Bashir por su presunta responsabilidad penal, conforme al artículo 25(3)(a) ER, como coautor mediato, o, alternativamente, como autor mediato, por aquellos crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos como parte de dicha campaña por miembros de las fuerzas del gobierno de Sudán.⁴⁵

El caso Bemba

La decisión de orden de arresto en el caso Bemba, dictada por la SCP III de la CPI el 10 de junio de 2008, aplicó, por primera vez, el concepto de coautoría mediata,⁴⁶ en el cual, como ya se ha señalado, el concepto de autoría mediata por vía de aparatos organizados de poder juega un papel central. El hecho de que, dada la falta de elementos de prueba respecto a la intención común de los presuntos coautores, la propia SCP III recurriera posteriormente al concepto de responsa-

⁴² *Ibid.*, párrafo 216.

⁴³ *Ibid.*, párrafo 221.

⁴⁴ *Ibid.*, párrafo 222.

⁴⁵ *Ibid.*, párrafo 223.

⁴⁶ *The Prosecutor vs. Jean Pierre Bemba Gombo*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber III, ICC-01/05-01/08-14-Ten, de 10 de junio de 2008, párrafos 69-84.

bilidad del superior para confirmar los cargos,⁴⁷ no resta valor a esta decisión en cuanto que primera en la que la CPI aplica el concepto de coautoría mediata.

La decisión de orden de arresto tiene como objeto los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra (asesinato, tortura, violación, atentado contra la dignidad personal y saqueo) presuntamente cometidos contra la población civil del sur de la República Centro-Africana (RCA) entre el 25 de octubre de 2002 y el 15 de marzo de 2003.⁴⁸ Según la SCP III, los delitos fueron el resultado de la ejecución de un plan común entre Ángel-Félix Patassé, presidente en aquel entonces de la RCA, y Jean Pierre Bemba, *de jure* y *de facto* presidente y comandante en jefe del Movimiento por la Liberación de Congo (MLC).⁴⁹ Este plan común consistía en: (i) el envío por Jean Pierre Bemba de una parte importante de las fuerzas del MLC al territorio de la RCA para apoyar militarmente a Patassé en el conflicto que este último sostenía frente a la tropas dirigidas por François Bozizé, quien se había levantado en armas contra aquél; y (ii) el apoyo logístico y estratégico de Patassé a Bemba contra el entonces presidente de la República Democrática del Congo, Joseph Kabila.⁵⁰ Según el plan común, las fuerzas del MLC, una vez en el territorio de la RCA, actuarían conjuntamente, de manera coordinada, con las tropas centro-africanas leales a Patassé (principalmente la unidad de seguridad presidencial) para frenar la ofensiva de las fuerzas de Bozizé.⁵¹

Para la SCP III, el plan común no iba dirigido a cometer ningún tipo de delito. Además, los delitos producidos no tenían por qué ser necesariamente el resultado de su ejecución, de manera que no podían considerarse como parte integral de dicho plan.⁵² Sin embargo, según la SCP III, su comisión constituía una consecuencia probable de la realización de dicho plan común, sobre todo si se tenían en cuenta los numerosos actos de violencia (asesinatos, robos, violaciones y destrucción de propiedad) que las fuerzas del MLC que iban a ser desplegadas en la RCA habían cometido en operaciones militares desarrolladas recientemente en diversas partes de la República Democrática del Congo.⁵³ Por lo tanto, el plan común contenía un

⁴⁷ *The Prosecutor vs. Jean Pierre Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Article 67 (7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II, ICC-01/05-01/08-424, de 15 de junio de 2009, párrafos 114-178.

⁴⁸ *The Prosecutor vs. Jean Pierre Bemba Gombo*, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber III, ICC-01/05-01/08-14-Ten, de 10 de junio de 2008, párrafos 45 y 68.

⁴⁹ *Ibid.*, párrafos 69 a 72.

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ *Ibid.*, párrafos 74 a 76.

⁵² *Ibid.*, párrafos 72 a 74 y 82.

⁵³ *Ibid.*, párrafo 80.

"elemento de criminalidad" tal y como había sido requerido por la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga.⁵⁴

La SCP III consideró, por tanto, que no había motivos razonables para creer que Patassé y Bemba hubieran ejecutado el plan común con la intención de que se cometieran los delitos, o con el conocimiento de que su ejecución provocaría necesariamente la comisión de los mismos. Por el contrario, para la SCP III sólo existían motivos razonables para creer que Patassé y Bemba: (i) eran conscientes de que los delitos cometidos contra la población del sur de la RCA serían una consecuencia probable, que no necesaria, de la ejecución de su plan común; y (ii) aceptaron mutuamente que este resultado probable pudiera acontecer.⁵⁵ En definitiva, según la SCP III, sólo existían motivos razonables para creer que ambos actuaron con un dolo eventual compartido.

La decisión de orden de arresto también puso de manifiesto que Patassé y Bemba no llevaron a cabo directamente los elementos objetivos del tipo de los delitos que se les imputaban.⁵⁶ Como resultado, a diferencia del caso Lubanga, el concepto de coautoría basado en el codominio funcional de hecho no era aplicable porque ningún miembro del plan común había contribuido a su ejecución mediante la participación directa en la realización de los elementos objetivos del tipo. Por el contrario, tanto Bemba como Patassé habían llevado a cabo sus contribuciones a la ejecución del plan común utilizando a sus subordinados en los grupos armados que dirigían y controlaban tanto *de jure* como *de facto*.

Según la SCP III, los autores materiales de los delitos imputados fueron miembros del MLC, sobre el que Bemba mantenía el control *de jure* y *de facto* como su máximo dirigente. Esto podría, en principio, haber hecho posible la consideración de Bemba como un autor mediato que recurrió a sus subordinados en el MLC para cometer los delitos. Sin embargo, la SCP III subrayó que los elementos de prueba presentados por la Fiscalía mostraban la existencia de motivos razonables para creer que los delitos cometidos fueron el resultado de la actuación coordinada de Bemba y Patassé en la ejecución de su plan común.⁵⁷ Para la SCP III, la comisión de los delitos fue posible en última instancia debido a la acción coordinada de sus respectivos subordinados para frenar el intento de golpe de Estado lanzado por Bozizé. En consecuencia, aunque la SCP III no lo indicó expresamente, la decisión de orden de arresto consideró a Bemba como un coautor mediato de los delitos, que, con pleno

⁵⁴ *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-803-Ten, de 29 de enero de 2007, párrafo 377.

⁵⁵ *The Prosecutor vs. Jean Pierre Bemba Gombo*, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber III, ICC-01/05-01/08-14-Ten, de 10 de junio de 2008, párrafos 82 y 83.

⁵⁶ *Ibid.*, párrafos 80 a 82.

⁵⁷ *Ibid.*, párrafos 73, 74 y 81.

conocimiento del carácter esencial de sus funciones para la ejecución del plan común, las llevó a cabo por medio del grupo armado organizado (MLC) que dirigía y controlaba tanto *de jure* como *de facto*.⁵⁸

El caso Katanga y Ngudjolo

La SCP I de la CPI en su decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo desarrolló el concepto de autoría mediata inicial acogido por la SCP III en el caso Bemba. El caso Katanga y Ngudjolo se refiere a hechos acaecidos durante el conflicto armado que tuvo lugar en el distrito de Ituri (República Democrática del Congo) en la segunda mitad del año 2002 y durante el año 2003. Los sospechosos son los ex comandantes en jefe de los grupos armados organizados de origen Ngiti (FRPI) y Lendu (FNI), que lucharon con el apoyo de las fuerzas armadas de Uganda (UPDF) contra el gobierno provisional de Ituri que en aquel momento se encontraba en manos del principal movimiento político Hema (UPC) y de su brazo armado (FPLC).⁵⁹

Según la SCP I, Germain Katanga (FREI) y Mathieu Ngudjolo Chui (FIN), quienes ya habían actuado conjuntamente en el pasado,⁶⁰ fueron los dos únicos integrantes del plan común.⁶¹ Ambos acordaron el lanzamiento coordinado, el 24 de febrero de 2003, de un ataque conjunto contra el pueblo de Bogoro, que en aquel momento tenía un indudable valor militar,⁶² debido a su situación estratégica en el cruce de las carreteras que unían Bunia con Beni⁶³ y Kasenyi con Mongwalu.⁶⁴

Según la SCP I, el plan común tenía dos objetivos principales: por una parte, obtener el control de Bogoro, que constituía un importante objetivo militar dado su valor estratégico;⁶⁵ y por otro lado, asegurar el mantenimiento posterior de dicho control mediante la destrucción de la población civil de Bogoro, que pertenecía en

⁵⁸ *Ibid.*, párrafos 52 a 55 (sobre la estructura jerárquica del MLC), 75 a 81 (sobre el carácter esencial de la contribución de Bemba a la ejecución del plan común) y 83 (sobre el conocimiento que tenía Bemba de su posición de liderazgo en el MLC, así como de su papel en la ejecución del plan común).

⁵⁹ *The Prosecutor vs. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Decision on the Confirmation of the Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07-717, de 30 de septiembre de 2008, párrafos 233-245.

⁶⁰ *Ibid.*, párrafo 552.

⁶¹ *Ibid.*, párrafos 548-53.

⁶² *Ibid.*, párrafos 275a 83 y 548.

⁶³ Bunia y Beni son respectivamente las capitales del distrito de Ituri y de la provincia del Norte de Kivu.

⁶⁴ Kasenyi es el pueblo más importante en la margen congoleña del lago Albert, mientras que en Mongwalu se encuentra una de las minas de oro más importantes de la región.

⁶⁵ *The Prosecutor vs. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Decision on the Confirmation of the Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07-717, de 30 de septiembre de 2008, párrafos 273 y 275.

gran medida a la grupo étnico Hema y apoyaba por tanto a las fuerzas del FPLC que defendían el pueblo.⁶⁶ En consecuencia, la SCP I consideró que el plan común era íntegramente criminal puesto que se dirigía específicamente a atacar a la población civil de Bogoro.

Según la SCP I, Katanga y Ngudjolo no llevaron a cabo directamente ninguno de los delitos cometidos durante el ataque a Bogoro. Por el contrario, una vez que acordaron lanzar el ataque, su función fue la de garantizar: (i) una adecuada coordinación en su ejecución mediante la discusión de los detalles del mismo con los comandantes encargados de liderar a las distintas unidades en el terreno; (ii) el suministro de las armas necesarias; (iii) el despliegue de sus respectivas fuerzas; y (iv) la emisión a los comandantes en el terreno de la orden de lanzar el ataque contra Bogoro.⁶⁷ Por lo tanto, Katanga y Ngudjolo desarrollaron sus respectivas contribuciones por medio de los grupos armados organizados que controlaban *de jure* y *de facto*,⁶⁸ los cuales, en opinión de la SCP I, cumplían con los requisitos de organización jerárquica y fungibilidad de sus miembros requeridos para la aplicación del concepto de autoría mediata por aparatos organizados de poder.⁶⁹

Además, como la propia SCP I señaló, ambos imputados pertenecían a diferentes grupos étnicos (Ngiti y Lendu) y se encontraban en control sobre grupos armados con una composición étnica diferente.⁷⁰ Esto hacía muy poco probable que los miembros de dichos grupos cumplieran con órdenes dictadas por líderes pertenecientes a otro grupo étnico.⁷¹ De esta manera, el éxito del ataque dependía de la acción conjunta y coordinada de ambos imputados porque sus respectivos subordinados se negarían a ejecutar órdenes dadas por otros (contribuciones esenciales coordinadas que dieron lugar a un codominio funcional del hecho).⁷² Fue a la luz de esta situación fáctica que la SCP I decidió recurrir al concepto de coautoría mediata.

⁶⁶ *Ibid.*, párrafos 273, 275, 548 y 549.

⁶⁷ *Ibid.*, párrafos 555 a 561.

⁶⁸ *Ibid.*, párrafos 540-541.

⁶⁹ *Ibid.*, párrafos 543-547.

⁷⁰ El FRPI dirigido por Germain Katanga estaba formado principalmente por miembros por miembros del grupo étnico Ngiti, mientras que el FNI, comandado por Mathieu Ngudjolo Chui, estaba formado en su gran mayoría por miembros del grupo étnico Lendu.

⁷¹ *The Prosecutor vs. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Decision on the Confirmation of the Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07-717, de 30 de septiembre de 2008, párrafo 519.

⁷² *The Prosecutor vs. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Decision on the Confirmation of the Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07-717, de 30 de septiembre de 2008, párrafo 560.

El concepto de coautoría mediata ha sido recientemente aplicado en la decisión de Orden de Comparecencia⁷³ dictada por la SCP I el 7 de mayo de 2009 en el caso Abu Garda. Este caso, que surge de la investigación de la situación en Darfur (Sudán), se refiere al ataque presuntamente lanzado el 29 de septiembre de 2007 por los miembros de una facción que se acababa de escindir del Movimiento por la Justicia y la Equidad (MJE), la cual actuaba de manera coordinada con un segundo grupo armado de oposición, contra la base de la Misión de la Unión Africana en Sudán situada en el área de Haskanita.⁷⁴ Una decena de miembros de la misión africana murieron en el ataque y varios vehículos e importantes cantidades de combustible fueron tomadas por los atacantes.

El ataque tuvo lugar en el contexto del conflicto armado de carácter no internacional entre el gobierno de Sudán y varios grupos armados de oposición, incluido el MJE, que se desarrolló en Darfur a partir de agosto de 2002 y hasta, al menos, noviembre de 2008. Según la decisión de orden de comparecencia, Abu Garda, que era el comandante de la jerárquicamente organizada escindida facción del MJE, tenía, junto con los dos comandantes de las fuerzas del otro grupo armado de oposición que participó en la operación, un plan común para atacar la base de Haskanita, que incluía la comisión de crímenes de guerra.⁷⁵ Además, las funciones asignadas a cada uno de ellos en cuanto que comandantes en el terreno de sus respectivas fuerzas eran esenciales para la ejecución del plan común puesto que el éxito del mismo dependía de la actuación conjunta de los miembros de ambos grupos durante el ataque.⁷⁶ En consecuencia, Abu Garda tenía, junto con los otros comandantes, un dominio compartido sobre los delitos imputados.⁷⁷

Ahora bien, como habían ciertos elementos de prueba que apuntaban a la presencia física del propio Abu Garda en el ataque a la base de Haskanita, la Orden de Comparecencia concluyó que había motivos razonables para creer que Abu Garda era penalmente responsable como coautor, o alternatively como coautor mediato, de los delitos imputados.⁷⁸ Sin embargo, es importante señalar que, en su decisión de 8 de febrero de 2010, la SCP I decisión rechazar la confirmación de

⁷³ *The Prosecutor vs. Abu Garda*, Decision on the Prosecution's Application under Article 58, Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-02/09-1, de 7 de mayo de 2009, párrafos 24-28.

⁷⁴ *Ibid.*, párrafo 12.

⁷⁵ *Ibid.*, párrafos 12 y 26.

⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷ *Ibid.*, párrafo 27.

⁷⁸ *Ibid.*, párrafo 28.

cargos debido a la falta de prueba sobre la responsabilidad penal del imputado.⁷⁹ La Fiscalía ha señalado que en un futuro próximo tiene la intención de solicitar nuevamente la confirmación de los cargos sobre la base de nuevos elementos de prueba.

4. Conclusión

A pesar del rechazo inicial de los tribunales nacionales e internacionales a aplicar el concepto de autoría mediata por vía de aparatos organizados de poder, la situación ha venido cambiado de manera importante a lo largo del tiempo. Desde que se aplicase por primera vez en el juicio de las Juntas Militares Argentinas en 1985, este concepto ha sido aplicado en numerosos casos a nivel nacional e internacional, incluyendo la CPI, el TPIY y el TPIR.

Como la SCP I de la CPI ha subrayado, el concepto de autoría mediata por vía de aparatos organizados de poder ha sido con frecuencia utilizado en combinación con la noción de coautoría:

Para empezar, la Sala subraya que, en los casos Lubanga y Katanga y Ngudjolo, la Sala ha sostenido que el artículo 25 (3)(a) del Estatuto acoge el concepto de dominio del hecho como criterio determinante para distinguir entre la autoría y la participación. Además, como la Sala ha señalado ya en tales casos, el artículo 25(3)(a) del Estatuto también adopta las siguientes cuatro manifestaciones del concepto de dominio del hecho: autoría directa, autoría mediata o a través de una tercera persona, coautoría basada en el codominio funcional del hecho, y coautoría mediata.⁸⁰

La aplicación conjunta de estos dos conceptos da lugar a la llamada coautoría mediata que ha sido aplicada en los casos Stakic, Brčkanin, Krajišnik y Martić ante el TPIY, así como en los casos Bemba, Katanga y Ngudjolo y Abu Garda ante la CPI, en situaciones en las que varios líderes políticos y comandantes militares, que dirigen distintas organizaciones (o partes de las mismas), utilizan dichas organizaciones para ejecutar de manera coordinada un plan común. Si bien es necesario observar que mientras en los casos ante el TPIY la autoría mediata se aplica conjuntamente con un concepto subjetivo de coautoría basado en la doctrina de la em-

⁷⁹ *The Prosecutor vs. Abu Garda*, Decision on the Confirmation of the Charges, ICC-02/05-02/09-243-Red, Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-02/09-243-Red, de 8 de febrero de 2010, párrafo 158-236.

⁸⁰ *The Prosecutor vs. Omar Al Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-01/09-3, de 4 de marzo de 2009, párrafo 210.

presa criminal común, en los casos ante la CPI se utiliza en combinación con un concepto de coautoría basado en el codominio funcional del hecho.⁸¹

Los tribunales internacionales han recurrido al concepto de autoría mediata por vía de aparatos organizados de poder, o de coautoría mediata, para condenar a los más altos cargos políticos y militares. Pero además, tal y como lo muestran los casos Stakic y Brđanin ante el TPIY, y el caso Katanga y Ngudjolo ante la CPI, el concepto de autoría mediata por vía de aparatos organizados de poder ha sido utilizado a nivel internacional para enjuiciar a personas que no ocupaban los puestos más altos en las organizaciones a las que pertenecían. Esto es coherente con la opinión de Roxin de que aquellos mandos intermedios que tienen la competencia para emitir órdenes a sus subordinados son también autores mediatos por dominio de la voluntad de los delitos cometidos por sus subordinados en tanto que utilicen dicha competencia para favorecer su ejecución.⁸² De hecho, cuando Roxin definió el concepto de autoría mediata por vía de aparatos organizados de poder en 1963 tenía en mente el Holocausto, la organización nazi y su red de campos de concentración y exterminio. Si bien en lo más alto de la organización nazi se encontraban Adolf Hitler y Heinrich Himmler, el funcionamiento efectivo de la misma requería la coordinación de miles de miembros de la misma, que conforme a una cadena de mando estrictamente jerárquica, operaban a los diferentes niveles de la organización nazi.⁸³ Esto aparece perfectamente reflejado en el caso de Adolf Eichmann, quien a pesar de no ser parte del más alto liderazgo nazi, desempeñó desde su oficina (el nunca estuvo presente en la escena de los delitos) una función clave para la aplicación efectiva de la llamada Solución Final.

En definitiva, como Ambos ha subrayado recientemente, el concepto de autoría mediata por vía de aparatos organizados de poder es hoy en día "una opción seria

para que los líderes respondan por su responsabilidad penal".⁸⁴ Este es el resultado de la creciente percepción de que, con independencia del impacto que puedan tener en la determinación de la pena, la aplicación de formas de participación como la instigación o la contribución necesaria en este tipo de situaciones relegan a un papel secundario la función de los superiores lo que no se corresponde con su importancia real en la realización del hecho punible.

⁸¹ H. Olásolo, *The Criminal Responsibility...*, capítulo 4, secciones V.B y V.D. y capítulo 5, sección VI.

⁸² C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963, p. 245. Los delitos sólo son cometidos por medio de estructuras organizadas de poder porque sus miembros, a diferentes niveles, dirigen la parte de la organización que se encuentra bajo su control para garantizar la comisión de los delitos. Desde la perspectiva de los más altos líderes políticos y militares, los mandos medios de la organización son reemplazables. Sin embargo, desde la perspectiva de dichos mandos medios, ellos retienen el control último sobre las actividades delictivas de los subordinados porque: (a) tienen pleno conocimiento de las circunstancias fácticas constitutivas de los elementos objetivos del tipo; (b) actúan sin estar sometidos a coerción cuando deciden si dirigen la parte de la organización que controlan a facilitar la comisión de los delitos; y (c) perciben a sus subordinados (miembros de la organización bajo su control) como anónimos y reemplazables, y, por tanto, no dejan en manos del autor material la decisión autónoma sobre si los elementos del tipo objetivo de los delitos han de ser cometidos. En el mismo sentido, K. Ambos y C. Grammer, "Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Kasemann", en *Revista Penal*, vol. 12, 2003, pp. 28 y ss, p. 31.

⁸³ C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 245.

⁸⁴ K. Ambos, "The Fujimori Judgment: A President's Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organised Power Apparatus", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, 2010, p. 1.

IV

PERSPECTIVA DE GÉNERO Y DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES

LIBERTAD CONTRA IDENTIDAD. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES

Estela Serret

1. Derechos vs. identidad

¿De qué estamos hablando cuando pedimos derechos para las mujeres? ¿Tiene sentido esta demanda? Es decir, las democracias modernas nacen, sin duda, como resultado de un reclamo social por abatir el mundo de los privilegios y dar paso al mundo de los derechos. Mientras el primero supone que las personas pueden acceder a determinadas prerrogativas en virtud de su origen social (naturalizado para estos efectos), el segundo implica que la posibilidad de acceder a la libertad, de ejercer poder sobre sus propias vidas, debe universalizarse. La teoría política moderna expresó este afán como la sustitución del mundo del estatus por el mundo del contrato, cuestionando con ello la institucionalización de la desigualdad y abriendo el paso a la reivindicación de la igualdad en capacidad de libertad para todos los individuos.

Si esto es así, si el reclamo de derechos va necesariamente acompañado de un carácter universal, igualitario, que afecte a toda persona por el sólo hecho de serlo (pues, de lo contrario, los derechos vuelven a convertirse en privilegios), ¿no queda implícito que incluye necesariamente a las mujeres? Es cierto que la primera declaración política sustentada en la reivindicación igualitaria de derechos es un tanto contradictoria. En ella, efectivamente, se aprecia desde su título una exclusión sorprendente, pues al denominarse Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, sus redactores quisieron dejar bien claro que hombre indica varón y, de ningún modo género humano. Con esta operación, el grupo triunfante de la

Revolución francesa, aunque enarbolando la bandera de la igualdad y la libertad, restituyó el mundo del estatus, pues transformó unos supuestos derechos en privilegios a los que sólo se puede acceder siendo varón.

Se dirá, sin embargo, que la formulación contemporánea de esa declaratoria ha subsanado la contradicción. En ella se lee, en efecto, que se trata de una declaración universal de los derechos humanos y, al menos formalmente, su contenido hace explícita la inclusión de las mujeres en tal denominación. ¿No es esto suficiente? ¿Tiene sentido, por ejemplo, esa suerte de tautología que implica hablar de los derechos humanos de las mujeres?

No ha faltado quien señale que el uso de tal lenguaje es contraproducente. Alguno de esos señalamientos podría sintetizarse de la manera siguiente: Ciertamente la exclusión de las mujeres, evidenciada en la primera declaratoria, las configuró performativamente en un grupo. Pero, si ahora que han sido incluidas como integrantes de una humanidad para la que se reconocen de manera intrínseca los derechos, se torna a nombrarlas por separado, aunque sea para confirmarles esa capacidad, ¿no se las vuelve a considerar como si fuesen un colectivo homogéneo, una minoría, en vez de la mitad no escindida del género humano, como claramente son? Sería interesante, para contestar esta reflexión, recurrir a una genealogía de los reclamos feministas que nos muestre cómo ha pensado esa tradición la reivindicación de derechos para las mujeres.

En el propio contexto de la Revolución francesa, el feminismo debió hacer explícita la demanda de libertades para las mujeres en la medida en que el antifeminismo ganaba terreno en el interior de los movimientos igualitaristas. Aunque la ideología revolucionaria había sido nutrida por toda clase de propuestas libertarias autoproclamadas universalistas, la incongruencia doctrinaria campeó en la mayoría de las corrientes en pugna contra el Antiguo Régimen. Jacobinos, girondinos y babeuistas por igual se manifestaron por excluir a negros, judíos y mujeres del poder ciudadano. Esto obligó a quienes se decantaban por un universalismo consecuente a impulsar la crítica interna defendiendo los derechos concretos de esos colectivos, a la par que los derechos genéricos del hombre. Plumas como las de Condorcet o D'Alembert, entre los famosos y reconocidos, pero también como las de Mericourt y De Gouges entre las olvidadas, hacían ver que, si los derechos políticos no eran ganados para todo mundo, no tendrían sentido de derechos para unos cuantos.¹

En el marco del movimiento sufragista internacional, Elizabeth Cady Stanton nos proporciona un argumento impecable para comprender el sentido teórico, ético y político de la reivindicación feminista. En efecto, en su polémica con Lucretia

Mott, Stanton muestra con claridad que la reivindicación de los derechos de las mujeres debe hacer explícita la mención de éstas para que no se corra el riesgo de pasarlas por alto como resultado del amañamiento ideológico que identifica género humano con la particularidad masculina mediante el término hombre; pero, al mismo tiempo, tener muy claro que esos derechos les corresponden a ellas no en tanto mujeres, sino en tanto individuos.

Para aclarar la diferencia, quizá debíamos contrastar esta propuesta con su contraparte, presentada por el sufragismo moderado, como se llamó en su momento. El corazón de la filosofía de Mott y sus partidarias es la convicción de que no puede hacerse abstracción de las particularidades de las mujeres a la hora de exigir derechos para ellas y, en consecuencia, debe hacerse explícito que las reivindicaciones feministas están acotadas por lo que las mujeres necesitan en virtud de su identidad y por aquello que, en esa misma lógica, pueden ofrecer a la comunidad. Así, ya que las mujeres se caracterizan por encarnar cualidades sustantivas diferentes a las que poseen los varones, lejos de ignorarlas, debemos reconocerlas y plegar nuestro programa ético político a esa particularidad. Si ellas son más emocionales que racionales; si su papel supremo, natural y social, es ser madres; si tienen especial inclinación hacia el cuidado de otros y si su carácter moral está más desarrollado que el de los varones, podemos esperar que el reconocimiento de sus derechos políticos atraerá esas cualidades a la vida pública. La reivindicación de derechos de las mujeres por el feminismo moderado se esfuerza pues en señalar que el reconocimiento de los mismos resultará beneficioso para la comunidad, tanto como para las propias interesadas.²

En contra de esta idea, Elizabeth Cady Stanton deja clara su filiación individualista cuando señala que no es la conveniencia lo que debe forzar la mano de quienes separan a las mujeres de sus derechos, sino la justicia. A diferencia de Mott, y, hay que decirlo, de la mayoría de las sufragistas tanto estadounidenses como europeas, Stanton entiende que no son los colectivos, en virtud de tales o cuales supuestas cualidades sustantivas quienes pueden ser sujetos de derechos, sino sólo los individuos. Y a todo individuo debe reconocérsele capacidad de libertad *porque le corresponde*, de acuerdo con el credo universalista, como miembro del género humano, y no porque el ejercicio de derechos redunde en tal o cual ventaja para la colectividad.

Ahora bien, ¿qué es lo que se esconde detrás de esas dos apuestas políticas? ¿Podemos extraer de ese debate alguna lección útil para las luchas actuales por los derechos de las mujeres?

¹ Cfr. Alicia Puleo, *La ilustración olvidada: la polémica de los sexos en el siglo XVIII*, Barcelona, Anthropos, 1993.

² Cfr. Richard J. Evans, *Las feministas. Los movimientos de emancipación de la mujer en Europa, América y Australasia 1840-1920*, Madrid, Siglo XXI Editores, 1980 y Amalia Martín Gamero, *Antología del feminismo*, Madrid, Alianza, 1975.

En términos contemporáneos quizá pudiésemos identificar las posiciones de Mott y Stanton con las defendidas por los feminismos de la diferencia y de la igualdad, respectivamente. A grandes rasgos, el primero, hermanado con toda la gama de las políticas de la diferencia y heredero de una larga tradición de crítica antiliberal, ha hecho patente que el modelo ético político individualista (universalista, racional) no puede ser recuperado por el feminismo por varias razones: En primer lugar, porque el propio concepto de individuo racional autónomo, que encuentra su traducción política en la teoría del contrato y en la figura del ciudadano, no puede, bajo ningún concepto, calificar a las mujeres, en la medida en que es necesariamente masculino. Esto es, no se trataría sólo (como acusara el feminismo de los siglos XVII al XIX) de una aplicación incongruente del credo universalista que pudiera resolverse en el plano del derecho y del gobierno al dejar de negar a las mujeres su autonomía. En cambio, sostendría esta posición, las mujeres no son, ni podrán ser nunca individuos porque su diferencia ontológica con los hombres se los impide. ¿En qué radica esa diferencia? ¿Cómo y por qué las aparta de la individualidad, la razón y la autonomía? Bien; en este punto el argumento varía en función de la disciplina o la corriente que lo construya. El punto de partida teórico, sin embargo, es el mismo y, a decir verdad, no es muy novedoso. La ontologización de las mujeres, como se sabe, forma parte de toda sociedad androcéntrica y, en general, parte de una cierta concepción (esencialista) del cuerpo femenino. Las teorías/filosofías/políticas de la diferencia compran la lógica esencializadora de las ideologías patriarcales y se afirman en la oposición sustantiva entre hombres y mujeres derivada de sus diferencias corporales.

Es cierto que hay distintos modos de tematizar la relación entre sexo y esencia según la autora que se analice. Mientras en la tradición francesa las seguidoras de Luce Irigaray³ asumen que la diferencia femenina se forja en la peculiar experiencia proporcionada por vivir desde un cuerpo de mujer; en la vertiente anglosajona se destaca el vínculo entre la capacidad de ser madres y las fórmulas concretas de existencia social de las mujeres. Podemos aún distinguir otra posición en esta apretada síntesis; la que sostienen desde la psicología moral autoras como Gilligan⁴ al indicar que, aunque se reconozca que es producto de una socialización culturalmente específica, debemos comprender que las mujeres desarrollan capacidades éticas distintas a las de los varones. Mientras ellos construyen un código moral referido a la justicia abstracta, ellas se orientan a los lazos afectivos favoreciendo una ética del cuidado de los otros concretos. Algunas más, preocupadas por los efectos opresivos de un feminismo hegemónico, insisten en que no basta

destacar las diferencias entre hombres y mujeres (ancladas una vez más en las funciones del cuerpo femenino; bien por la capacidad única de crear vida, por lo distintivo de la anatomía sexual o por las actividades que las madres se ven obligadas a realizar en el proceso de la crianza); hay que señalar también las enormes diferencias entre mujeres en virtud de su origen étnico, religioso, social, económico o cultural. Aquí, a la diferencia anclada en los cuerpos, habría que sumarle la que está referida a la ontología del grupo. Una y otra, como puede suponerse, interpelean a la identidad.

Con esta perspectiva conceptual como telón de fondo, ¿con qué argumentos se reivindican los derechos de las mujeres? A decir verdad, en este punto nos toca afrontar una tarea delicada, pues debemos confesar que la sofisticación teórica de planteamientos como los de Irigaray, Pateman⁵ o Gilligan arruinaría el proyecto de Lucretia Mott. Esto porque, mientras el feminismo de la diferencia del siglo XIX coronaba su convicción con una propuesta política, el de los siglos XX y XXI se decantaría en su mayor parte por la antipolítica. No creas tener derechos, es, en efecto, un conocido lema del feminismo italiano encabezado por Luisa Muraro que se afilia con esta idea a la conclusión de que las mujeres deben dejar de hacerle el juego al patriarcado burgués y reconocer que el individuo, la política y el mundo de los derechos son intrínsecamente masculinos. Las mujeres son, en cambio, las otras. En lugar de pelear por ser reconocidas como lo que nunca podrán ser (por su anatomía; por la experiencia que desde ella se vive) deben reivindicar la excelencia del mundo femenino y gozarse en las bondades que ofrece. El *re-conocimiento* de las mujeres pasa, pues, por vivirse como colectivo (y no como unicidad); por admitir y vivir plenamente en el orden simbólico de la madre y aceptar la alteridad como su verdad. Postulados todos que hacen de la antipolítica su propuesta política. No era esa, sin duda, la apuesta de Lucretia Mott.

Existe, sin embargo, una salida política alternativa para las filosofías de la diferencia. Su expresión más conocida probablemente se encuentre en la obra de Iris Marion Young.⁶ Desde la teoría política, esta autora propone enfrentar las consecuencias excluyentes de la democracia liberal, modificando sus estructuras más características. Para ello somete a crítica, en particular, el concepto de ciudadanía universal. A diferencia de Irigaray o Pateman, quienes consideran una contradicción en los términos hablar de las mujeres como individuos, Young cree que la noción de ciudadanía, tradicionalmente excluyente al ser falsamente universal, puede modificarse cualitativamente en favor de las mujeres y otros grupos subordinados, si deja de pensarse a partir del ideal de igualdad y se le reconoce diferenciada. El

³ Cfr. Luce Irigaray, *Speculum of the Other Woman*, trad. Gilliam C. Grill, Ithaca, Cornell University Press, 1989.

⁴ Cfr. Carol Gilligan, *In a Different Voice*, Cambridge, Harvard University Press, 1982.

⁵ Cfr. Carole Pateman, *The Sexual Contract*, Stanford, Stanford University Press, 1992.

⁶ Cfr. Iris Marion Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, Princeton University Press, 1990.

rasero para medir esta diferencia será la condición de grupo, no definido por características esenciales, sino por el propio ejercicio de la opresión. Así, las mujeres, tipificadas como grupo oprimido, deben encontrar fórmulas de representación política y social que les permitan articular demandas específicas para sus necesidades concretas.

Frente a esto, ¿cómo reaccionaría el feminismo de la igualdad? Habría que decir, de entrada, que si bien comparte las críticas anteriores a la formulación hegemónica de las ideas ilustradas de individuo y ciudadano, no comulga con la caracterización de las mismas como necesariamente masculinas. Entiende, en cambio, que la práctica hegemónica en teoría y política ha desvirtuado el potencial emancipatorio del universalismo al sesgarlo conforme a particularidades de género, localidad, estatus, clase y cultura que es necesario deconstruir. Al hacerlo, hay que apostar por un universalismo interactivo, que dé cuenta del individuo en situación al ubicarlo en su contexto y posición social específica, diseñando fórmulas incluyentes de participación política. En esta tradición se revela una fuerte oposición a considerar que los derechos puedan definirse como colectivos; son las libertades y capacidades de las personas como individuos (incluida la posibilidad de elegir la propia adscripción) las que dan cuerpo a las demandas. Si esto es así, al tiempo que debemos reconocer que la caracterización social de las personas como mujeres las ubica en una posición de subordinación que debe superarse, no podemos reproducir una mentalidad que esencializa esa definición —y la correspondiente subordinación— en nombre de unos intereses de grupo. El problema que representa vincular los derechos a la identidad (femenina, indígena, islámica o cualquier otra) salta a la vista cuando se tematiza en los diferentes proyectos de representación política.

En un conocido texto de Ann Phillips, publicado en 1991, la autora da cuenta de esas opciones recurriendo a una sencilla clasificación, según la cual, la representación política de las mujeres puede fundamentarse; a) en la justicia; b) en la imposibilidad de que, como ocurre con los menores de edad, los varones representen los intereses femeninos, pues se presume una diferencia intrínseca entre ambos grupos; y c) en las ventajas que implica para la sociedad que las mujeres participen en igualdad de condiciones en el ámbito público. Mientras que la primera opción entiende, de manera categórica, que los derechos deben reconocerse a toda persona porque es lo justo, la segunda y la tercera parten de nociones condicionadas del deber moral, que hacen depender la legitimidad de una reivindicación de sus resultados. Es decir, según estas opciones, la reivindicación de los derechos de las mujeres debe justificarse en virtud de la utilidad que derive de su reconocimiento. Esta última visión se opone a las propuestas de cuño individualista y racional sustentadas, como ya se habrá supuesto, en la ética kantiana.

¿Cómo debemos reaccionar ante esta disyuntiva? Cuando se plantea en el debate político, como se indicaba al principio, que en la lucha por ganar espacios de

poder y libertad para las mujeres debe insitirse en la importancia del lenguaje incluyente y en hacer explícita una y otra vez la demanda de ese reconocimiento (hablando incluso de los derechos humanos de las mujeres), ¿entramos necesariamente en el campo del esencialismo? ¿Nos ubicamos en el plano de la identidad? Si exigimos la visibilización de las mujeres; sus espacios, preferencias, acciones, necesidades y experiencias concretas, ¿tenemos que aceptar la homogenización? ¿Nos alineamos con las políticas de la diferencia? Si, por otro lado, nos decantamos por el universalismo individualista asumiendo todas las virtualidades liberadoras de la ética racional, ¿cómo eludimos los perversos efectos invisibilizadores y excluyentes del universalismo sustitutivo? ¿Cómo evitamos que, una vez más, la cruda realidad de sometimiento moral, social, económico, cultural y político que padecen las mujeres por el hecho de ser así concebidas se desdibuje tras la engañosa figura del individuo descontextualizado?⁷

Las críticas al modelo de la ética formal, muchas veces formuladas y reformuladas desde, cuando menos, el siglo XIX, han señalado con justicia las deficiencias teóricas y políticas de tal sistema. En la traducción de ese proyecto al lenguaje de los derechos se reproducen, desde luego, las deficiencias, manifestándose como tensiones entre el reconocimiento de capacidades generales de los individuos abstractos y aquellas que hablarían de personas concretas, afectadas por situaciones históricas, sociales y culturales específicas.

No hay una salida fácil para este problema, pero, desde luego, el reconocimiento de su complejidad no debe impedir que se enfrente haciendo acopio de todos los recursos que nos ha proporcionado el propio pensamiento feminista y la ya larga experiencia de su práctica política.

2. Las trampas de la diferencia

La tensión existente entre identidad y vindicación no es nueva. Desde sus orígenes ilustrados en el siglo XVII, el feminismo se ha mostrado atrapado en una paradoja: por una parte se ha revelado como una apuesta, una crítica ética desde la vindicación femenina de la autonomía moral y política; por otro lado se ha visto enfrentado a la necesidad de justificar su propuesta frente a otros, frente a la misoginia, de cara a la reacción antifeminista, alegando que las mujeres son capaces de ostentar válida y legítimamente el carácter de sujetos morales y autónomos. Sin embargo, esta necesidad, en la medida que ha obligado al feminismo desde sus inicios a lanzar una definición del significado de ser mujer, ha resultado un escollo

⁷ Cfr. Celia Amorós, *La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias... para las luchas de las mujeres*, Madrid, Cátedra, 2005.

permanente en lugar de una ayuda para cumplimentar el objetivo último que se planteó desde el principio. En otras palabras, al intentar definir la esencia de la feminidad para así demostrar que las mujeres eran capaces de autonomía, el feminismo no logra acercarse a la demostración de que la autonomía moral y política son justificables desde el punto de vista femenino, sino que, al contrario, va progresivamente generando una brecha entre ambas partes de su discurso.

Veamos: en un principio, el feminismo ilustrado plantea una crítica a la inconsecuencia de un número de los filósofos de la Ilustración que, por un lado proclaman la universalidad del concepto de individuo y con ello de la autonomía y la capacidad de discernimiento moral. Por otra parte, sin embargo, estos mismos pensadores niegan que las mujeres sean igualmente capaces de demostrar el pleno uso de sus cualidades racionales y regatean el estatuto de individuo y en consecuencia la facultad de autonomía para todo el género femenino.

Poulain de la Barre, como se sabe, confronta este tipo de pensamiento aduciendo que el entendimiento no tiene sexo, y al mismo tiempo inaugura una suerte de definición del género femenino para oponerlo al masculino mostrando que, pese a esta oposición, las conciencias de ambos genéricos son libres. Poulain va incluso más allá estableciendo que el carácter femenino, en tanto que ha sido menos cercano a la civilización por haber estado las mujeres sometidas a una suerte de analfabetismo permanente en tanto que se les ha negado la oportunidad de educarse, han evadido los artificios que conlleva el progreso y en consecuencia se encuentran mucho más cercanas a la pureza moral. A partir del recurso del autor a la descripción del carácter femenino para defender la inclusión de las mujeres en la categoría de individuos autónomos, el feminismo que le sucede parece que se obliga cada vez más a decir *qué son* las mujeres.

Si vemos el caso de Mary Wollstonecraft nos daremos cuenta de que esta autora recurre a un minucioso ejercicio de descripción de lo que significa ser mujer en el que comienza a asociar muy cercanamente ese supuesto ser intrínseco con la maternidad. Sin embargo, por otro lado la autora admite que las mujeres no pueden ser comprendidas cabalmente como han sido hasta entonces porque han sido sometidas a tal tipo de formación deformante que lo único que revela de su ser es una apariencia, y no su verdadera esencia. Para que descubramos cómo pueden llegar a ser las mujeres —y este es un argumento que recupera Taylor Mill⁸ en el siglo XIX— debemos dar la oportunidad de que reciban una educación equivalente a la de los hombres, que no las forme para el servicio y la sumisión sino para la libertad y la razón. Wollstonecraft nos plantea entonces la necesidad de un compás de espera a partir de aplicar cierto tipo de medidas públicas, para ver aparecer el ver-

dadero ser femenino. Esto implica, desde el propio momento de su enunciación, una confesión acerca de que la autonomía sólo es posible en la medida que sea asequible a una cierta identidad humana que aparezca merecedora de ella.

Si lo observamos bien, este mismo entendido es ya paradójico. La autonomía moral, al haber sido ligada por el pensamiento ilustrado liberal a la categoría de individuo definida a partir de una radical abstracción, implicaba la virtud principal de no estar vinculada a ninguna particularidad sino de permitir la enorme diversidad de particularidades alegando como única condición para pertenecer a ella la de ser una persona.

El feminismo, por desgracia, responde a la misoginia en los mismos términos de la incongruencia respecto del pensamiento ilustrado y no —seguramente por justificadas razones— colocándose fuera de este argumento viciado que la reacción misógina le impone.

El resultado se va viendo con más claridad en el movimiento sufragista del siglo XIX, particularmente en su variante europea y, como vimos, en la corriente estadounidense que encabeza Lucretia Mott.

A lo largo de ese siglo vemos desarrollarse dentro de la reacción romántica contra la Ilustración una noción de ética que, en lugar de estar ligada al individuo y a la racionalidad, parece querer vincularse más con los valores comunitarios, con la identidad nacional, con la expresión del espíritu de un colectivo solidario. Y en la medida que esto sucede se va produciendo también una peculiar operación en la que la propia misoginia romántica relaciona a las mujeres con un ideal excelso asociado, justamente, a la comunidad, a la solidaridad, a la defensa del espíritu común. Esta esencia de la feminidad decimonónica se disocia entonces radicalmente de la individualidad. Las mujeres durante el romanticismo van a ser llamadas a encarnar la excelencia moral entendida desde esta perspectiva eticista, a cambio de confundirse cada una con su genericidad, de nunca proclamarse sujetos particulares. Curiosamente, una parte del sufragismo, de nuevo, se rebela contra la misoginia, no confrontando esta idea sino abrazándose a ella y matizándola con la demanda feminista. Es decir, cuando ese sufragismo pide derechos civiles y políticos para las mujeres, una de las formas en las que argumenta las bondades de este tipo de concesiones es indicando que la incorporación de las mujeres al mundo público lo engrandecería moralmente aportando los valores propiamente femeninos: la abnegación, la solidaridad, los valores familiares, la capacidad de ver por los otros antes que por una misma; todos los valores asociados con la maternidad y con la mujer doméstica. Curiosamente, la demanda feminista sigue siendo una demanda autonomista, pero planteada desde una *definición de la feminidad* (la asunción de una identidad) con la que se quiere justificar la pertenencia a lo público.

El feminismo, a partir de ahí, sigue entrampándose con la idea de que es necesario definir el ser mujer. De que algún problema político y cultural que el feminismo

⁸ Cfr. Harriet Taylor Mill, "The Enfranchisement of Women", en *Sexual Equalit. Writings* J. Stuart Mill, H. Taylor Mill y H. Taylor, Canadá, University of Toronto Press (ed. original 1851), 1994.

debe enfrentar –y este es un pensamiento que se aplica tanto al feminismo socialista de los siglos XIX y XX y a la enorme diversidad de movimientos feministas que se van produciendo a partir de la segunda mitad del siglo pasado– es la idea de que no hemos acabado de definir lo que somos como mujeres: cuál es el sujeto del feminismo; cuál es la verdadera mujer; qué características debe tener; para apostar al engrandecimiento, a la liberación, a la revelación de ese ser fundamental.

Una y otra vez, estos esfuerzos han mostrado la gran problemática a la que nos enfrentamos cuando intentamos conjugar ambas lógicas. No hay validez alguna en la búsqueda errática de una definición esencial, mucho menos si con ella se quiere apostar por la libertad personal de elección de la propia vida, del propio futuro, de las propias decisiones. Las visiones comunitaristas y posmodernas del siglo XX que tanto influyeron en una gran parte del feminismo están firmemente asociadas con esta noción. Con la idea de que es imprescindible definir al ser femenino.

La diferencia de la que hablamos es la que se construye como una crítica filosófica al proyecto filosófico de la modernidad.

De acuerdo con el diagnóstico respecto a las políticas/teorías/filosofías de la diferencia, la modernidad se ha agotado –para bien– fundamentalmente en tres aspectos: en su visión de la historia, su visión del sujeto y su visión de la razón universal.⁹ El agotamiento de estas miradas obedece básicamente a que, mediante ellas, la modernidad se ofrecía a sí misma como un proyecto emancipador por medio de un planteamiento sesgado y tramposo. Este planteamiento puede resumirse en la promesa, hecha por la filosofía de la Ilustración, de construir una visión universalista e incluyente que diese cabida al reclamo de igualdad de todos los seres humanos. La trampa, según afirman diversas posiciones críticas, recogidas por Seyla Benhabib, radica en que detrás del universalismo se escondía una visión parcial y sesgada que pretendió imponerse como única anulando la diversidad. Pongamos atención sobre cómo, según esta crítica, se expresa esta trampa homogeneizadora en algunos rubros del proyecto de la modernidad.

Según este diagnóstico, la modernidad construyó una idea de sujeto, basada en la noción de individuo autónomo, que se ofrecía como el puntal de la promesa de emancipación. El individuo reclama para sí autonomía, autarquía e igualdad con base en su definición abstracta como ser racional. Al mismo tiempo, esto permite a la categoría de individuo reclamarse como universal. En efecto; si la única condición para definir al individuo –y con él su calidad de autónomo– es tener la capacidad de discernir, el resultado se visualiza como el más incluyente posible. Frente a tal pretensión la crítica de la diferencia señala dos problemas fundamentales. Primero, que la noción en uso de individuo sufre los efectos de una serie de inconsecuencias

que hacen a los realizadores del proyecto de la modernidad –políticos o filósofos– darle nombre y apellido o, por mejor decir, género, raza, religión y estatus, a una categoría supuestamente abstracta. Así, de nuevo, el individuo, lejos de ser universal, quiere dar carta de legitimidad universalista a un conjunto parcial y excluyente de individuos. En realidad, sólo para ellos, los varones, blancos, propietarios, ilustrados, cristianos, heterosexuales... está diseñado el ideal de autonomía. El resto debe contentarse con ser regido por los usufructuarios exclusivos del uso de la razón.

Pero esta crítica apunta otra deficiencia ética del concepto de individuo que no se limita a la inconsecuencia señalada. De hecho, se trata de un problema implicado en la definición misma del individuo como racional y autónomo y, de nuevo, su pretensión universalizante. Lo que se indica en este caso es que tal idea desde la cual pretende definirse a todas las personas y sus aspiraciones, así como a los principios de convivencia idóneos, refleja una vez más una visión sesgada a partir de cómo se configuran las identidades de algunos sectores en la cultura occidental moderna, pero que de ninguna manera describe la percepción ni la autopercepción de otros sujetos en el interior de la propia sociedad occidental, ni, desde luego, fuera de ella. En primer lugar porque la razón, criterio que se supone incuestionablemente universal, está lejos de serlo. Otras culturas y muchos grupos de personas dentro del propio Occidente no operan de acuerdo con lógicas racionales, sino con otros tipos de percepciones y construcciones mentales. De este modo, la idea de individuo sustancializa un concepto que se ofrecía como formal y abstracto, y quiere imponerlo como único factor legítimo de definición de las personas y sus interacciones. No obstante, la progresiva proliferación de identidades, la supresión paulatina de modos únicos de definir la subjetividad que se observa en las sociedades de hoy en día, hacen imposible seguir sosteniendo la quimera del sujeto racional y autónomo y sus pretensiones homogeneizantes y opresivas. Ha debido darse paso a una pluralidad de posiciones que, por principio, no se definen como racionales ni universalistas, sino como particularidades que tienen sus propios sentidos, mismos que no pueden ni deben imponerse a nadie más. Debemos reconocer de manera explícita, en nuestro proyecto ético y político (o antiético y antipolítico) que vivimos en una sociedad diversa, incluyente y particularista que no requiere de proyecto unificador alguno para dar cabida a las singularidades. Éstas se expresan por el simple hecho de existir, y no necesariamente hay reclamos organizados en favor de ello, puesto que, en muchos casos, su propia estructura no implica ni admite la institucionalización de los reclamos. Estos son, a grandes rasgos, los supuestos defendidos por las tradiciones de la diferencia, el feminismo incluido.

Pese a sus cualidades críticas, este diagnóstico encierra, a su vez, ciertas inconsecuencias internas que ahora nos interesa destacar.

⁹ Según una sugerencia que retomamos de Seyla Benhabib, *El ser y el otro en la ética contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2006, pp. 231-269.

La diferencia pretende oponer a la universalización la aceptación de todos los particularismos, sin reparar en que la única garantía para que una peculiaridad no pretenda imponerse sobre otra es contar con un referente general en el que cualquiera pueda ampararse con la única condición de no pretender negar o descalificar a los demás. De lo contrario, se opta por una defensa ingenua de identidades sustancializadas a las que se supone coexistiendo en armonía, cuando lo que la experiencia del mundo en todo tiempo nos enseña es que, justamente, las identidades tienden a afirmarse no al lado de otras, sino por encima y en contra de las demás.

La idealización de las identidades no modernas, de corte comunitarista, tradicional o posmoderno, es decir, todas aquellas que se estructuran a contrapelo de la noción de individuo, tiene además implicaciones graves para los sujetos particulares. En efecto, la tendencia a descalificar la constitución identitaria individualista ha conducido a estas corrientes a emprender la defensa de formas comunitarias de organización social y de identidades referidas a grupos. Ejemplos destacados de ello los encontramos en el propio seno de las sociedades modernas entre los colectivos que se autodefinen a partir de características como la pertenencia étnica, religiosa, de preferencia sexual o de género. En estos casos, como en muchos otros, la definición de la identidad concreta de las personas se oculta por su identificación con un rasgo que aparece como esencial. En este sentido, al hablar de una supuesta particularidad, en realidad se está defendiendo una acción homogeneizadora en donde la persona específica desaparece tras su cultura, su comunidad, su religión o su sexo. Lo que la sociedad y el propio grupo perciben como construcción identitaria marcada por estos rasgos se torna una suerte de esencia inescapable que marca a todas aquellas personas que se asocian con ella. Así, socialmente se reproduce una cierta percepción sobre lo que significa ser negro, o musulmán o mujer, y los individuos particulares se ven forzados a identificarse con ese conjunto de características. ¿Es ésta realmente una defensa de las identidades particulares? ¿O asistimos, por el contrario, a una reivindicación de identidades sustancializadas mucho más feroz que la provocada por las inconsecuencias de la modernidad?

Desde nuestro punto de vista se trata de lo segundo. Según pensamos, la crítica de la modernidad no tiene por qué implicar el decreto de su muerte como proyecto emancipatorio. Por el contrario, nos parece que sus virtualidades liberadoras siguen vigentes y que son mucho más poderosas de lo que las políticas de la diferencia han sabido reconocer. En particular, la visión moderna del individuo autónomo sigue siendo, desde el punto de vista ético, una opción mucho más saludable como referente de derechos y libertades que la apuesta sustancialista por las identidades. Las feministas asociadas con esta corriente se ubican precisamente en tal lógica, es decir, colcándose en una situación harto paradójica frente al problema de

la caracterización de la feminidad. Incluso, acabaron por concluir que la única manera de enfrentar esta definición era exactamente como el pensamiento misógino había procurado hacerlo durante siglos, esto es, como lo otro de la subjetividad, como la negación del individuo, de la unicidad, del pensamiento racional. En consecuencia, por último, como la negación de la autonomía. Este feminismo, que ha procurado con tanto celo establecer la diferencia entre los genéricos masculino y femenino, ha obtenido la construcción de una enorme paradoja: la paradoja de la homogeneización. Han condenado a las mujeres a una definición extrínseca que les obliga a identificarse con su cuerpo; a imaginarse a partir de sus genitales, a partir de cierta concepción cultural sobre algunas funciones biológicas y a negar para sí mismas la posibilidad de definirse a lo largo de un proyecto, como personas autónomas. Lejos de ello, las mujeres que el feminismo de la diferencia concibe no se están obteniendo a sí mismas como personas: por el contrario, siguen estando relegadas a la heterodesignación. Y, como ha venido sucediendo a lo largo de la historia, se ven obligadas a ajustarse a los cánones que las observan como lo otro, como lo indefinible, como lo alógico, y en consecuencia, como mera parte integrante de un genérico indescifrable que prohíbe el establecimiento de proyectos individuales. El resultado último de este tipo de propuestas produce una parálisis tanto ética como política. No hay moral, dice el feminismo de la diferencia, que pueda ser feminista en tanto que las definiciones del bien y el mal han sido establecidas por los hombres. No hay política, señala esta misma postura, porque toda participación política se hace aceptando la definición de las divisiones de espacios, del concepto de ciudadanía, que han sido diseñadas por y para los individuos varones. Con esta certeza, condenan al propio feminismo a la inmovilidad, a una suerte de realización de vida particular, que no individual, que no será sino la reproducción infinita de la misma incoherencia discursiva. Su definición de la feminidad pretende no ser una definición, porque, alegan, se encuentran fuera de la lógica del discurso y, en consecuencia, de la lógica de las designaciones. Sin embargo, utilizan la teoría, la lógica y la razón para argumentar a favor de esta aparente discontinuidad con la que están designando a las mujeres. Cada una sólo puede *decir-se* fragmentariamente en tanto experiencia vivida, argumenta el feminismo de la diferencia. Pero esa un/a, en tanto escindida, no es, para nada, sujeto de su propia vida, sino solamente una parte de la des/organicidad genérica que implica esta noción de lo femenino como alteridad.

La reconstrucción de los géneros, el cuestionamiento a la necesidad de cualquier definición identitaria, tiene que ser parte de un proyecto feminista tanto en ética como en política, que pretenda ser coherente consigo mismo. Cualquier otra postura condena progresivamente al feminismo a su extinción. Y esto se comprueba fácilmente: la muerte del feminismo ha sido decretada ya por algunas de estas corrientes que consideran que el propio enunciado de un sujeto mujer es incompa-

tible con la definición de la diferencia. Si no hay mujeres, aducen, no hay feminismo. ¿Desde dónde hablamos entonces? La lucha contra el esencialismo que este tipo de posiciones pretende llevar adelante, en realidad se torna una esencialización torpe cuyos frutos son suicidas. Las mujeres participamos ya en el juego de la ética y de la política. Es este juego el que debemos redefinir, rehusándonos, en cambio, a colaborar en aquel otro que al exigimos como credenciales para la libertad de la identidad femenina antes referida, nos hace renunciar a nuestra actual particularidad como personas.

PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LAS MUJERES EN MÉXICO: REACCIÓN DESDE LOS CONGRESOS ESTATALES A LA SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE EN MATERIA DE INTERRUPCIÓN LEGAL DEL EMBARAZO

Laura Henríquez Maldonado

1. Introducción

La interrupción del embarazo, es un problema de salud pública (a nivel nacional se realizan 200 mil abortos de manera anual), de los cuales al menos mil 500 mujeres mueren.¹ Este tema está vinculado a la educación sexual y al acceso a métodos anticonceptivos.

En México no es punible el aborto en los casos de violación, el imprudencial y cuando se encuentra en riesgo la vida de la mujer, sin embargo, el aborto voluntario únicamente está contemplado en una legislación: la del Distrito Federal.

El presente documento tiene como base los derechos humanos de las mujeres, los cuales surgen de la necesidad de hacer un reconocimiento para la protección específica de sus derechos, como son los derechos sexuales y reproductivos.

Es oportuno distinguir las implicaciones que conlleva hablar del término salud sexual, la cual se refiere a un "estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual sa-

¹ Inmujeres DF, *Cifras en torno a la despenalización del aborto*, disponible en <http://www2.df.gob.mx/virtual/inmujeres/int_embarazo/documentos/aumento_causales.html>, consulta: 9 de abril del 2011.

tisfactoria y sin riesgos de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia".²

Por su parte, la salud reproductiva está "estrechamente vinculada con los derechos reproductivos", es decir, en el reconocimiento del derecho de toda persona a decidir libre y responsablemente el número de hijas e hijos, su espaciamiento y el intervalo de nacimientos, así como la obtención de información y los medios para ejercer tal derecho, en suma, no solo contempla la planificación familiar, sino otros aspectos relacionados con la sexualidad y la reproducción.³

Al analizar el paradigma de la salud reproductiva desde una perspectiva de género, se tiene que la conexión entre reproducción y salud, "está mediada por la posición subordinada de las mujeres y los obstáculos a su autonomía".⁴

También se toma en consideración el reconocimiento de la autonomía de las mujeres, el Estado laico y la exigibilidad de la ley.

2. Los instrumentos internacionales sobre derechos sexuales y reproductivos

Son diversos los instrumentos inscritos en el derecho internacional de los derechos humanos, los cuales abordan los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, entre ellos destacan:

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés)⁵ ha sido llamada la Carta Magna de las mujeres, es el principal instrumento internacional legal de carácter internacional para la promoción y defensa de los derechos humanos de las mujeres.

La CEDAW reconoce como una obligación estatal la adopción de medidas de cara a eliminar la discriminación en el ámbito laboral y asegurar "el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción" (artículo 11). Por otro lado, la Convención dispone el deber de garantizar "los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso

la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos" (artículo 12).

En ese sentido, el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, instó al Estado mexicano a ampliar la cobertura de los servicios de salud, de manera específica en cuanto a la atención de la salud reproductiva y servicios de planificación familiar, y recomendó a nuestro país que armonizara la legislación relativa al aborto a nivel federal y local y a aplicar una estrategia amplia que incluya el acceso efectivo a servicios de aborto seguros en las circunstancias determinadas en la ley.⁶

Por su parte, aunque el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁷ no hace ninguna alusión específica a la salvaguarda de los derechos sexuales y reproductivos, reconoce que los Estados tienen el deber de proteger y asistir a las familias, concediendo especial protección a las madres (artículo 10).

Mientras, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸ reconoce el derecho de mujeres y hombres a contraer matrimonio y a fundar una familia (artículo 23), es decir, indirectamente están reconociendo los derechos sexuales y reproductivos de ambos sexos en términos de igualdad.

En el ámbito regional, aunque la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹ reconoce también el derecho a contraer matrimonio y formar una familia (artículo 17), y aunque determina que "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" la expresión "en general" otorga a los Estados un margen de adoptar legislación que le permita la interrupción del embarazo en determinadas circunstancias". Cabe destacar que ni la Comisión, ni la Corte Interamericana de Derechos Humanos (encargadas de vigilar el cumplimiento de la Convención) han publicado ninguna decisión sobre el alcance de dicho margen.¹⁰

⁶ Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: México, 25 de agosto del 2006.

⁷ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) 12 de mayo de 1981.

⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) 20 de mayo de 1981.

⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. 22 de noviembre de 1969.

¹⁰ GIRE, *Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y acumulada 147/2007*. Recuperado el 9 de abril del 2011, de <<http://www.gire.org.mx/>>

² Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo.

³ GIRE, *¿Qué es la salud reproductiva?* Recuperado el 9 de abril del 2011, de <<http://www.gire.org.mx/contenido.php?informacion=114>>.

⁴ Adriana Ortiz, *Si los hombres se embarazaran ¿el aborto sería legal?*, 2a. ed., México, Edamex/Population Council, 2001, p. 207.

⁵ Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer. Aprobada en 1979 por la Asamblea General de la ONU. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) el 12 de mayo de 1981.

Al suscribir estos instrumentos, México se comprometió a tomar todas las medidas necesarias, para garantizar a las mujeres el reconocimiento y pleno ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos.

Entre los Instrumentos no vinculantes, se encuentra la Declaración Universal de Derechos Humanos,¹¹ la cual determina en su artículo 1o. que "todos los seres humanos nacen libres e iguales", esto se traduce en un reconocimiento a la persona como sujeta de derechos y obligaciones a partir del momento de su nacimiento, señala De Barbieri¹² que es desde ese momento y no antes, en que se tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad física (artículo 3o.). Por otro lado, también reconoce el derecho de mujeres y hombres de casarse y formar una familia (artículo 16). Como sostiene Pérez Duarte, este tipo de definiciones deben tomarse con reservas, pues vincula "los derechos reproductivos a la formación de una familia por la vía del matrimonio", es decir, reconocen un prototipo de "familia humana", la cual no es prototipo en la actualidad.¹³

La Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo¹⁴ (Conferencia del Cairo) define la salud reproductiva como "un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades y dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos".

En dicha Conferencia se señaló que la salud reproductiva implica el disfrute de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos, así como la capacidad de procreación, en libertad de decidir, hacerlo o no y su frecuencia.

En el seno de la Conferencia se subrayó la necesidad estatal de esforzarse para que la salud reproductiva esté al alcance de todas las personas y además se atiende, entre otras cuestiones, la interrupción del embarazo, la cual plantea específicamente que "las mujeres que tienen embarazos no deseados deben tener fácil acceso a información fidedigna y asesoramiento comprensivo [...] En los casos en que el aborto no es contrario a la ley, los abortos deben realizarse en condiciones adecuadas".

¹¹ Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948.

¹² Teresita de Barbieri, "La interrupción voluntaria del embarazo", en Adriana Ortiz (ed.), *Razones y pasiones en torno al aborto. Una contribución al debate*, 2a. ed., México, Edamex / The Population Council, 1995, pp. 9-10.

¹³ Alicia Elena Pérez Duarte, "El marco jurídico de los derechos reproductivos", en Adriana Ortiz, (comp.), *Derechos reproductivos de las mujeres: Un debate sobre justicia social en México*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 1999, p. 74.

¹⁴ Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. Celebrada en El Cairo, Egipto, del 5 al 13 de septiembre de 1994.

La Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer¹⁵ en la línea la mujer y la salud, reconoce el derecho de todas las mujeres a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental. De manera adicional coincide con los planteamientos de la Conferencia del Cairo, y señala textualmente: "La capacidad de la mujer para controlar su propia fecundidad constituye una base fundamental para el disfrute de otros derechos".

Si bien, los instrumentos arriba citados no obligan propiamente a nuestro país, si lo hacen de manera moral.

3. Los derechos sexuales y reproductivos como garantía constitucional

Por su parte, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra las garantías de no discriminación e igualdad jurídica entre mujeres y hombres en sus artículos 1o. y 4o.

De manera particular, abordaremos el contenido del artículo 4o. constitucional, que reconoce el derecho que toda persona tiene a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Luego entonces, los derechos reproductivos son una garantía Constitucional, por lo que debemos interpretar que el Estado reconoce el derecho de las mujeres de decidir sobre su maternidad (la libertad de decidir cuándo ser madres o no serlo), asimismo, debe garantizar los medios para ejercer tal derecho, si atendemos al artículo en comento, que también dispone 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..."

Lo anterior se traduce tanto en el reconocimiento de derechos (a la salud y a decidir sobre su maternidad), así como al deber del Estado en garantizar las condiciones para poder acceder a tales derechos.

Por otro lado, el artículo 123 constitucional se refiere a la protección de la maternidad de las trabajadoras, en él, se establecen medidas específicas al respecto.

4. El Estado laico

La Real Academia Española señala que la palabra "laico" proviene el latín *laicus* y significa "que no tiene órdenes clericales" y que se es "independiente de cualquier organización o confesión religiosa".¹⁶

¹⁵ Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer. Celebrada en Beijing, China, del 4 al 15 de septiembre de 1995.

¹⁶ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, España, Espasa-Calpe, 2001, s. v. "Laico".

El laicismo significa que “no existe dentro de las actividades del Estado ningún poder, autoridad o dominio impuestos por alguna autoridad religiosa o secular ajena al propio Estado...” el laicismo garantiza que no se impondrá “una sola verdad” religiosa o dogmática como una política estatal.¹⁷

Un Estado laico es aquel donde los puntos de vista religiosos no se oponen a la formulación de leyes ni de políticas de Estado, Calles sostiene que un Estado laico supone “madurez democrática y altos niveles de eficacia y eficiencia en su administración”.¹⁸

El término laicidad puede referirse a una forma de convivencia social en la que el poder estatal se encuentra legitimado por la soberanía popular y no por factores religiosos. El término comprende los principios de respeto a la libertad de conciencia y su práctica; autonomía política; igualdad jurídica y la no discriminación.

Al incorporar el componente género, el Estado laico debe garantizar a las mujeres el reconocimiento de sus derechos sexuales y reproductivos, así como políticas públicas que posibiliten su acceso a ejercerlos de manera plena y sin ningún tipo de discriminación o restricción.

La laicidad, entonces, implica la justificada intervención estatal, cuando se ven afectados los derechos de terceros, derivado del ejercicio público o privado de algún culto religioso o creencia, como es el caso del aborto.

Ferrajoli¹⁹ sostiene que “el Estado no debe inmiscuirse en la vida moral de las personas, defendiendo o prohibiendo estilos morales de vida, creencias ideológicas o religiosas, opciones o actitudes culturales. Su único deber es garantizar la igualdad, la seguridad y los mínimos vitales”, ello mediante el reconocimiento constitucional de garantías fundamentales.

En ese sentido, debe incorporarse de manera expresa la laicidad del Estado mexicano en la legislación nacional, pues como lo ha señalado Diego Valadés, la separación de Iglesia y Estado sufre una derogación *de facto* porque se incluyen en asuntos públicos “dogmas religiosos, principios discriminatorios y confesionales”.²⁰

¹⁷ Rodrigo Borja, *Enciclopedia de la política*, México, FCE, 1997, pp. 570-571.

¹⁸ I. Calle (s/f), *Estado laico, cuestión de vida para la democracia*, disponible en <http://www.geocities.com/caticas/articulos/campana_28_sep/estado_laico.html>, consulta: 27 de febrero del 2011.

¹⁹ Luigi Ferrajoli, *La cuestión del embrión entre derecho y moral*, 2002, disponible en <<http://www.juecesdemocracias.es/publicaciones/revista/articulosinterres/Lacuestiondelembri%F3ntrederechoymoral.pdf>>, consulta: 9 de abril del 2011.

²⁰ Carolina Gómez, *Piden reforzar en la ley el Estado laico*, México, 2009, disponible en <<http://www.jornada.unam.mx/2009/07/12/index.php?section=politica&article=012n1pol>>, consulta: 27 de febrero del 2011.

5. La interrupción legal del embarazo en el distrito federal

A continuación se presenta la cronología de la despenalización del aborto en México (GIRE, s/f):

Los antecedentes de la despenalización del aborto, se encuentran en la aprobación del aborto en el Código Penal para el Distrito Federal en los casos de violación, cuando corra peligro la vida de la madre o el aborto imprudencial, ello en el año de 1931.

En 1974 se reformó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a efecto de reconocer el derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijas e hijos, es decir, se otorga rango Constitucional al derecho de decisión de las mujeres respecto a su maternidad.

En 1976 la Coalición de Mujeres Feministas presentó a la Cámara de Diputados una propuesta para despenalizar el aborto, al siguiente año, esta Coalición volvió a presentar la iniciativa, sin obtener respuesta. A esta propuesta siguieron muchas más por parte de grupos feministas, e incluso por grupos parlamentarios, sin embargo, fueron detenidas por partidos conservadores y por la jerarquía eclesiástica de nuestro país.

De manera paralela, otras entidades federativas hacían esfuerzos por agregar excluyentes de responsabilidad en los casos de aborto, como cuando se realizara a solicitud de la pareja, con el fin de planificación familiar, a petición de una madre soltera o por razones económicas (Chiapas). Tales propuestas fueron congeladas también.

Por otro lado, el Congreso del estado de Guanajuato aprobó reformas para volver a sancionar el aborto en los casos de violación, lo cual ocasionó reacciones a lo largo y ancho del país, por lo que el gobernador de esa entidad vetó dicha reforma.

El Distrito Federal se constituye como una de las entidades emblemáticas en consagrar los derechos humanos de las mujeres, en el caso particular del aborto, se tiene que en el año 2000 se aumentaron las causas de despenalización: la inseminación artificial no consentida, grave daño a la salud de la mujer y al presentarse malformaciones congénitas o genéticas graves.

Como respuesta a estas reformas, los grupos parlamentarios del Partido Acción Nacional y del Partido Verde Ecologista de México de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, presentaron una acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en la que la Corte declaró la constitucionalidad de las reformas cuestionadas por los referidos grupos parlamentarios.

6. Acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación

En el año 2003 fueron aprobadas en el Distrito Federal reformas penales y en materia de salud, sobre aborto, las cuales obligan a las instituciones públicas de salud a realizar la interrupción legal del embarazo de manera gratuita y en condiciones de calidad y se determinaba un plazo no mayor de 5 días (a partir de la solicitud) para realizarlo.

El año 2007 representa un hito histórico al aprobarse en la Asamblea del Distrito Federal la despenalización del aborto hasta la semana 12 de gestación. La reacción no se hizo esperar por grupos conservadores, incluida la Comisión Nacional de Derechos Humanos y la Procuraduría General de la República, que interpusieron ante la SCJN demandas de inconstitucionalidad en contra de las reformas.

Las demandas fueron admitidas y la Corte abrió en el 2008 un periodo de 6 audiencias públicas en las que se vertieron las opiniones y posturas de los promovedores, demandados, organizaciones y particulares. El pleno de la SCJN analizó las acciones de inconstitucionalidad y determinó el 28 de agosto del 2008, mediante una votación de 8 votos a favor, declarar la constitucionalidad de la despenalización del aborto antes de las 12 semanas de gestación, hecho que constituye la sentencia más importante que ha dictaminado la SCJN en el reconocimiento explícito de los derechos humanos de las mujeres, de su capacidad, autonomía y libertad para decidir su maternidad.

Las reformas en cuestión se traducen en el reconocimiento de la supremacía de los derechos humanos de las mujeres sobre cualquiera otro derecho, y se garantizan tratos igualitarios hacia las mujeres, su libertad sexual y reproductiva.

7. Reacción de los congresos estatales a la sentencia de la Suprema Corte

A la fecha, son 18 entidades federativas las que han reformado sus Constituciones, a fin de proteger la vida desde el momento de su concepción/fecundación, lo anterior derivado de las reformas efectuadas en el Distrito Federal en materia de interrupción legal del embarazo.

A continuación se presenta la relación de estados que han aprobado reformas en ese sentido, cabe referir que Chihuahua ya tenía contemplada la protección de la vida desde la concepción, desde 1994.²¹

²¹ GIRE, *Reformas aprobadas a las constituciones estatales que protegen la vida desde la concepción/fecundación 2008-2011*, México, 2011, disponible en <http://www.gire.org.mx/publica2/ReformasAbortoConstitucion_Marzo14_2011.pdf>, consulta: 9 de abril de 2011.

Tabla 1.

Estado	Reforma	Fecha de publicación
Baja California	7o. constitucional: [...] de igual manera, esta norma fundamental tutela el derecho a la vida, al sustentar que desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y <i>se le reputa como nacido</i> para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural o no inducida.	Publicada el 26/12/2008 en el <i>Periódico Oficial</i> del estado.
Campeche	6o. constitucional: [...] Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley desde el momento de la fecundación o concepción hasta su muerte natural, con las salvedades ya previstas en las leyes ordinarias.	Publicada el 01/09/2009 en el <i>Periódico Oficial</i> del estado.
Chiapas	4o. constitucional: [...] El estado reconoce, protege y tutela, el derecho a la vida que todo ser humano tiene, desde el momento de la concepción, entra bajo la protección de la ley y <i>se le reputa como nacido</i> para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural, salvo las excepciones que establezca la legislación penal.	Primera publicación el 18/12/2009 en el <i>Diario Oficial</i> . Requiere una segunda publicación.
Chihuahua	5o. constitucional: Todo ser humano tiene derecho a la protección jurídica de su vida, desde el momento mismo de la concepción. [...]	Reformado el 1o. de Octubre de 1994.

Estado	Reforma	Fecha de publicación
Colima	1o. constitucional: [...] Con respecto a la vida, igualdad y seguridad jurídica, se establecen las siguientes declaraciones: I. La vida es un derecho inherente a todo ser humano. El estado protegerá y garantizará este derecho desde el momento de la concepción. La familia constituye la base fundamental de la sociedad. El estado fomentará su organización y desarrollo, por la misma razón; el hogar y, particularmente, los niños serán objeto de especial protección por parte de las autoridades. Toda medida o disposición protectora de la familia y de la niñez, se considerarán de orden público. El niño tiene derecho desde su nacimiento a que se le inscriba en el Registro Civil y a tener un nombre.	Publicada el 21/03/09 en el <i>Periódico Oficial</i> del estado Número 12.
Durango	1o. constitucional El estado de Durango reconoce, protege y garantiza el derecho a la vida de todo ser humano, al sustentar expresamente que desde el momento de la fecundación entra bajo la protección de la ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural, salvo las excepciones que establezca la ley. Asimismo, en el estado de Durango todas las personas gozarán de las garantías y derechos sociales tutelados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; los estipulados en los Tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano en materia de derechos humanos y que hayan sido ratificados por el Senado, así como los que señala esta Constitución, los que no podrán suspenderse ni restringirse sino en los casos y condiciones que la misma Constitución federal señala.	Publicada en 31/05/2009 en el <i>Periódico Oficial</i> del estado.
Guanajuato	1o. constitucional: [...] Para los efectos de esta Constitución y de las leyes que de ella emanen, persona es todo ser humano desde su concepción hasta su muerte natural; y el estado le garantizará el pleno goce y ejercicio de todos sus derechos.	Publicada en 26/05/2009 en el <i>Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Guanajuato</i> .

Estado	Reforma	Fecha de publicación
Jalisco	4o. constitucional: Toda persona, por el sólo hecho de encontrarse en el territorio del estado de Jalisco, gozará de los derechos que establece esta Constitución, siendo obligación fundamental de las autoridades salvaguardar su cumplimiento. Asimismo, el estado de Jalisco reconoce, protege y garantiza el derecho a la vida de todo ser humano, al sustentar expresamente que desde el momento de la fecundación entra bajo la protección de la ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural. [...]	Publicada el 2/07/2009 en el <i>Periódico Oficial del Estado de Jalisco</i> .
Morelos	2o. constitucional: En el estado de Morelos se reconoce que todo ser humano tiene derecho a la protección jurídica de su vida, desde el momento mismo de la concepción [...]	Publicada el 11/12/2008 en el <i>Periódico Oficial "Tierra y Libertad"</i> de Morelos.
Nayarit	7o. constitucional: El estado garantiza a sus habitantes sea cual fuere su condición: I. a X... XI.- Los derechos sociales que a continuación se enuncian: 1.- Se reconoce, protege y garantiza el derecho a la vida de todo ser humano desde el momento de la fecundación natural o artificial y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural. 2.- Toda mujer y su producto tienen derecho a la atención médica gratuita durante el periodo de embarazo y el parto [...]	Publicación en el <i>Periódico Oficial del Estado de Nayarit</i> el 6/06/2009.
Oaxaca	12o. constitucional: [...] En el estado de Oaxaca se protege y garantiza el derecho a la vida. Todo ser humano desde el momento de la fecundación entra bajo la protección de la ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales hasta su muerte natural. Los habitantes del estado tienen todas las garantías y libertades consagradas en esta Constitución, sin distinción alguna de su origen, raza, color, sexo, idioma, religión, opinión pública, condición o actividad social. [...]	Publicada en el <i>Periódico Oficial del Gobierno del Estado</i> el 11/09/2009.

Estado	Reforma	Fecha de publicación
Puebla	26 constitucional: [...] IV.- La vida humana debe ser protegida desde el momento de la concepción hasta su muerte natural, salvo los casos previstos en las Leyes; [...]	Publicada en el <i>Periódico Oficial</i> del estado el 3/06/2009.
Querétaro	2o. constitucional: (...) El estado de Querétaro reconoce, protege y garantiza el derecho a la vida de todo ser humano, desde el momento de la fecundación como un bien jurídico tutelado y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta la muerte. Esta disposición no deroga las excusas absolutorias ya contempladas en la legislación penal.	Publicada en el <i>Periódico Oficial</i> del estado el 18/09/2009.
Quintana Roo	13 constitucional: El estado de Quintana Roo reconoce, protege y garantiza el derecho a la vida de todo ser humano, al sustentar expresamente que desde el momento de la concepción entra bajo la protección de la ley y se le reputa como sujeto de derechos para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte. Salvo las excepciones que establezca la ley.	Publicada en el <i>Periódico Oficial</i> del estado el 15/05/2009.
San Luis Potosí	16 constitucional: El estado de San Luis Potosí reconoce la vida humana como fundamento de todos los derechos de los seres humanos, por lo que la respeta y protege desde el momento de su inicio en la concepción. Queda prohibida la pena de muerte, la cual no podrá aplicarse en ningún caso. No es punible la muerte dada al producto de la concepción cuando sea consecuencia de una acción culpable de la mujer, el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación indebida, o de no provocarse el aborto la mujer corra peligro de muerte.	Publicada en el <i>Periódico Oficial</i> del estado el 03/09/2009.

Estado	Reforma	Fecha de publicación
Sonora	1o. Constitucional: [...] El estado de Sonora tutela el derecho a la vida, al sustentar que desde el momento de la fecundación de un individuo, entra bajo la protección de la ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural. Se exceptúa de este reconocimiento, el aborto causado por culpa de la mujer embarazada o cuando el embarazo sea resultado de una violación o cuando, de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora, así como los casos de donación de órganos humanos en los términos de las disposiciones legales aplicables.	Publicada en el <i>Periódico Oficial</i> del estado el 6/04/2009
Tamaulipas	16 Constitucional: Son habitantes del estado todas las personas que residen en su territorio, sea cual fuere su estado y condición. El pueblo de Tamaulipas establece que el respeto a las libertades y derechos fundamentales constituye la base y el objeto de las instituciones públicas y sociales. En consecuencia, el estado de Tamaulipas reconoce, protege y garantiza el derecho a la vida de todo ser humano desde el momento de la fecundación hasta su muerte natural; esta disposición no deroga las excusas absolutorias ya previstas en la legislación penal. Asimismo en el estado toda persona goza de las garantías individuales reconocidas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y condiciones que la misma establece; y disfruta de las libertades y derechos fundamentales contenidos en los tratados internacionales de los que forma parte el Estado mexicano, en términos de lo dispuesto por el artículo 133 de la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	Publicada en el <i>Periódico Oficial</i> del estado el 23/12/2010

Estado	Reforma	Fecha de publicación
Yucatán	1o. Constitucional: [...] El estado de Yucatán reconoce, protege y garantiza el derecho a la vida de todo ser humano, al sustentar expresamente que desde el momento de la fecundación entra bajo la protección de la ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural, sin perjuicio de las excluyentes de responsabilidad previstas en el Código Penal del Estado de Yucatán.	Publicada en el <i>Periódico Oficial</i> del estado el 07/08/2009

De manera adicional, los Congresos de Aguascalientes, Baja California Sur, Estado de México, Sinaloa, Tabasco y Tlaxcala, han presentado iniciativas que protejan la vida desde el momento de la concepción/fecundación, las cuales se encuentran pendiente de dictamen al momento de escribir este artículo.

8. Conclusiones

Al hacer una interpretación de los instrumentos en materia de derechos humanos de manera específica aquellos que se refieren a los derechos humanos de las mujeres, podemos llegar a la conclusión de que "la interrupción voluntaria del embarazo, entonces, no atenta contra la vida de ninguna persona, puesto que antes de nacer o hay titular de derechos",²² por otro lado, este acto se traduce en el ejercicio de los derechos reconocidos tanto en el orden internacional, como en las garantías individuales consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (igualdad jurídica entre mujeres y hombres y el derecho a la salud, en particular los derechos sexuales y reproductivos).

El marco jurídico del Distrito Federal es congruente con la filosofía de un Estado laico, liberal y democrático que se inscribe en los contenidos del derecho internacional de los derechos humanos. Los ordenamientos del Distrito Federal, en primera instancia reconocen los derechos sexuales y reproductivos, que conllevan la decisión de decidir de manera libre responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijas e hijos, es decir, tenerlos o no tenerlos; así como el crear las condiciones necesarias para acceder a tal derecho.

Penalizar el aborto genera problemas de justicia social, puesto que implica sancionar la pobreza, pues son las mujeres de escasos recursos quienes corren ries-

²² T. de Barbieri, "La interrupción voluntaria del embarazo", en *op. cit.*, nota 1, p. 10.

gos de perder la vida al no contar con los recursos suficientes para llevar a cabo un aborto seguro.

Son cada vez más las entidades federativas que endurecen su legislación, e incluso priva de su libertad a las mujeres que han decidido ejercer un derecho que se encuentra inscrito en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es decir, al decidir la terminación de un embarazo no deseado, son sancionadas severamente por la ley penal.

Coincido con Ortega, quien señala que "las implicaciones del aborto no sólo repercuten sobre las mujeres que abortan, sino sobre todas en su conjunto",²³ ello debido al papel de las instituciones religiosas y políticas que limitan sus derechos reproductivos.

El debate en torno al tema de aborto, surge en cuanto el poder eclesial, está por encima del Estado laico, adicionalmente se requiere que el poder político defina su postura al respecto.

En ese sentido, En la Cámara de Diputados y el Senado de la República se han presentado alrededor de 15 iniciativas en la materia, a lo largo de la LX y la actual LXI legislaturas, en ellas, únicamente 5 fueron presentadas por mujeres y el resto por hombres, ello da cuenta de que el tema continúa inscrito en un ámbito patriarcal, por lo que resultaría positivo e indispensable, que fueran las propias legisladoras quienes subieran las Iniciativas a tribuna y defendieran ellas sus propias posturas.

²³ A. Ortega, *Si los hombres se embarazaran...*, p. 225.

LA SENTENCIA *CASO CAMPO ALGODONERO*: UN INSTRUMENTO PARA EL COMBATE DEL FEMINICIDIO EN MÉXICO Y AMÉRICA LATINA

María Edith López Hernández

Trabajar en pro de los derechos humanos es convivir con el más profundo sufrimiento humano, es convivir con el mal que cada uno trae dentro de sí [...] Trabajar con eficacia en pro de los derechos humanos, con resultados concretos, es reencontrarse con el bien, que cada uno igualmente trae dentro de sí, y contribuir a alcanzar, mediante la realización de la justicia, la redención.
ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

1. Introducción: Ciudad Juárez, el paradigma del feminicidio

Lo que pasa en la ciudad portal¹ del norte del país, llamada Ciudad Juárez, en el estado de Chihuahua, es de conocimiento nacional e internacional. Los grados de violencia e impunidad alcanzados han logrado que este pequeño territorio sea catalogado y reconocido como el más inseguro y violento del país. El número de personas, hombres y mujeres de todas las edades, que son masacradas y asesinadas a diario en circunstancias de extrema violencia han puesto al descubierto la debilidad de las instituciones gubernamentales. Lo anterior, bajo un contexto de delincuencia organizada y narcotráfico, donde se disputa desde hace varios años el

¹ Es un portal para la migración, legal e ilegal; así como un portal para el tráfico de drogas que tienen como destino los Estados Unidos de América.

control de la ciudad, por ser el principal corredor de droga hacia los Estados Unidos de Norteamérica.

Sin embargo, las circunstancias en que son asesinadas las mujeres en Ciudad Juárez —tal como ha reconocido el Estado mexicano y han señalado diferentes informes de organismos internacionales— derivan de una cultura fuertemente arraigada en estereotipos, cuya piedra angular es el supuesto de la inferioridad de las mujeres.² Es así como la violencia de género que se vive en Juárez, que incluye asesinatos, secuestros, desapariciones y las situaciones de violencia doméstica e intrafamiliar, “no se trata de casos aislados, esporádicos o episódicos de violencia, sino de una situación estructural y de un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades”.³ Además, la mayoría de estos asesinatos se caracterizan por la falta de esclarecimiento, enraizándose a la cultura de impunidad que los fomenta.

Las experiencias dramáticas de asesinatos de mujeres en Juárez —así como en el resto del país— y que se repiten a la largo y ancho de la región muestran la ineffectividad de los sistemas de administración y procuración de justicia; así como de los aparatos policiales, para prevenir, investigar y sancionar adecuadamente los delitos que se encuentran inmersos en la violencia de género. A este tipo de violencia se le suman otras condiciones y circunstancias que agravan y aumentan la vulnerabilidad de las mujeres y niñas —como lo son la pobreza, la migración, la delincuencia organizada, la militarización, entre otras— colocándolas en un alto grado de inseguridad, extrema marginación y una clara exclusión social que las hace imperceptibles para los sistemas de justicia e invisibles en los discursos y agendas políticas.

De manera paralela a lo relatado en Ciudad Juárez, en las últimas tres décadas las feministas del continente han luchado por visibilizar la violencia extrema que culmina en asesinatos de mujeres, dándoles la categoría de asesinatos de odio cometido contra mujeres por ser mujeres y nombrándolos feminicidio.⁴ Durante años han documentado y denunciado que los motivos por los que asesinan a las mujeres difieren de los motivos por los que asesinan a los hombres. Así también, han

² Véase. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrs. 132 y 133.

³ *Idem*.

⁴ Jane Caputi, Deborah Cameron y Elizabeth Frazer fueron las primeras en analizar sistemáticamente el asesinato sexual mediante la categoría de género. Sin embargo, Diana E.H. Russell acuña el constructo teórico *femicide*, en 1976. Véase, Julia Monárrez Fragoso, “Feminicidio sexual serial en Ciudad Juárez: 1993-2001”, *Debate Feminista*, México, año 13, vol. 25, abril de 2002, disponible en <http://www.womenontheborder.org/Articles/feminicidio_sexual_SP.pdf>. De igual manera, hay que mencionar a las feministas Marcela Lagarde y de los Ríos, Julia Monárrez Fragoso, Patsili Toledo, Ana Carcedo, entre otras.

demostrado que el feminicidio se incubaba en sociedades de inequidad genérica patriarcal, en donde la supremacía masculina legitima una percepción desvalorizada, hostil y degradante de las mujeres potencializadas por la impunidad.⁵ Tal como lo expresa Diana E. H. Russell:

El feminicidio se encuentra en el extremo de un continuo de aterrizamiento sexista a mujeres y jovencitas. Violación, tortura, mutilación, esclavitud sexual, abuso sexual infantil incestuoso y extrafamiliar, maltrato físico y emocional, y casos serios de acoso sexual se encuentran también en este continuo. Siempre que estas formas de terrorismo sexual desembocan en la muerte, se convierten en feminicidios.⁶

Y es precisamente Ciudad Juárez el lugar en donde se puede encontrar todo tipo de manifestaciones de terrorismo sexual en contra de mujeres. Sin embargo, es importante decir que estas mismas manifestaciones de violencia no son exclusivas de esta ciudad, actos de violencia extrema en contra de las mujeres se reproducen en diariamente en todo el país. La marcada diferencia con Juárez, al resto del país, es el grado de denuncia y exigencia de justicia emprendida por las madres, hijas, hermanas y familiares de las mujeres desaparecidas o asesinadas, constituyéndose en su mayoría en activistas y defensoras de tiempo completo, conformándose como madres amazonas.⁷ Lastimosamente, en los últimos meses Chihuahua dejó de ser un espacio público para alzar la voz,⁸ los asesinatos de las defensoras

⁵ Marcela Lagarde y de los Ríos, “Introducción. Por la vida y la libertad de las mujeres. Fin al feminicidio”, en Diana E. Russell y Roberta A. Harnes (eds.), *Feminicidio: una perspectiva global*, México, UNAM-CEIICH, 2006, pp. 16-21.

⁶ Diana E. Russell, “1. Introducción: las políticas del feminicidio”, *Ibid.*, p. 58.

⁷ Son decenas de mujeres —generalmente madres, pero también hermanas, esposas e hijas—, que en todo México replican la historia. Siguen el único sendero que pareciera existir: lanzarse, por amor a sus víctimas de la violencia, a una lucha solitaria por la exigencia de justicia, donde los hombres tienen una débil presencia o no aparecen. Natalia Gómez y José Luis Ruiz, “Madres amazonas luchan por justicia”, *El Universal*, sección México, México, 24 de enero de 2011, disponible en <<http://www.eluniversal.com.mx/nacion/183222.html>>.

⁸ Gladis Torres Ruiz, “Chihuahua dejó de ser un espacio público para alzar la voz: Julia Monárrez”, *CIMAC Noticias*, México, 4 de marzo de 2011, disponible en <<http://www.cimacnoticias.com/site/11030406-Chihuahua-dejo-de-s.46365.0.html>>.

y activistas Marisela Escobedo,⁹ Susana Chávez¹⁰ y Josefina Reyes; así como el asesinato de otros integrantes de la familia Reyes Salazar¹¹ lo demuestran.

Y a pesar de que, desde la década de 1990 se comenzó la denuncia, llamando la atención nacional e internacional, a más de 20 años de haber sido evidenciada la violencia contra las mujeres no ha disminuido; por el contrario, sigue en aumento¹², generándose casos tan graves que ponen de manifiesto la desigualdad en respeto y protección de derechos humanos de las mujeres en México.

Bajo este panorama surge la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, COIDH) caso González y otras, también conocida como caso Campo Algodonero contra el Estado mexicano. Sentencia reconocida como histórica, ya que marca un valioso precedente en materia de acceso a la justicia para mujeres víctimas de violaciones a sus derechos humanos.

De acuerdo con la expresidenta de la COIDH, Cecilia Medina, la sentencia se da en el campo de las mujeres, en el que en general no se había declarado nada sobre cómo reaccionar ante una violación contra los derechos de la mujer. La COIDH está empezando a aplicar a la situación de mujeres los principios y reglas que había dado antes. Con esta sentencia las mujeres están ingresando al campo de la

⁹ Marisela Escobedo Ortiz fue asesinada en las puertas del palacio de Gobierno de Chihuahua, el 16 de diciembre de 2010. Se había instalado en un plantón, junto con algunos de sus familiares, para exigir justicia por el asesinato de su hija Rubí Marisol Frayre Escobedo, asesinada en agosto de 2008, contaba con 16 años de edad. Organizaciones nacionales e internacionales, así como la Unión Europea, hicieron un llamado a las autoridades para esclarecer su homicidio.

¹⁰ Susana Chávez Castillo, integrante de la organización Pacto de Cultura, fue poetisa y activista defensora de los derechos humanos de las mujeres en Ciudad Juárez, Chihuahua. Fue asesinada el 6 de enero de 2011, su cuerpo mostraba claros signos de tortura. A diferencia del asesinato de Marisela Escobedo, las autoridades aprendieron a los responsables; sin embargo, utilizaron un discurso mediático sexista en el que se dejaba ver que culpaban a la víctima por ponerse en la situación de riesgo que provocó su muerte. La Coalición Internacional de Defensoras de Derechos Humanos y seis mujeres ganadoras del Premio Nobel de la Paz condenaron la muerte de la activista y exigieron a las autoridades mexicanas poner un alto a la violencia contra las mujeres.

¹¹ Josefina Reyes Salazar, activista en Ciudad Juárez, había emprendido una campaña para denunciar la violación de los derechos humanos por parte del Ejército y la Policía Federal en su combate contra el crimen organizado, fue asesinada el 3 de enero de 2010. Hasta la fecha no se sabe de los avances en las investigaciones. El día 7 de febrero de 2011 hombres armados secuestraron a Luisa Ornelas y los hermanos Malena y Elías Reyes, a pesar de la denuncia de integrantes de la familia Reyes Salazar y la acción urgente emprendida por Amnistía Internacional para la presentación con vida de estas personas, el 25 de febrero del presente año fueron encontrados sin vida y con huellas de tortura. En dos años esta familia ha perdido a 6 integrantes, en vista de la nula protección han decidido dejar el país.

¹² De acuerdo con la base de datos de Justicia para Nuestras Hijas (organización de la sociedad civil, conformada por familiares de mujeres desaparecidas o asesinadas) del 1 de enero al 2 de marzo del 2011 han sido asesinadas 83 mujeres en el estado de Chihuahua, 54 de los cuales ocurrieron en el municipio de Juárez. En el primer bimestre del año 2010 se presentaron 54 asesinatos de mujeres, es decir, 32% menos respecto a los 79 asesinatos ocurridos en el primer bimestre de 2011, <<http://www.justiciaparanuestrashijas.org.mx/>>.

protección de manera mucho más igualitaria. Además, las reparaciones dictadas en el caso, las cuales deben tener una vocación transformadora, representan un verdadero triunfo para las mujeres.¹³

Antes de entrar al estudio de los elementos comunes que pueden ser aplicados para la prevención, investigación y sanción de los homicidios de mujeres en razón de su género, conocidos también como feminicidios,¹⁴ es importante hacer un brevísimo análisis de los aspectos más relevantes de la sentencia.

2. Aspectos relevantes de la sentencia

La sentencia de Campo Algodonero, emitida el 16 de noviembre de 2009 por la COIDH, versa sobre los secuestros y posteriores asesinatos de Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo de siembra de algodón, en Ciudad Juárez, Chihuahua.¹⁵

La COIDH declaró la responsabilidad internacional del Estado mexicano por violación a los derechos de la vida (artículo 4o.), integridad personal (artículo 5o.) y libertad personal (artículo 7o.) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) por un incumplimiento de los deberes de garantía y no discriminación (artículo 1.1).

Dichas violaciones, a su vez, emanaron de la inobservancia del deber de investigar, lo que conllevó las violaciones de los derechos de acceso a la justicia (artículo 8. 1) y protección judicial (artículo 25.1) de la CADH, en concordancia con las obligaciones establecidas en el artículo 7o., incisos b y c, de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer¹⁶ (en adelante, la Convención de Belém do Pará). Finalmente, al ser dos de las tres víc-

¹³ Véase "Entrevista a la expresidenta de la COIDH, Cecilia Medina", en *Edición Especial Boletín de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2010. Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Chile, abril de 2010, pp. 14-15, disponible en <http://www.estadodederechocdh.uchile.cl/boletin/boletin_algodonero_21abril.pdf>.

¹⁴ COIDH, "Sentencia Caso González y otras...", párrs. 143.

¹⁵ Cfr. Fanny Gómez Lugo, "Resumen de los aspectos más importantes de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México", disponible en <<http://www.programamujerescdh.uchile.cl/media/archivos/pdf/20100112161214.pdf>>.

¹⁶ Artículo 7o. Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

a) [...]

b) Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

timas del caso niñas –Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez–, el Estado fue encontrado responsable por violaciones a los derechos del niño (artículo 19 de la CADH).

A continuación se enumeraran brevemente algunos de los avances más relevantes de la sentencia.

La competencia sobre la Convención Belém do Pará

Si bien es cierto, la COIDH establece por primera vez su competencia de manera implícita sobre esta convención en el Caso Penal Miguel Castro y Castro contra Perú; es en el caso Campo Algodonero en donde desarrolla un análisis minucioso de los principios de interpretación de normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, a saber, la interpretación literal; interpretación sistemática; objeto y fin del tratado; y de manera únicamente complementaria, la interpretación de acuerdo con los trabajos preparatorios de la Convención de Belém do Pará.¹⁷ Lo anterior, es considerado un avance ya que ofrece a las mujeres de la región la oportunidad de reclamar sus derechos al amparo de una ley especializada en violencia contra las mujeres.

Los homicidios por razón de género. Visibilización de la violencia contra la mujer

Para poder contextualizar estos asesinatos en su real dimensión, la COIDH profundizó no solamente en el estudio específico de los hechos del caso, sino que amplió el análisis al contexto de violencia prevaleciente en Ciudad Juárez, lo que permitió determinar que las mujeres de esta ciudad se ven afectadas por una situación estructural de violencia, desigualdad y discriminación, concluyendo que los homicidios de las víctimas fueron por razones de género y están enmarcados en un reconocido contexto de violencia contra la mujer.¹⁸

c) Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso.

d) a h)

¹⁷ F. Gómez Lugo, "Resumen de los aspectos más importantes...", en *op. cit.*, p. 2.

¹⁸ COIDH, Sentencia *Caso González y otras...*, párr., 231.

Responsabilidad jurídica estatal por crímenes cometidos por particulares

Los criterios jurídicos fijados por la Corte Interamericana en esta sentencia permitieron atribuir responsabilidad jurídica estatal por crímenes cometidos por particulares en contra de los derechos humanos de las mujeres. Mediante la doctrina del riesgo previsible y evitable,¹⁹ la COIDH consideró responsable a México, ya que desde 1993 tuvo conocimiento de la existencia de un riesgo real e inminente de ser violentados –por actos de particulares– los derechos humanos de las mujeres jóvenes de los sectores más pobres de Ciudad Juárez. Y a pesar de que, el Estado tenía pleno conocimiento del riesgo que corrían las mujeres, no adoptó las medidas efectivas de prevención que redujeran los factores de riesgo para las mujeres.

Análisis del incumplimiento del deber de prevención

Para determinar el grado de incumplimiento del deber de prevención, la COIDH analiza este incumplimiento a partir de dos momentos: 1) antes de la desaparición de las víctimas y, 2) antes de la localización de los cuerpos sin vida.²⁰ Sobre el primer momento –antes de la desaparición de las víctimas– la COIDH considera que la falta de prevención de la desaparición no conlleva *per se* la responsabilidad internacional del Estado porque, a pesar de que éste tenía conocimiento de una situación de riesgo para las mujeres en Ciudad Juárez, no ha sido establecido que tenía conocimiento de un riesgo real e inmediato para las víctimas de este caso.²¹

a. El deber de debida diligencia estricta

Sobre el segundo momento, la COIDH establece que frente a las denuncias de desapariciones de mujeres, en un contexto de violencia sistémica y discriminación,

¹⁹ La COIDH retomó la *doctrina del riesgo previsible y evitable* desarrollado en fallos relacionados con prácticas de violencia de grupos paramilitares en Colombia. Aplicando los estándares de esta doctrina al contexto social de prácticas de violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez, constató el incumplimiento al deber de prevención. Sin embargo, a pesar de la existencia de esta falta, no determinó la responsabilidad internacional del Estado porque no quedó demostrado que tuviera conocimiento de un riesgo real e inmediato concreto para las víctimas del caso. *Cfr.* Víctor Abramovich, "Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso Campo Algodonero en la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Anuario de Derechos Humanos* 2010, Chile, núm. 6, julio de 2010, p., 173, disponible en <<http://www.cd.h.uchile.cl/media/publicaciones/anuarios/anuario06/ABRAMOVICH.pdf>>.

²⁰ COIDH, Sentencia *Caso González y otras...*, párr. 281.

²¹ Conforme al análisis de Víctor Abramovich, la Corte marca un límite a la aplicación de la *doctrina del riesgo*, pues es estricta en exigir un conocimiento directo de un riesgo particularizado que afecte de manera concreta a una víctima determinada. *Cfr.* V. Abramovich, "Responsabilidad estatal por la violencia..." en *op. cit.*, p. 180.

en donde existía un riesgo real e inmediato de que las víctimas fueran sometidas a vejámenes y asesinadas, surge un deber de debida diligencia estricta. La CIDH comprobó que México no actuó con la debida diligencia requerida para prevenir adecuadamente las muertes y agresiones sufridas por las víctimas y que no actuó como razonablemente era de esperarse de acuerdo a las circunstancias del caso para poner fin a su privación de libertad. Este incumplimiento del deber de garantía es particularmente serio debido al contexto conocido por el Estado —el cual ponía a las mujeres en una situación especial de vulnerabilidad.²²

Y aunque puede haber razonamientos encontrados sobre este concepto, como por ejemplo el de Cecilia Medina, que considera que hay una debida diligencia más estricta o menos estricta, la diligencia es una. Puesto que en los casos de mujeres, se exige una diligencia tan estricta como en cualquier otro caso.²³ En este punto, coincido con las reflexiones de Víctor Abramovich, quien sostiene que

[Los] criterios están basados en los deberes genéricos de prevención de la Convención Americana, que operan como un piso, al que se agregan deberes "reforzados" de debida diligencia, que se originan en normas específicas relacionadas con la violencia basada en el género en razón del artículo 7o. de la Convención Belém do Pará.²⁴

"El Estado es garante de la igualdad y, por lo tanto, tiene una posición de garante frente a patrones de violencia que afectan a grupos subordinados. Su deber de debida diligencia en la protección del grupo discriminado es, en consecuencia, un deber calificado o más intenso".²⁵

El mismo criterio es sostenido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) al establecer que la Convención de Belém do Pará afirma que la obligación de actuar con la debida diligencia adquiere una connotación especial en casos de violencia contra las mujeres.²⁶

Reparaciones con vocación transformadora

La CIDH, teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos, consideró las reparaciones deben tener una vo-

cación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no sólo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación.²⁷ Continuando con su tendencia de ampliar los criterios jurisprudenciales en materia de reparaciones a las violaciones de derechos humanos; cuando se trata de violencia contra las mujeres, volver a la situación anterior es volver a una situación mala e incompatible con los derechos humanos. Lo que busca la Corte con este concepto innovador sobre las reparaciones es que aquellas emprendidas por el Estado cuenten con los elementos necesarios indispensables para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las mujeres. Y para lograr esto, naturalmente debe haber cambios estructurales.²⁸

A continuación se hace una breve descripción los criterios que se considera deberían ser utilizados como guía en los sistemas de justicia de los países de la región, a fin de garantizar un verdadero acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia,²⁹ especialmente tratándose de violencia feminicida.³⁰

3. Criterios aplicables para el combate del feminicidio

La naturalización de la violencia en contra de la mujer ha estado históricamente presente y tiene en su base creencias sociales y culturales.³¹ Por ello, es un problema latente y quienes la perpetran, generalmente, quedan impunes por la complicidad por omisión de los Estados al no enfrentar o perseguir eficazmente estos delitos.³²

Por lo general, las mujeres víctimas de violencia han tenido una serie de desencuentros con el sistema justicia penal: ocupando un papel secundario o invisible, esto debido a los prejuicios y estereotipos de género que son parte inherente ya

²⁷ CIDH, Sentencia *Caso González y otras*..., párr. 250.

²⁸ Cfr. "Entrevista a la expresidenta de la Corte Interamericana, Cecilia Medina", en *op. cit.*, p. 14.

²⁹ El informe "Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas" de la CIDH, del año 2007, contiene un excelente análisis de los principales obstáculos que enfrentan las mujeres víctimas de violencia. Sin embargo, al ser publicado con anterioridad a la emisión de la sentencia "Campo Algodonero" no contiene los criterios desarrollados por la CIDH.

³⁰ *Violencia feminicida*: Es 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. *Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia*, Diario Oficial de la Federación el 1 de febrero de 2007, artículo 21.

³¹ Lidia Casas Becerra, *Introducción a los problemas de género en la justicia penal en América Latina*, Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, 2010, p. 121.

³² Cfr. Comisión de Derechos Humanos, *Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género. La violencia contra la mujer*, Resumen, 6 de enero de 2003, E/CN.4/2003/75, p. 2.

²² CIDH, Sentencia *Caso González y otras*..., párr. 284.

²³ Cfr. "Entrevista a la expresidenta de la Corte Interamericana, Cecilia Medina", en *op. cit.*, p. 13.

²⁴ V. Abramovich, "Responsabilidad estatal por la violencia...", en *op. cit.*, 181.

²⁵ *Ibid.*, p. 182.

²⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, enero 2007, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, p. 15.

sea de las normas jurídicas que se aplican o de la idiosincrasia de las y los operadores encargados de la aplicación de dichas normas.

Lo anterior, a pesar de la existencia de un marco jurídico internacional y marcos jurídicos nacionales con normas y estándares aplicables en materia de violencia contra las mujeres, que consagran el derecho de las mujeres a acceder a un recurso judicial sencillo y eficaz que cuente con las debidas garantías cuando denuncian hechos de violencia, así como la obligación de los Estados de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar estos hechos.³³

En ese sentido, la Convención Belém do Pará reconoce el vínculo crítico que existe entre el acceso de las mujeres a una adecuada protección judicial al denunciar hechos de violencia, y la eliminación del problema de la violencia y la discriminación que la perpetúan.³⁴

Es aquí en donde la sentencia Campo Algodonero cobra una notabilidad trascendente, es como la primera opinión de la CIDH con referencia al contenido y alcance del deber de garantía para protección de los derechos de la vida, la integridad y libertad personales de las mujeres, en un contexto de violencia y discriminación, que se caracteriza lamentablemente por los homicidios de mujeres por su condición de género, es decir, por los feminicidios.

Si bien es cierto, la sentencia solamente genera obligaciones para el caso en concreto y las partes involucradas, los criterios contenidos en la sentencia pueden servir de guía y parámetro para situaciones análogas; es decir, para los feminicidios que deriven de una o algunas de las siguientes características:

- La ausencia en la implementación de medidas de prevención, cuando se tiene el conocimiento de la existencia de un patrón de violencia de género en una zona determinada.
- La falta de respuesta de las autoridades frente a los casos de desaparición o secuestro de mujeres, en un patrón de violencia de género.
- La falta de debida diligencia en la investigación de los homicidios de mujeres.
- La denegación de justicia para las víctimas y sus familiares y, por ende, la falta de una reparación adecuada.

³³ CIDH, *Informe Acceso a la Justicia para...*, p. 11.

³⁴ *Ibid.*, p. 15.

Criterios generales aplicables a cualquier delito de violencia contra la mujer

Obligación de evitar la influencia de patrones socioculturales discriminatorios en el actuar de las autoridades

La CIDH, en el caso Campo Algodonero, pudo constatar que las y los funcionarios del estado de Chihuahua y del municipio de Juárez minimizaban el problema sobre las desapariciones de mujeres, e inclusive 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 los padres.

Estas actitudes demostraron que existía, por lo menos, indiferencia por parte de las autoridades hacia los familiares de las víctimas y sus denuncias reproduciendo la violencia que se pretendía atacar. La CIDH reconoció que el propio actuar de las autoridades se constituía como una discriminación en el acceso a la justicia para las víctimas, conduciendo a la impunidad de los delitos cometidos y enviando el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno.³⁵ La CIDH pudo constatar que este mismo tratamiento reciben las mujeres víctimas de violencia cuando procuran acceder a los recursos judiciales disponibles en toda la región.³⁶

Por lo anterior, los países de la región tienen la obligación de evitar que se efectúen las investigaciones y los procesos judiciales con la influencia de patrones socioculturales discriminatorios³⁷ que puedan dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación, parentesco con el agresor o cualquier otra que le impida. Para garantizar esta obligación se debe:

1. Adoptar medidas para sancionar administrativa, disciplinaria o penalmente, a las y los funcionarios públicos que vulneran los derechos de las mujeres durante la investigación y el proceso penal.³⁸

³⁵ CIDH, Sentencia *Caso González y otras...*, párr. 400.

³⁶ CIDH, *Informe Acceso a la Justicia para...*, pp. 75-78.

³⁷ Obligación que dimana de los artículos 1o. y 2o. de la Convención de sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer. Los artículos 1o.; 3o.; 4o.; 6o.; 7o., incisos a, b, c y, e; así como, el artículo 8o., inciso c de la Convención Belém do Pará. El artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De igual manera son aplicables los siguientes principios y criterios: Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley; Principios básicos relativos a la independencia de la Judicatura; Directrices sobre la Función de los Fiscales; y Principios Básicos sobre la Función de los Abogados.

³⁸ CIDH, Sentencia *Caso González y otras, ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C. No. 205, párr.460.

2. Adoptar un sistema de capacitación de formación continua, con perspectiva de género que implique más que un aprendizaje de las normas, el desarrollo de capacidades para reconocer la discriminación que sufren las mujeres en su vida cotidiana. En particular, las capacitaciones deben generar que todas y todos los funcionarios reconozcan las afectaciones que generan en las mujeres las ideas y valoraciones estereotipadas en lo que respecta al alcance y contenido de los derechos humanos.³⁹ Estas capacitaciones deben estar enfocadas, principalmente, en los siguientes temas:⁴⁰

- Derechos humanos y género.
- Perspectiva de género para la debida diligencia en la conducción de averiguaciones previas y procesos judiciales relacionados con discriminación, violencia y homicidios de mujeres por razones de género.
- Superación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres.

Tanto las medidas para sancionar como la capacitación deberán ir especialmente enfocadas a las personas que se desempeñan como policías, fiscales, jueces, militares; así como a las personas –servidores públicos– encargadas de la atención y asistencia legal a víctimas del delito y a cualquier persona que participe directa o indirectamente en la prevención, investigación, procesamiento, sanción y reparación de los delitos de violencia contra las mujeres.⁴¹

Obligación de la prevención integral en los actos de violencia contra las mujeres

La Corte Interamericana, haciendo uso de otros instrumentos o resoluciones analiza algunos de los elementos que deben observarse para saber el contenido y alcance de la obligación de prevenir, conforme a la debida diligencia, los actos de violencia. En ese sentido, retoma lo establecido por la Relatoría Especial sobre la Violencia contra la Mujer de la Organización de Naciones Unidas (en adelante, ONU),⁴² proporcionado las directrices respecto a qué medidas deben tomar los Estados para cumplir con sus obligaciones internacionales de debida diligencia en cuanto a prevención, a saber:

- Ratificación de los instrumentos internacionales de derechos humanos; garantías constitucionales sobre la igualdad de la mujer.
- Existencia de leyes nacionales y sanciones administrativas que proporcionen reparación adecuada a las mujeres víctimas de la violencia.
- Políticas o planes de acción que se ocupen de la cuestión de la violencia contra la mujer.
- Sensibilización del sistema de justicia penal y la policía en cuanto a cuestiones de género.
- Accesibilidad y disponibilidad de servicios de apoyo.
- Existencia de medidas para aumentar la sensibilización y modificar las políticas discriminatorias en la esfera de la educación y en los medios de información.
- Reunión de datos y elaboración de estadísticas sobre la violencia contra la mujer.

Lo anterior coincide plenamente con varias de las obligaciones derivadas de la Convención Belém do Pará, especialmente con las contenidas en los artículos 7o. y 8o. Además, siguiendo con los criterios establecidos por las Naciones Unidas,⁴³ retomo como buenas prácticas las siguientes acciones:

- La realización de auditorías de seguridad comunitarias para detectar los lugares peligrosos.
- Examinar los temores de las mujeres y solicitar a éstas sus recomendaciones para mejorar su seguridad.
- Hacer de la prevención de la violencia contra la mujer un elemento explícito en la planificación urbana y rural y en el diseño de los edificios y residencias.
- Mejorar la seguridad del transporte público y los caminos que emplean las mujeres.

La Corte concluye que para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres, los Estados deben: Contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. 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 contra la mujer. Asimismo, los Estados deben

³⁹ *Ibid.*, párr. 540.

⁴⁰ *Ibid.*, párr. 541.

⁴¹ *Ibid.*, párr. 542.

⁴² *Ibid.*, párr. 256.

⁴³ *Ibid.*, párr. 257.

adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que de terminadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia.⁴⁴

Criterios aplicables en la investigación de los homicidios de mujeres por razón de género

La investigación como una etapa crucial en casos de violencia contra las mujeres, y ha afirmado que “no se puede sobrestimar la importancia de una debida investigación, ya que las fallas a ese respecto suelen impedir u obstaculizar ulteriores esfuerzos tendientes a identificar, procesar y castigar a los responsables”.⁴⁵ Es por ello que, la investigación de casos de violaciones de los derechos humanos, que incluye los casos de violencia contra las mujeres, debe llevarse a cabo por autoridades competentes e imparciales.

Si bien es cierto que el patrón de violencia y discriminación contra las mujeres examinado por la CIDH en Campo Algodonero reviste elementos muy particulares, también lo es que existen características en común que coinciden en las omisiones, fallas y actos de negligencia por parte de las autoridades al momento de realizar las investigaciones del caso en particular y que pueden ser encontrados de igual manera en otros casos de homicidios de mujeres en el país y en el continente. En este sentido, como ya se explicó, los criterios deben ser considerados como una guía –perfectible– en la investigación del feminicidio.⁴⁶

Criterios aplicables a la investigación del feminicidio a partir de la denuncia de desaparición

Como se expresó con anterioridad, en Campo Algodonero el Estado tuvo conocimiento –previamente a que desaparecieran las mujeres y antes de ser hallados sus cuerpos– que habían un riesgo real e inmediato de que las mujeres reportadas como desaparecidas fueran agredidas sexualmente, sometidas a vejámenes y asesinadas. Ante este panorama surge un deber de debida diligencia estricta respecto

⁴⁴ *Ibid.*, párr. 258.

⁴⁵ CIDH, *Situación de los Derechos Humanos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El Derecho a No Ser Objeto de Violencia y Discriminación*, OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 44, 7 de marzo de 2003, párr. 137.

⁴⁶ Para no entrar al análisis del debate que se desarrolla actualmente en varios países de la región sobre la viabilidad o no de la tipificación del feminicidio/femicidio como un delito e independientemente de que comparto la postura de su necesaria y urgente implementación como tipo penal. Es importante aclarar que los criterios observados por la Corte Interamericana son aplicables y vigentes con independencia de que exista en el marco jurídico el delito de feminicidio/femicidio.

a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días. Esta obligación de medio, al ser más estricta, exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda,⁴⁷ desarrollando las siguientes acciones:⁴⁸

- La actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde puedan encontrarse privadas de libertad.
- La existencia de procedimientos adecuados para las denuncias y que éstas conlleven una investigación efectiva desde las primeras horas.
- Se debe asumir la presunción de que la persona desaparecida está privada de libertad y sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido.
- La investigación deberá incluir una perspectiva de género; emprender líneas de investigación específicas respecto a violencia sexual, para lo cual se deben involucrar en las líneas de investigación los patrones respectivos en la zona.
- Proveer regularmente de información a los familiares de las víctimas sobre los avances en la investigación y darles pleno acceso a los expedientes.⁴⁹

Además, en los casos en los que exista un patrón de violencia contra las mujeres que se manifieste mediante la desaparición o secuestro de mujeres, los Estados deben de crear dispositivos de búsqueda que observen los siguientes parámetros:⁵⁰

- Establecer búsquedas de oficio y sin dilación alguna, cuando se presenten casos de desaparición, como una medida tendiente a proteger la vida, libertad personal y la integridad personal de la persona desaparecida.
- Articular un trabajo coordinado entre diferentes cuerpos de seguridad para dar con el paradero de la persona.
- Eliminar cualquier obstáculo de hecho o de derecho que le reste efectividad a la búsqueda o que haga imposible su inicio como exigir investigaciones o procedimientos preliminares.

⁴⁷ CIDH, Sentencia *Caso González y otras...*, párr. 283.

⁴⁸ *Ibid.*, párr. 455.

⁴⁹ *Ibid.*, párr. 421.

⁵⁰ *Ibid.*, párr. 506.

- Asignar los recursos humanos, económicos, logísticos, científicos o de cualquier índole que sean necesarios para el éxito de la búsqueda.
- Confrontar el reporte de desaparición con la base de datos de personas desaparecidas.
- Priorizar las búsquedas en áreas donde razonablemente sea más probable encontrar a la persona desaparecida sin descartar arbitrariamente otras posibilidades o áreas de búsqueda.

Todo lo anterior deberá ser aún más urgente y riguroso cuando la desaparecida sea un niño. Aunado a la anterior, para complementar los criterios se considera apropiado la creación de una página electrónica que contenga la información personal necesaria de todas las mujeres, jóvenes y niñas. Dicha página electrónica deberá permitir que cualquier individuo se comunique por cualquier medio con las autoridades, inclusive de manera anónima, a efectos de proporcionar información relevante sobre el paradero de la mujer o niña desaparecida o, en su caso, de sus restos. La información contenida en la página electrónica deberá actualizarse permanentemente.⁵¹

Finalmente, aunque en el caso en particular la COLDH no hace referencia porque no fue parte de los alegatos; no es ocioso incluir en las líneas de investigación de las desapariciones o secuestros de mujeres las líneas de investigación respecto al tráfico de personas, sobre todo en zonas fronterizas, ya que es precisamente la ubicación de estos lugares que facilitan la huida lo que hace más proclive que se cometan este tipo de secuestros. Lamentablemente, no existen datos concretos fiables,⁵² pero sigue en aumento el número de casos con indicios de que niñas y mujeres están siendo secuestradas para ser explotadas sexualmente fuera de sus países de origen. Por ello, se considera pertinente poner especial énfasis en este tema al momento de realizar las investigaciones.

⁵¹ *Ibid.*, párr. 508.

⁵² Por primera vez, en enero del presente año, se presentó una denuncia por el delito de trata de personas en Ciudad Juárez, Chihuahua. La directora de la organización *Justicia para Nuestras Hijas*, Malú García Juárez, reveló que en esta frontera opera una enorme red de trata de personas, a la cual responsabiliza de la desaparición de jovencitas. Véase "ONG detecta red de trata de personas en Juárez", *El Universal*, México, sección Estados, 6 de enero de 2011 <<http://www.eluniversal.com.mx/notas/735576.html>>.

Criterios aplicables respecto a la investigación del feminicidio a partir del hallazgo del cuerpo

La COLDH haciendo uso de los criterios establecidos a lo largo de su jurisprudencia en los casos de ejecución extrajudicial, retoma varios de los elementos señalados y hace un plano cartesiano jurídico en el que señala los elementos mínimos indispensables que deben de observarse en cualquier investigación sobre homicidio, así como los elementos que deben observarse en las investigaciones sobre homicidios de mujeres por razones de género.

Los principios rectores en una investigación de muerte violenta⁵³

- Identificación de la víctima.
- Recuperación y preservación del material probatorio relacionado con la muerte, con el fin de ayudar en cualquier potencial investigación penal de los responsables.
- Identificación de los posibles testigos, obteniendo sus declaraciones en relación con la muerte que se investiga.
- Determinación de la causa, forma, lugar y momento de la muerte, así como cualquier patrón o práctica que pueda haber causado la muerte.
- Distinción entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio.
- Realización de autopsias y análisis de restos humanos.
- Investigación exhaustiva de la escena del crimen. Con relación a esta escena,⁵⁴ en la investigación se debe, como mínimo:
- Fotografiar la escena, cualquier otra evidencia física y el cuerpo como se encontró y después de moverlo.
- Recoger y conservar todas las muestras de sangre, cabello, fibras, hilos u otras pistas.
- Examinar el área en busca de huellas de zapatos o cualquier otra que tenga naturaleza de evidencia.
- Hacer un informe detallando cualquier observación de la escena, las acciones de los investigadores y la disposición de toda la evidencia coleccionada.
- Cerrar la zona contigua al cadáver, y prohibir, salvo para el investigador y su equipo, el ingreso a la misma.

⁵³ COLDH, Sentencia *Caso González y otras...*, párr. 300.

⁵⁴ *Ibid.*, párr. 301.

Los principios rectores en una investigación médico-legal

Conforme a los parámetros observados por la CIDH la investigación médico-legal de una muerte exige el mantenimiento de la cadena de custodia de todo elemento de prueba forense. Como mínimo debe observarse:⁵⁵

- Llevar un registro escrito preciso, complementado, según corresponda, por fotografías y demás elementos gráficos, para documentar la historia del elemento de prueba a medida que pasa por las manos de diversos investigadores encargados del caso.
- Que la cadena de custodia puede extenderse más allá del juicio y la condena del autor, dado que las pruebas antiguas, debidamente preservadas, podrían servir para el sobreesimiento de una persona condenada erróneamente. La excepción la constituyen los restos de víctimas positivamente identificadas que pueden ser devueltos a sus familias para su debida sepultura, con la reserva de que no pueden ser cremados y que pueden ser exhumados para nuevas autopsias.

Los principios rectores en la realización de la autopsia

La Corte pudo constatar que estas negligencias en la realización de la autopsia no eran aisladas sino que forman parte de un contexto en Ciudad Juárez, según el cual en gran parte de los expedientes analizados no se apreció que se haya solicitado, ni que corra agregado en actuaciones, dictamen pericial alguno para la búsqueda de fibras en las ropas de las víctimas, a efecto de una posterior confrontación; lo anterior, incluso, en los restos humanos u osamentas de víctimas no identificados.⁵⁶ Por lo anterior, señala cuáles son los principios rectores de la realización en la realización de una autopsia; siendo los mínimos a observarse los siguientes:

- Recolectar información sobre la hora, fecha, causa y forma de la muerte. Estas deben respetar ciertas formalidades básicas, como indicar la fecha y hora de inicio y finalización, así como el lugar donde se realiza y el nombre del funcionario que la ejecuta.
- Se debe fotografiar adecuadamente el cuerpo.

⁵⁵ *Ibid.*, párr. 305.

⁵⁶ *Ibid.*, párr. 310.

- Tomar radiografías del cadáver, de su bolsa o envoltorio y después de desvestirlo, documentar toda lesión.
- Se debe documentar la ausencia, soltura o daño de los dientes, así como cualquier trabajo dental, y examinar cuidadosamente las áreas genital y paragenital en búsqueda de señales de abuso sexual.
- En casos de sospecha de violencia o abuso sexual, se debe preservar líquido oral, vaginal y rectal, y vello externo y púbico de la víctima.
- Se debe anotar la posición del cuerpo y sus condiciones, incluyendo si está tibio o frío, ligero o rígido
- Proteger las manos del cadáver
- Registrar la temperatura del ambiente y recoger cualquier insecto.

Identificación de los cuerpos

La CIDH determina que el cuerpo debe ser identificado por testigos confiables y otros métodos objetivos. Así como mediante los procedimientos adecuados técnico forenses como lo son el sistema antropométrico, dactilar, geométrico de Matheios, biométricos, antropología forense, odontología forense y ADN.⁵⁷

Aunado a esto, los estándares internacionales exigen que la entrega de restos ocurra cuando la víctima esté claramente identificada, es decir, una vez que se haya conseguido una identificación positiva.⁵⁸

Directrices para el proceso penal

- Se deberá remover todos los obstáculos *de jure* o *de facto* que impidan la debida investigación de los hechos y el desarrollo de los respectivos procesos judiciales, y usando todos los medios disponibles para hacer que las investigaciones y procesos judiciales sean expeditos a fin de evitar la repetición de hechos iguales o análogos a los del presente caso.
- La investigación deberá incluir una perspectiva de género; emprender líneas de investigación específicas respecto a violencia sexual, por eso se deben involucrar las líneas de investigación sobre los patrones respectivos en la zona, conforme a los criterios y estándares internacionales aplicables.

⁵⁷ *Ibid.*, párr. 315.

⁵⁸ *Ibid.*, párr. 318.

- Proveer regularmente de información a los familiares de las víctimas sobre los avances en la investigación y darles pleno acceso a los expedientes.
- La investigación debe realizarse por funcionarias y funcionarios altamente capacitados en casos de homicidios de mujeres y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género.
- Deberá asegurarse que los distintos órganos que participen en el procedimiento de investigación y los procesos judiciales cuenten con los recursos humanos y materiales necesarios para desempeñar las tareas de manera adecuada, independiente e imparcial.
- Deberá asegurarse que las personas que participen en la investigación cuenten con las debidas garantías de seguridad.

4. Conclusiones

Sin miedo a la reiteración, la sentencia Campo Algodonero representa un triunfo en materia de acceso a la justicia para las mujeres víctimas de feminicidio y sus familiares. Se constituye en la primera sentencia en que la COIDH analiza los hechos del caso y el contexto para determinar que estos homicidios son producto de la violencia y discriminación contra la mujer en Ciudad Juárez, Chihuahua y, por ende, deben ser considerados como homicidios de género.

Los elementos aquí mencionados no son todos, pero sí son los mínimos que se deberían observar como parte del cumplimiento al deber de garantía en conjunción con el deber de la debida diligencia en torno a la prevención e investigación de los actos de violencia contra la mujer; en especial, los actos de violencia extrema como lo es el feminicidio.

Sin duda hay más elementos en esta sentencia que deberían estudiados a fin de ser incluidos en las acciones gubernamentales. Por dar un ejemplo, obsérvense los siguientes:

- La creación de bases de datos con la información genética y muestras celulares provenientes de los cuerpos de cualquier mujer o niña no identificada que fuera privada de la vida. Cuya finalidad sería poder confrontar esta información con la base de datos sobre reportes o denuncias de desaparición, a fin de poder realizar una identificación futura.⁵⁹

⁵⁹ *Ibid.*, párr. 512.

- La realización de un programa de educación destinado a la población en general, con el objetivo de superar la situación de discriminación en contra de la mujer.⁶⁰

Ahora bien, para que esta sentencia se convierta en lo que aspira a llegar a ser 1) la representación del verdadero acceso a la justicia para las víctimas del caso en particular y 2) un instrumento o guía para el combate del feminicidio en la región, se requiere más que una simple lectura de la sentencia. Su cumplimiento e implementación requiere de una verdadera voluntad política del gobierno mexicano y de los gobiernos latinoamericanos. Un compromiso real en el combate y erradicación de la violencia contra las mujeres, abordando la arraigada cultura de la misoginia producto del sistema patriarcal. La sentencia desafortunadamente es un remedio insuficiente, que llega al escenario, lamentablemente, como consecuencia de los asesinatos de estas niñas.

Sin embargo, pese a la resistencia, discriminación o desinterés que revisten los casos de feminicidio por parte de las autoridades, la voz de las mujeres Amazonas, mujeres activistas que gritan y exigen justicia –ahora respaldadas por esta sentencia internacional– se está multiplicando. Esta voz se hace fuerte y visible para el resto de la sociedad, empezando a cobrar los costos políticos de las decisiones tomadas u omitidas por los gobiernos al momento de combatir la violencia contra las mujeres.

Poco a poco, día con día, con mucho esfuerzo, ganas, convicción y coraje, las mujeres de este continente logran cambios pequeños, medianos y gigantes en materia de feminicidio.

⁶⁰ *Ibid.*, párr. 318.

V

DERECHOS COLECTIVOS

PUEBLOS INDÍGENAS Y MEDIO AMBIENTE EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: UN DESAFÍO VERDE*

Jorge Calderón Gamboa

Afirmando "el derecho de los pueblos indígenas a su espiritualidad, conocimientos, tierras y recursos y a sus prácticas vinculadas a un modo de vida sostenible".

CARTA DE LA TIERRA. Principio 12

Los pueblos indígenas y medio ambiente constituyen más que una relación dialéctica. No se puede concebir la existencia del uno sin el otro. Así, los pueblos indígenas (pueblos nativos o pueblos tribales)¹ que han sobrevivido a lo largo de los años, frente a la conquista, la occidentalización, la discriminación y devastación de su hábitat, se han regido por tradiciones y costumbres compatibles y en armonía con lo que llamamos "medio ambiente". La relación con la tierra (Pacha Mama, Mucane, Tonanzín, Iwi, Nana Tlalli, Gaia), así como con los demás elementos (agua, aire y fuego), constituye una relación intrínseca con ellos mismos y no como algo separado (sujeto-objeto). Es apenas recientemente, que el derecho internacional ha dado pasos en el reconocimiento de esa relación intrínseca y los derechos derivados de ella. En la esfera internacional es con el Convenio 169 de la Organización Interamericana del Trabajo (OIT) de 1989 que se da el primer reconocimiento

* Las opiniones aquí expresadas son exclusividad del autor y no representan la opinión de la CoIDH.

¹ La jurisprudencia de la Corte en materia de pueblos indígenas es aplicable también a pueblos tribales. Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CoIDH), *Caso del Pueblo Sarakama vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 86.

efectivo de sus derechos.² La Declaración de Pueblos Indígenas de la ONU,³ aprobada por la Asamblea General en el 2007 reconoce derechos colectivos, incluso sobre el territorio y los recursos naturales. Asimismo, se han presentado avances importantes en otros documentos.⁴ En el Sistema Interamericano desde 1997 se ha trabajado en el Proyecto de Declaración Americana de los Pueblos Indígenas⁵ que hasta la fecha no ha sido aprobada por los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA). Por su parte, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión o la CIDH y la CoIDH, la Corte o el Tribunal) han venido trabajando, principalmente a partir de este milenio, en el análisis de casos contenciosos donde se han sentado importantes estándares en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en las Américas.⁶ En los últimos

años, la jurisprudencia de la CoIDH ha impactado de manera sustantiva en el desarrollo de estos derechos en la región y a nivel internacional.

El objetivo de este artículo consiste en presentar y sistematizar la jurisprudencia más relevante emitida por la CoIDH en materia de pueblos indígenas y medio ambiente —sin desconocer el importante trabajo que han realizado otros organismos regionales e internacionales y los grandes avances en el derecho interno de algunos países—, así como apuntar hacia algunos desafíos que enfrenta el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) al respecto.

Tabla 1. *Casos, medidas y derechos principales relativos a pueblos indígenas y medio ambiente*

Casos relacionados ante la Corte	• <i>Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua, Yakye Axa vs. Paraguay, Sawhoyamaya vs. Paraguay, Pueblo Saramaka vs. Surinam, Xámok Kasek vs. Paraguay, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.</i> • Algunos otros con temáticas ambientales son <i>Claude Reyes y otros vs. Chile, Kawas Fernández vs. Honduras y Salvador Chiriboga vs. Ecuador.</i>
Medidas provisionales	• Comunidades <i>Mayagna Sumo Awas Tingni vs. Nicaragua, Comunidades del Jiguamendó y del Curbaradó respecto Colombia, Sarayaku respecto Ecuador, Ngobe respecto Panamá.</i>
Artículos para interpretar y tutelar dichos derechos	• <i>Artículo 1.1 (deber de garantía), Artículo 4o. (derecho a la vida), 5o. (integridad personal), 13 (libertad de pensamiento y expresión), 16 (libertad de asociación), 21 (propiedad "comunitaria"), 26 (desarrollo progresivo), 29 (normas de interpretación), todos ellos de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH);¹ el artículo 11 (medio ambiente sano) del Protocolo de San Salvador.²</i> • Asimismo el Tribunal ha recurrido a otros tratados para dar contenido a la interpretación de tales derechos, encuadrando así el <i>corpus iuris</i> en la materia.³

A continuación se exponen ocho apartados que describen el desarrollo jurisprudencial en la materia: a) *propiedad comunitaria*; b) *recursos naturales*; c) *sujetos de derecho*; d) *vida digna*; e) *medidas provisionales*; f) *libertad de asociación, acceso a la información y utilidad pública*; g) *reparación integral*; h) *supervisión de cumplimiento*; i) *desafíos verdes para el SIDH*, y j) *conclusiones*.

² *Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries (ILO No. 169), 29 ILO Official Bull. 59, entered into force Sept. 5, 1991.* El Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales fue el primer convenio internacional que trató a las necesidades específicas de derechos humanos de los pueblos indígenas. El Convenio perfila las responsabilidades de los gobiernos en la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Disponible en <<http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang-es/index.htm>>.

³ UN-GA. Resolution, A/RES/61/295, (A/61/PV.107, 13 Sept. 2007 GA/10612) *The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Antecedent: Human Rights Council Res. 2006/2, Working group of the Commission on Human Rights to elaborate a Draft Declaration in accordance with paragraph 5 of the General Assembly res. 49/214 of 23 December 1994 (2006). Establece derechos colectivos en mayor grado que cualquier otro documento protector de los derechos humanos a nivel internacional. También protege el derecho de pueblos indígenas de poseer la tierra colectivamente y la protección de sus recursos naturales. Cfr. Artículos 25 a 32.

⁴ Convención sobre Diversidad Biológica, G.A. res. 49/117, 49 U.N. GAOR Supp. (No. 49) at 143, U.N. Doc. A/49/49 (1994). Article 8 j. *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y Agenda 21* (1992) A/CONF.151/26 (Vol. I), Principio 22 y Capítulo 26.4., respectivamente. Report of the Permanent Forum on Indigenous Issues, 3rd Sess., UN Doc. E/2004/43/E/C.19/2004/23 (2004), at. 27; *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 (1993); *Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo* (1994); *Conferencia Mundial sobre el Racismo/ Naciones Unidas*, guía para los Pueblos Indígenas; *Declaración de Principios de los Bosques*. Cfr. <<http://www1.umn.edu/humanrts/edumat/studyguides/Sindigenous.html>>.

⁵ Propuesta de Declaración Americana sobre Derecho de los Pueblos Indígenas (Aprobada por la CIDH el 26 de febrero de 1997, en su 95 Período Ordinario de Sesiones.), OEA/Ser./L/V/II.95 Doc.6 (1997). Disponible en <http://www.oas.org/OASpage/Events/default.asp?eve_code=8>.

⁶ La CIDH ha emitido resoluciones en los siguientes casos, *inter alia*: *Dann Case vs. USA* (2002); *Comunidad de San Mateo de Huanchor respecto Perú* (2004); *Mercedes Julián Huenteao Berioza respecto Chile* (2004); *Yanomani respecto Brasil*; *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice)* (2004). *Comunidad de la Oroya respecto Perú* (2007). Véase Informe sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 30 de diciembre de 2009. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. Véase <<http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Indice.htm>>.

1. Concepto de propiedad colectiva

La interpretación que ha hecho la CoIDH sobre el concepto de propiedad comunitaria ha permitido, como primer paso, garantizar los derechos de los pueblos indígenas sobre su territorio.

En el *Caso de la Comunidad Mayagna* relacionado con la falta de demarcación, delimitación y titulación del territorio ancestral de la Comunidad, frente a afectaciones por concesión de explotación maderera a una empresa privada en su territorio, la Corte por primera ocasión interpretó el artículo 21 de la CADH⁷ sobre propiedad privada desde una visión más amplia. Así, estableció que mediante una "interpretación evolutiva" de la Convención, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y de conformidad con el artículo 29.b de dicho tratado —que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos—, "el artículo 21 protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua".⁸

Asimismo, la Corte señaló que los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural.⁹

En este sentido, los miembros de las comunidades indígenas o tribales que estén en posesión de sus tierras tradicionales tienen el derecho a solicitar al Estado el reconocimiento legal de la propiedad.¹⁰

Además, la Corte en otros casos sostuvo que el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la CADH debe ser entendido de manera amplia, de tal suerte que tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comu-

nitaria de los miembros de las comunidades indígenas o tribales quedan protegidas por dicha norma.¹¹

En cuanto a las restricciones de este derecho, el artículo 21 establece que "la ley podrá subordinar [el] uso y goce de [los bienes] a los intereses de la sociedad". Por ello, la Corte ha sostenido en otras ocasiones que el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales, y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.¹² No obstante que el derecho reconocido en el artículo 21 de la Convención no es absoluto, dichas restricciones sobre los recursos naturales que se encuentren en el territorio de una comunidad exigen que, adicionalmente, se deberá verificar que éstas no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo.¹³

Así, dicha disposición no prohíbe *per se* la emisión de concesiones para la exploración o explotación de los recursos naturales en territorios indígenas o tribales, no obstante le impone garantías en contra de restricciones que denieguen la subsistencia del pueblo (véase *infra*).

2. Recursos naturales-pueblos indígenas

El artículo 21 de la CADH protege tanto las tierras de las comunidades indígenas o tribales como los recursos naturales que en ellas se encuentren, necesarios para su supervivencia física o cultural.

Los casos contra Paraguay (*Yakye Axa*, *Sawhoyamaya* y *Xákmok Kásek*),¹⁴ se relacionan con los reclamos de reivindicación territorial de comunidades despojadas de su territorio ancestral por la privatización del chaco paraguayo a mediados del siglo XIX y la ocupación de sus tierras para la explotación ganadera, situación que generó en las comunidades condiciones de miseria y supervivencia. Al respec-

¹¹ Cfr. CoIDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 141.

¹² Cfr. *Ibid.*, párrs. 144-145 citando (*mutatis mutandi*); CoIDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No., párr. 137; CoIDH; *Saramaka*, *supra* nota 1, párr. 128 y 129, párr. 127.

¹³ *Saramaka*, *supra* nota 1, párrs. 128 y 129.

¹⁴ El Tribunal acreditó que, a finales del siglo XIX, el Estado vendió dos tercios del Chaco para financiar la deuda del Paraguay tras la llamada Guerra de la Triple Alianza, con desconocimiento de la población indígena que allí habitaba. Desde entonces las tierras del Chaco paraguayo han sido transferidas a propietarios privados y fraccionadas progresivamente en estancias, obligando a muchas de las aldeas indígenas de los alrededores a concentrarse en las mismas. Tal fue el caso de los miembros de la Comunidad *Xákmok Kásek*, que tradicionalmente se encontraban en la zona donde posteriormente se fundó la "Estancia Salazar", en cuyo casco se fueron juntando los miembros de la Comunidad.

⁷ 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

⁸ CoIDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 148.

⁹ *Ibid.*, párr. 146.

¹⁰ *Ibid.*, párr. 151.

to, la Corte estableció que los pueblos indígenas tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo.¹⁵ En el caso Xákmok Kásek, incluso la Corte encontró que la falta de acceso y goce de sus recursos naturales había condenado a las comunidades a condiciones de miseria y marginalización.¹⁶

La Corte refirió que "la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural".¹⁷

En el *Caso de la Comunidad Saramaka vs. Surinam*, referente a la concesión a una empresa privada para llevar a cabo trabajos de explotación maderera y minería en el territorio de la Comunidad, la Corte analizó a mayor profundidad lo que se refiere a recursos naturales y señaló que tales recursos son los necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo.¹⁸

Las afectaciones a los recursos naturales pueden presentarse de manera directa e indirecta. Así lo observó la Corte en el caso Saramaka respecto del agua limpia y natural en relación con actividades de subsistencia como la pesca, o los bosques y sus frutos como hogar para distintos animales de caza para su sobrevivencia.¹⁹ Si bien no se evidenció en el caso una utilización tradicional de este pueblo con el oro, la extracción de este material afectará inevitablemente otros recursos naturales necesarios para su subsistencia.²⁰

Asimismo, el Tribunal estableció que el artículo 21 de la CADH no impide al Estado emitir concesiones para la exploración o extracción de recursos naturales, no obstante, para que éstas no impliquen una denegación de la subsistencia del pueblo como tal y a fin de preservar, proteger y garantizar dicha relación especial de los miembros, el Estado debe cumplir con las siguientes salvaguardias:²¹ consulta para obtener consentimiento, compartir beneficios generados a partir de las concesiones emitidas, estudios de impacto ambiental y social, y no afectar la sobrevivencia del pueblo.

Derecho a ser consultado y obligación de obtener consentimiento

La consulta debe garantizar la participación efectiva de los integrantes de la comunidad y debe ser realizada: i) de buena fe y con el fin de llegar a un acuerdo; ii) conforme a las propias costumbres y tradiciones de la comunidad y métodos tradicionales para la toma de decisiones; iii) en las primeras etapas del proyecto en cuestión, y iv) previa entrega de toda la información relevante, inclusive los posibles riesgos.²² La Corte aclaró que es el pueblo y no el Estado quien debe decir sobre quién y quiénes representan a la comunidad en cada proceso de consulta de acuerdo a sus costumbres y tradiciones.²³ Asimismo, mediante Sentencia de Interpretación, la Corte precisó al menos seis asuntos de consulta para el caso concreto.²⁴

Agregó que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, el Estado tiene la obligación de obtener el "consentimiento" libre, informado y previo de las comunidades, según sus costumbres y tradiciones.²⁵ En relación a ello, la salvaguarda de la participación efectiva es un requisito adicional debido al impacto profundo que dichos planes pueden tener sobre el derecho a la propiedad.²⁶

El caso del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (Sarayaku o Pueblo Sarayaku)*²⁷ de 2012, se refiere al otorgamiento por parte del Estado de un permiso a una empresa petrolera privada para realizar actividades de exploración y explotación petrolera en territorio indígena, incluyendo la introducción de explosivos de alto poder en varios puntos del mismo, sin haber realizado el debido procedimiento de consulta y demás salvaguardias, creando con ello una situación de

²² *Ibid.*, párr. 133.

²³ CIDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. "Interpretación de la Sentencia" de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 18.

²⁴ (1) el proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka; (2) el proceso mediante el cual se otorgue a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran; (3) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado; (4) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres; (5) sobre los resultados de los estudios previos de impacto social y ambiental, y (6) en relación con cualquier restricción a los derechos de propiedad del pueblo Saramaka, particularmente respecto de planes de desarrollo o inversión dentro o que afecten el territorio. *Ibid.*, párr. 16.

²⁵ Saramaka, *supra* nota 1, párr. 134.

²⁶ *Ibid.*, párr. 138.

²⁷ *Cfr. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de junio de 2012 Serie C No. 245.

¹⁵ *Cfr. Yakyé Axa, supra* nota 14, párr. 137 y *Sawhoyamaya, supra* nota 15, párrs. 118 y 121.

¹⁶ *Cfr. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214., párrs. 215 y 275.

¹⁷ *Cfr. Xákmok, ibid.* párr. 174; *Yakyé Axa, supra* nota 14, párr. 135; *Sawhoyamaya, supra* nota 15, párr. 118, y *Saramaka, supra* nota 1, párr. 120.

¹⁸ *Saramaka, ibid.*, párr. 122.

¹⁹ *Ibid.*, párr. 126.

²⁰ *Ibid.*, párr. 155.

²¹ *Ibid.*, párrs. 129 y 143.

riesgo para la población, ya que durante un periodo le habría impedido buscar medios de subsistencia y limitado sus derechos de circulación y de expresar su cultura. El área total que sería afectada por el proyecto en el territorio Sarayaku comprendía bosque primario, sitios sagrados, zonas de cacería, pesca y recolección, plantas y árboles medicinales y lugares de ritos culturales. Al respecto, la Corte desarrolló mayores estándares sobre la obligación de garantizar el derecho a la consulta en relación con el derecho a la identidad cultural del pueblo indígena.

La Corte estableció que el reconocimiento del derecho a la consulta previa, libre e informada de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural, los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática. Dicho derecho está reconocido en el Convenio 169 de la OIT,²⁸ entre otros instrumentos internacionales y una práctica constante de los más altos tribunales de justicia de la región. El deber de consultar se genera cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas. Por tanto, el Estado debe incorporar los estándares nacionales e internacionales en la materia desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación mediante sus instituciones representativas. Frente a ello, corresponde también al Estado llevar a cabo tareas de fiscalización y de control en su aplicación y desplegar, cuando sea pertinente, formas de tutela efectiva por medio de los órganos correspondientes.²⁹

Asimismo, especificó la Corte que, respecto al carácter previo de la consulta, "los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras". Lo anterior puede aplicar a medidas legislativas, respecto de las cuales deberán ser consultados previamente en todas las fases de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a meras propuestas.³⁰

²⁸ Ecuador ratificó el Convenio 169 de la OIT en abril de 1998, y ese mismo año se consagraron constitucionalmente los derechos colectivos de los pueblos indígenas y afroecuatorianos, al entrar en vigor la Constitución Política del Ecuador de 1998. La Corte señaló que "era indudable que al menos desde mayo de 1999 el Estado tenía la obligación de garantizar el derecho a la consulta previa al Pueblo Sarayaku, en relación con su derecho a la propiedad comunal e identidad cultural, para asegurar que los actos de ejecución de la referida concesión no comprometieran su territorio ancestral o su supervivencia y subsistencia como pueblo indígena".

²⁹ *Ibid.* párrs. 159 a 179.

³⁰ *Ibid.*, párrs. 180 a 184.

Respecto de la buena fe y finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento, se pretende concebir un verdadero instrumento de participación con miras a alcanzar un consenso entre las partes, y por tanto, es incompatible cualquier medio de coerción o intentos de desintegración de las comunidades. El deber de consulta es un deber del Estado que no puede delegarse a una empresa privada o terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta.³¹

Para que la consulta sea adecuada y accesible, debe realizarse mediante procedimientos culturales adecuados, tomando en cuenta sus tradiciones y la naturaleza de la medida consultada. La adecuación también implica que la consulta tiene una dimensión temporal, que de nuevo depende de las circunstancias precisas de la medida propuesta, teniendo en cuenta el respeto a las formas indígenas de decisión.³²

Por último, la consulta debe ser informada, en el sentido de que los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad. En ese sentido, la consulta previa requiere que el Estado acepte y brinde información e implica una comunicación constante entre las partes.³³

El Tribunal aclaró que es deber del Estado –y no de los pueblos indígenas– demostrar en el caso concreto, que todas las dimensiones del derecho a la consulta previa fueron efectivamente garantizadas.³⁴ En específico, en el caso Sarayaku el Estado no cumplió con los estándares antes referidos, por lo que la Corte declaró que Ecuador violó el derecho a la consulta del pueblo indígena.³⁵

Compartir beneficios

El Estado deberá compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales de los territorios indígenas y que derivan de la explotación de las tierras y recursos naturales necesarios para la supervivencia de los pueblos,³⁶ como una forma de justa indemnización exigida por el artículo 21 de la CADH.³⁷ La Corte especificó que la comunidad deberá determinar y resol-

³¹ *Ibid.*, párrs. 185 a 200.

³² *Ibid.*, párrs. 201 a 203.

³³ *Ibid.*, párrs. 208 a 210.

³⁴ *Ibid.*, párr. 179.

³⁵ *Ibid.*, párr. 211.

³⁶ Saramaka, *supra* nota 1, *ibid.*, párr. 140.

³⁷ *Ibid.*, párr. 139.

ver respecto de quiénes son los beneficiarios de una compensación según sus costumbres y tradiciones y de acuerdo con lo ordenado por el Tribunal.³⁸

Elaboración de estudios de impacto ambiental y social (EIAS)

Las autoridades deberán realizar o supervisar los estudios necesarios para asegurar que los proyectos que se realicen afecten en la menor medida posible los derechos de los miembros de la Comunidad. En este sentido, el Estado deberá garantizar que no se emita ninguna concesión a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio de impacto social y ambiental.³⁹ Así, la Corte también especificó que "los EIAS deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto,⁴⁰ y deben respetar las tradiciones y cultura del pueblo. Uno de los factores que debiera tratar los EIAS es el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos. Este análisis permitiría concluir de una manera más certera si los efectos individuales y acumulados de actividades existentes y futuras pueden poner en peligro la supervivencia de los pueblos indígenas o tribales".⁴¹ La Corte notó que el nivel de impacto aceptable demostrado por los EIAS puede diferir en cada caso, no obstante, el principal criterio consiste en que éste no niegue la capacidad de los miembros de la comunidad a sobrevivir como pueblo.⁴²

En específico, en el caso Saramaka la Corte concluyó que no sólo se había dejado a los integrantes del pueblo Saramaka un "legado de destrucción ambiental, privación de los recursos de subsistencia y problemas espirituales y sociales", sino que, además, "no [había] recibido ningún beneficio de las operaciones madereras que se encuentran en su territorio".⁴³ Asimismo, encontró que las concesiones madereras dañaron el ambiente y que el deterioro tuvo un impacto negativo sobre las tie-

³⁸ Saramaka, *supra* nota 26, párrs. 26 y 27.

³⁹ Saramaka, *supra* nota 1 párr. 129.

⁴⁰ Uno de los más completos y utilizados estándares para EIAS en el contexto de pueblos indígenas y tribales es conocido como *Akwé:Kon Voluntary Guidelines for the Conduct of Cultural, Environmental and Social Impact Assessments Regarding Developments Proposed to Take Place on, or which are Likely to Impact on, Sacred Sites and on Lands and Waters Traditionally Occupied or Used by Indigenous and Local Communities*, el cual puede ser encontrado en <<http://www.cbd.int/doc/publications/akwe-brochure-en.pdf>>.

⁴¹ Saramaka, *supra* nota 26, párr. 41.

⁴² *Ibid.*, párr. 42.

⁴³ Las estadísticas gubernamentales que se presentaron como prueba ante la Corte indicaban que se extrajo una gran cantidad de madera valiosa del territorio Saramaka y no se les pagó ningún tipo de indemnización por ello. Saramaka, *supra* nota 1, párr. 153.

rras y los recursos naturales de la comunidad, sobre los cuales tiene un derecho a la propiedad comunal. El Estado no llevó a cabo ni supervisó estudios ambientales y sociales previos, ni puso en práctica garantías o mecanismos a fin de asegurar que estas concesiones madereras no causaran un daño mayor al territorio y la comunidad. Además, el Estado no permitió la participación efectiva del pueblo y, a su vez, los miembros del pueblo no recibieron ningún beneficio de la extracción maderera en su territorio. Todo ello violó el derecho de propiedad reconocido en el artículo 21, en relación con el artículo 1.1 de la CADH.⁴⁴

En el caso Sarayaku, la Corte concluyó que el plan de impacto ambiental no se llevó a cabo de conformidad con lo dispuesto en su jurisprudencia ni con los estándares internacionales en la materia. Así, observó las obligaciones al respecto derivadas del artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT,⁴⁵ y reiteró que los Estudios de Impacto Ambiental deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto; respetar las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas, y ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión. En el caso concreto, el plan de impacto ambiental: a) fue realizado sin la participación del Pueblo Sarayaku; b) fue realizado por una entidad privada subcontratada por la empresa petrolera, sin que conste que el mismo fue sometido a un control estricto posterior por parte de órganos estatales de fiscalización, y c) no tomó en cuenta la incidencia social, espiritual y cultural que las actividades de desarrollo previstas podrían tener sobre el Pueblo Sarayaku.⁴⁶

El derecho a la identidad cultural en relación con la falta de consulta

Respecto de otras afectaciones derivadas de la falta de la consulta, en el caso Sarayaku la Corte desarrollo pautas para esbozar el derecho a la identidad cultural.⁴⁷ Al respecto, señaló que éste es un derecho fundamental y de naturaleza co-

⁴⁴ *Ibid.*, párr. 154.

⁴⁵ Artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT "[l]os gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas"

⁴⁶ Sarayaku, *supra* nota 27, párrs. 204 a 207.

⁴⁷ Dos instrumentos internacionales tienen particular relevancia en el reconocimiento del derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas: el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Varios instrumentos internacionales de UNESCO también desarrollan el contenido del derecho a la cultura y a la identidad cultural. Por su parte, tanto la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en casos en que se alegaba la violación de los artículos 17.2 y 17.3 de la Carta Africana sobre los Dere-

lectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. "Bajo el principio de no discriminación, el reconocimiento del derecho a la identidad cultural (o a la cultura) es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y por los ordenamientos jurídicos internos". En específico, la Corte sostuvo que la falta de consulta al Pueblo Sarayaku afectó su identidad cultural, por cuanto no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural implicó una falta grave al respeto debido a su identidad social y cultural, a sus costumbres, tradiciones, cosmovisión y a su modo de vivir, produciendo naturalmente gran preocupación, tristeza y sufrimiento entre los mismos.⁴⁸

3. Pueblo indígena como sujeto de derecho ante la Corte

Resulta relevante el reciente reconocimiento hecho por la Corte en cuanto al carácter de sujetos de derecho colectivos frente a la CADH. En este sentido, la práctica de la Corte en casos de pueblos indígenas había consistido en interpretar el concepto de persona establecido en los artículos 1.2 y 44 de la CADH, derivando que las violaciones a ésta exclusivamente se podían declarar en perjuicio de los "miembros o integrantes" de las comunidades indígenas (debidamente individualizados), no obstante el carácter colectivo de las violaciones declaradas y las consecuentes medidas de reparación que la Corte otorgaba en beneficio de toda la comunidad.⁴⁹ Al respecto, finalmente en el caso Sarayaku, la Corte reconoció a los pueblos indígenas como sujetos colectivos de protección de la CADH, al considerar que "la normativa internacional relativa a éstos reconoce derechos a los pueblos como sujetos colectivos del derecho internacional y no únicamente a sus miembros. Puesto que los pueblos y comunidades indígenas o tribales, cohesionados por sus particulares formas de vida e identidad, ejercen algunos derechos reconocidos por la Convención desde una dimensión colectiva".⁵⁰

Lo anterior adquiere gran relevancia no sólo en el plano enunciativo, sino también en la protección de los recursos naturales, que en su mayoría tienen un carác-

chos Humanos y de los Pueblos, como el Comité PIDESC y, en alguna medida, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos relativos a minorías, se han referido al derecho a la identidad cultural y la dimensión colectiva de la vida cultural de las comunidades y pueblos nativos, indígenas, tribales y minoritarios (*ibid.*, párrs. 215 y 216).

⁴⁸ Sarayaku, *supra* nota 27, párr. 220.

⁴⁹ Cfr. Voto Concurrente del juez Eduardo Vio Grossi, Caso *Xákmok Kásek*, *supra* nota 16. En el sentido de reconocer a las comunidades indígenas como sujetos colectivos protegidos por la CADH.

⁵⁰ Sarayaku, *supra* nota 27 párr. 231.

ter difuso y su titularidad se hace indispensable vincularla con el pueblo como sujeto colectivo. Asimismo, la jurisprudencia en materia de propiedad colectiva, identidad e integridad cultural y reparaciones adquiere sentido en el entendido de que es la comunidad en la que recaen dichas afectaciones como parte lesionada.

4. Vida digna

Desde una interpretación literal del enunciado del artículo 4o. de la CADH,⁵¹ el inciso 1 está enfocado al deber de respeto del derecho a la vida, y los demás incisos restringen la práctica de la pena de muerte.

No obstante, al ser el artículo 4.1 interpretado en casos de grupos en situación de vulnerabilidad y en relación con el artículo 1.1 (deber de garantía), así como del artículo 29 de la CADH, la Corte ha desarrollado el concepto de "vida digna", dándole contenido a su interpretación a la luz de otros instrumentos nacionales e internacionales.

Así, la Corte ha señalado que "no son admisibles enfoques restrictivos al derecho a la vida. En esencia, este derecho 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 generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna".⁵² En específico, el Estado debe generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. Asimismo, "el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria".⁵³

En los casos paraguayos de pueblos indígenas (*supra*), derivado de la falta de su territorio ancestral, los miembros de las comunidades se encontraban en una situación de extrema pobreza, con índices deplorables en sus condiciones de vida, tales como la falta de acceso al agua potable, alimentación, salud, vivienda, etc. Al respecto, la Corte desarrolló con mayor profundidad el concepto de vida digna mediante una interpretación evolutiva del derecho a la vida en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 de la CADH y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (de-

⁵¹ Artículo 4o. *Derecho a la vida*. 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.

⁵² *Yakye Axa*, *supra* nota 11, párr. 161.

⁵³ *Ibid.*, párr.162.

recho a la salud); 11 (derecho a un medio ambiente sano);⁵⁴ 12 (derecho a la alimentación); 13 (derecho a la educación) y 14 (derecho a los beneficios de la cultura) del Protocolo de San Salvador (DESC), y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT.⁵⁵ La Corte también observó lo dispuesto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en su Observación General No. 14.⁵⁶

De esta manera, la Corte en el caso *Yakye Axa* observó que en el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia.⁵⁷ Por tanto, concluyó que la privación de su derecho a la propiedad comunitaria había afectado el derecho a una vida digna de los miembros de la comunidad, ya que los había privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades.⁵⁸ En consecuencia, el Estado no había adoptado medidas frente a las condiciones que afectaron sus posibilidades de tener una vida digna en contravención con los artículos 4.1 y 1.1 de la CADH.

Posteriormente, en el caso *Sawhoyamaya*, el Tribunal especificó que para encontrar responsabilidad del Estado por riesgo de vida, debía éste, al momento de los hechos, tener conocimiento de la existencia de una situación de riesgo real e inminente para la vida y no tomar las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo.⁵⁹ En el caso *Xákmok Kásek*, en el que el Estado ya había prestado cierta asistencia humanitaria a la comunidad, el Tribunal destacó que la asistencia estatal brindada en materia de acceso y calidad de agua, alimentación, servicios de salud y educación no había sido suficiente para superar las condiciones de especial vulnerabilidad en que se encontraba la comunidad. Consideró también que esta situación estaba estrechamente vinculada a la falta de sus tierras. En efecto, la ausencia de posibilidades de autoabastecimiento y autosostenibilidad de los miembros de la comunidad, de acuerdo a sus tradiciones ancestrales, los llevó a depender

⁵⁴ 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.

⁵⁵ *Yakye Axa*, *supra* nota 11, párr. 163.

⁵⁶ *Ibid.*, párr. 166, citando el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Artículo 12.

⁵⁷ *Cfr.* U.N. Doc. E/C.12/1999/5. El derecho a una alimentación adecuada (art. 11), (20o. período de sesiones, 1999), párr. 13, y U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 117. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del PIDESC, (29o. período de sesiones 2002), párr. 16.

⁵⁸ *Yakye Axa*, *supra* nota 11, párrs. 167, 168 y 176.

⁵⁹ *Sawhoyamaya*, *supra* nota 12, párr. 155.

casi exclusivamente de las acciones estatales y verse obligados a vivir de una forma no solamente distinta a sus pautas culturales, sino en la miseria.⁶⁰

Por tanto, el concepto de vida digna, en estos casos, incluye, de manera intrínseca, garantizar a los pueblos indígenas las condiciones favorables para utilizar y disfrutar de los recursos naturales en sus territorios.

5. Medidas provisionales: *vida, integridad personal, prevención de recursos naturales, libre circulación*

Las medidas provisionales tienen como principal objetivo prevenir daños irreparables frente a situaciones de extrema gravedad y urgencia.⁶¹ Así, la mayoría de los asuntos bajo conocimiento del Tribunal están relacionados con la protección de los derechos a la vida y a la integridad personal. En los casos indígenas, dichas medidas han servido para atender situaciones no sólo relacionadas con tales derechos, sino con la protección del territorio tradicional de la comunidad, la preservación de los recursos naturales de un pueblo, la libre circulación y el acceso al territorio indígena.

En el caso *Mayagna vs. Nicaragua* la Corte otorgó medidas provisionales a favor de la comunidad con el fin de proteger el territorio de ésta, inclusive frente a terceros (respecto de la explotación maderera y actividades agropecuarias), en tanto se delimitara y titulara su territorio tradicional.⁶² Dicha protección fue también monitoreada mediante la supervisión de cumplimiento del caso.⁶³

En el *Asunto de las comunidades del Jiguamendó y del Curbaradó respecto Colombia*, la CIDH alegó los actos de hostigamiento, amenazas y desplazamiento de miembros de esta comunidad afrodecendiente. Asimismo, informó que una empresa privada promovía la siembra de palma aceitera en parte del territorio comunitario con ayuda y protección de presuntos miembros del Ejército y civiles armados. La siembra de palma africana y la explotación de los recursos naturales de las comunidades ponían en peligro la vida y supervivencia de sus integrantes. Al respecto, la Corte otorgó medidas provisionales a favor de las comunidades y ordenó al Estado brindar protección a la vida e integridad de sus miembros, y asegurar que

⁶⁰ *Xákmok Kásek*, *supra* nota 16, párr. 215 y 216.

⁶¹ Artículo 63.2 de la CADH. "En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión".

⁶² *Cfr.* CoIDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni respecto Nicaragua*. Medidas Provisionales. Resoluciones de 6-9-02 y 26-11-07.

⁶³ *Mayagna*, *supra* nota 11, Punto Resolutivo Cuarto.

podieran seguir viviendo en su residencia habitual, sin ningún tipo de coacción o amenaza. También ordenó al Estado garantizar que los desplazados pudieran regresar a sus comunidades, así como brindar servicios de comunicación permanente y de reacción inmediata.⁶⁴

El *Asunto del Pueblo Sarayaku respecto Ecuador*, en lo que concierne a medidas provisionales, se relaciona con la supuesta falta de protección del territorio de esta Comunidad frente a concesiones de explotación de combustible en su territorio (200 000 hectáreas de tierra, 65% territorio de la comunidad), sin que presuntamente haya existido un proceso de consulta y consentimiento, así como con supuestas agresiones a miembros de la misma y el depósito de explosivos en tierras tradicionales que habían detonado, destruyendo bosques, fuentes de agua, cuevas, ríos subterráneos y sitios sagrados, y causando la migración de animales. Al respecto, la Corte otorgó medidas provisionales con el fin de que el Estado brindara protección de los derechos a la vida, integridad y libre circulación de los miembros de la comunidad, incluso frente a terceros, así como retirara los materiales explosivos del territorio, realizara acciones de mantenimiento a la pista aérea para garantizar dicho medio de transporte.⁶⁵ Mediante la Sentencia en el caso Sarayaku, la Corte dejó sin efecto las medidas provisionales, ya que dada la particularidad de este caso, las obligaciones del Estado en el marco de las medidas provisionales quedan reemplazadas por lo ordenado en Sentencia y, consecuentemente, su ejecución y observancia será objeto de supervisión del cumplimiento de la misma.⁶⁶ Lo anterior está relacionado con la neutralización, desactivación y retiro de los explosivos, y con el deber de consulta al pueblo indígena, entre otras.

El *Asunto de las cuatro comunidades indígenas Ngöbe y sus miembros respecto Panamá*, se relaciona con la supuesta concesión por 20 años de 6 215 hs. a la empresa AES Changuinola para administrar el bosque y construcción de represas hidroeléctricas, sin el procedimiento de consulta requerido. Además, se informó a la Corte que durante el año 2011 la represa Chan 75 inundaría a las cuatro comunidades objeto de la solicitud de medidas, compuestas por 1 500 y 2 000 personas, y a otras comunidades en territorios aledaños. La CIDH solicitó al Tribunal medidas de protección a los derechos a la vida, integridad y libre circulación, así como a la relación de las comunidades con sus recursos naturales, y la suspensión de las construcciones y demás actividades de la concesión de la hidroeléctrica.

⁶⁴ Cfr. CIDH, *Asunto Comunidades del Jigamíandó y del Curbaradó respecto Colombia*. Resolución de la Corte de 15 de marzo de 2005, Punto Resolutivo 2e.

⁶⁵ Cfr. CIDH, *Asunto Pueblo Indígena Sarayaku respecto Ecuador*. Resolución de la Corte 4 de febrero de 2010.

⁶⁶ Sarayaku, *supra* nota 27, párrs. 340.

Al respecto, la Corte realizó diversas gestiones para requerir información a las partes. Entre éstas, solicitó a la Defensoría del Pueblo de Panamá un informe en el que analizará el posible impacto que tendrían sobre los derechos de las comunidades los avances en la construcción de una hidroeléctrica, así como su valoración institucional sobre los procedimientos de consulta que se habrían desarrollado.⁶⁷ El Estado brindó la información requerida y remitió información destinada a probar el cumplimiento de los estándares exigidos por la Corte en la materia; entre éstos, afirmó que 99% de las familias estaban de acuerdo con el proyecto y que se había cumplido con las indemnizaciones requeridas. Asimismo, señaló que se estaban siguiendo parámetros y recomendaciones para minimizar el impacto ambiental y giras médicas para atender quejas reiteradas respecto del polvo generado por las detonaciones y el ruido ocasionado por las sirenas.⁶⁸

Como conclusión la Corte resolvió rechazar las medidas en virtud de que la CIDH no demostró la extrema gravedad y urgencia de la situación, y planteó asuntos propios a un análisis del fondo de un caso contencioso. No obstante, la Corte recordó su jurisprudencia en materia de concesiones y las exigencias para las restricciones legítimas del derecho a la propiedad comunal (*supra*).⁶⁹

Por último, en el caso *Xákmok Kásek*, la Corte, en su Sentencia de Reparaciones, ordenó al Estado no "realizar ningún acto que dificulte aún más el resultado de la Sentencia. En este sentido, hasta que no se entregue el territorio tradicional a los miembros de la Comunidad, el Estado deberá velar que tal territorio no se vea menoscabado por acciones del propio Estado o de terceros particulares. Así, deberá asegurar que no se deforeste la zona, no se destruyan los sitios culturalmente importantes para la Comunidad, no se transfieran las tierras y no se explote el territorio de tal forma que dañe irreparablemente la zona o los recursos naturales que en ella existan".⁷⁰

6. Libertad de asociación, acceso a la información y utilidad pública

Los casos que a continuación se exponen no tratan sobre pueblos indígenas, no obstante, sí están relacionados con cuestiones ambientales que ofrecen estándares relevantes en la materia.

⁶⁷ Cfr. CIDH, *Asunto Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus Miembros respecto Panamá*. Resolución de la Corte de 28 de mayo de 2010, Visto 6.

⁶⁸ *Idem*.

⁶⁹ Cfr. CIDH, *Asunto Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus Miembros respecto Panamá*. Considerando 18.

⁷⁰ *Xákmok Kásek*, *supra* nota 16, par. 291.

En el caso *Kawas Fernández vs. Honduras*, relacionado con el asesinato de Jeannette Kawas Fernández, presidenta de la Fundación para la Protección de Lancetilla, Punta Sal, Punta Izopo y Texiguat (Prolansate), por su trabajo de denuncia y oposición frente a la explotación de los recursos naturales de ciertas áreas protegidas en el municipio de Tela en Honduras, la Corte encontró que éste había tenido un efecto amedrentador en relación con otros defensores del medio ambiente, por lo que dicho asesinato ocasionó la violación no sólo del derecho a la vida, consagrado en el artículo 4.1 de la CADH, sino también provocó una violación a su derecho a la libertad de asociación, consagrado en el artículo 16.1 de la CADH, al considerar que su muerte, de manera evidente, resultó en una privación de su derecho a asociarse libremente.⁷¹ Dicha violación derivó en que la Corte ordenara en el capítulo de reparaciones –y como garantía de no repetición– que el Estado realizara una campaña de concientización y sensibilización sobre la importancia de la labor que realizan los defensores del medio ambiente en Honduras, así como medida de conmemoración satisfactoria el levantamiento de un monumento en su nombre y la rotulación del Parque Nacional con su nombre, respecto del cual enfatizó que en el rótulo se deberá dejar constancia que la víctima murió en defensa del medio ambiente y de dicho parque nacional, en particular.⁷²

En el caso *Cabrera y Montiel vs. México*, conocido como “Campesinos Ecológicos”, los representantes de las víctimas alegaron que los señores Cabrera y Montiel, “a causa de su activismo” en defensa del medio ambiente, fueron “ilegal y arbitrariamente detenidos, y luego torturados”. Precizaron que estas agresiones “no ha[bian] podido ser sino una represalia por su activismo ambientalista”. Además, señalaron que dicha represalia se enmarcaba en un patrón de ataques contra defensores del medio ambiente y, en particular, contra la asociación civil Organización de Campesinos Ecológicos de la Sierra de Petatlán y Coyuca de Catalán (OCESP). Sin embargo, dado que la CIDH en su demanda no se refirió a estos hechos, la Corte, de acuerdo a su jurisprudencia, no se pudo pronunciar al respecto ni en relación con la presunta violación del artículo 16 de la CADH.⁷³

En el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, sobre acceso a la información, las víctimas habían solicitado información al Comité de Inversiones Extranjeras sobre el proyecto “de explotación del río Cóndor” con el fin de “evaluar los factores comerciales, económicos y sociales del proyecto y medir el impacto sobre el medio ambiente [...] y activar el control social respecto de la gestión de órganos del Esta-

do que tienen o han tenido injerencia”. La víctima expresó que acudió a pedir la información “preocupado por la posible tala indiscriminada de bosque nativo en el extremo sur de Chile” y que “[l]a denegación de información pública, significó [...] un impedimento a [su] tarea de fiscalizador”. Al respecto, la Corte observó, entre otras disposiciones que garantizan el acceso a la información en cuestiones de medio ambiente, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo,⁷⁴ y encontró que al no recibir la información solicitada, ni una contestación motivada sobre las restricciones a su derecho al acceso a información bajo el control del Estado, las víctimas del caso vieron afectada la posibilidad de realizar un control social de la gestión pública, lo que derivó en una violación del derecho a la información, consagrado en el artículo 13 de la CADH.⁷⁵

En el caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, respecto de la expropiación de un predio particular para la realización del Parque Metropolitano de Quito, la Corte reconoció que las razones de “utilidad pública” por las que se restringió el derecho a la propiedad, consistieron en la protección del medio ambiente mediante el establecimiento de dicho parque, lo cual es de gran relevancia e interés público para la ciudad de Quito, fueron legítimas y debidamente fundamentadas. No obstante, existió una violación al derecho de propiedad por la falta de pago de una justa indemnización durante un periodo prolongado en favor de la persona expropiada.⁷⁶

En otro sentido, cabe mencionar que en el caso de la comunidad Xákmok Kásek, los propietarios privados habían promovido la declaración de una zona de reserva natural privada sobre el territorio indígena, no obstante, la Corte encontró que en el caso concreto se encontraba debidamente probado que “no se tomó en cuenta la reclamación indígena sobre las tierras declaradas como reserva natural al momento de emitirse el Decreto y aprobarse la justificación técnica que las declaraba como tal; que no se informó a los miembros de la Comunidad sobre los planes para declarar parte de ese territorio como reserva natural privada, y que dicha

⁷¹ Cfr. CIDH, *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196, párr. 152.

⁷² *Ibid.*, párrs. 206 y 214.

⁷³ Cfr. CIDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220, párr. 60.

⁷⁴ Cfr. CIDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 81. Cfr. Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo realizada del 3 al 14 de junio de 1992.

⁷⁵ *Ibid.*, párr. 99.

⁷⁶ Cfr. CIDH, *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2011 Serie C No. 222, párr. 79. En su Sentencia de Reparaciones, la Corte agregó que “el Parque Metropolitano de Quito es un área de recreación y protección ecológica de gran importancia para una ciudad con alta densidad de población, el cual representa más de 55% de las áreas verdes de la ciudad. Es considerado ‘el pulmón principal de la ciudad’, ya que mantiene el equilibrio del ecosistema con un gran valor en cuanto a flora y fauna silvestres. Asimismo, en la actualidad es la mayor reserva de ‘bosque manejado como parque urbano en el país’. A su vez, cabe destacar que el predio objeto de la expropiación representa 11% de la totalidad de la superficie del parque. Todo ello debe ser debidamente valorado”.

declaratoria ocasionó perjuicios a la forma de vida de los miembros de la Comunidad, ya que ésta les impedía realizar sus actividades tradicionales e ingresar a su territorio tradicional.⁷⁷ Como consecuencia, ordenó adoptar medidas inmediatas necesarias para que dicho Decreto no fuera un obstáculo para la devolución de las tierras tradicionales. En este sentido, los derechos ambientales y a la propiedad comunitaria deben ser siempre conciliados para su coexistencia, sin que unos limiten el goce de los otros.

7. Medidas de reparación integral

La reparación integral es un sello característico en la jurisprudencia de la CIDH respecto de cualquier otro tribunal internacional e inclusive nacional, y en el caso del tema que nos ocupa el alcance en las reparaciones ordenadas no ha sido menor, por lo que destaca su alcance colectivo y su reconocimiento de la etnicidad. Como medidas de reparación integral relacionadas con este tema la Corte ha otorgado, *inter alia*, las siguientes:

Como medidas restitutorias: En los casos paraguayos (*supra*) la Corte ordenó al Estado la devolución de los territorios tradicionales de las comunidades y, en su caso, la entrega de tierras alternativas dentro del territorio tradicional de sus ancestros.⁷⁸ En el caso *Xákmok Kásek* la Corte, por primera ocasión, otorgó una especie de sanción punitiva en caso de incumplimiento de los plazos ordenados para garantizar el territorio a la comunidad. La Corte dispuso que si el plazo fijado en la Sentencia venciera, o en su caso, si la prórroga otorgada venciera o fuera denegada por el Tribunal sin que el Estado haya entregado las tierras tradicionales, o en su caso las tierras alternativas, deberá pagar a los líderes de la Comunidad un monto determinado por cada mes de retraso.⁷⁹ La Corte ha ordenado también velar que el territorio reclamado por la comunidad no se vea menoscabado por acciones del propio Estado o de terceros particulares.⁸⁰ En el caso *Mayagna*, la Corte ordenó la delimitación, demarcación y titulación del territorio tradicional de la Comunidad. En el caso del pueblo *Sarayaku*, la Corte ordenó al Estado neutralizar, desactivar y, en su caso, retirar la pentolita en superficie y enterrada en el territorio del pueblo *Sarayaku*, con base en un proceso de consulta con el mismo, y reforestar el área afectada.⁸¹

⁷⁷ *Xákmok Kásek*, *supra* nota 16, párr. 158.

⁷⁸ La elección de estas tierras deberá ser consensuada con los miembros de la Comunidad, de conformidad con sus propias formas de toma de decisiones.

⁷⁹ *Xákmok Kásek*, *supra* nota 16.

⁸⁰ *Saramaka*, *supra* nota 1, párr. 211.

⁸¹ *Sarayaku*, *supra* nota 27, párr. 295.

Como medidas de satisfacción: La Corte ha ordenado: a) la realización de actos públicos de reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado; b) la publicación de la Sentencia; c) la publicación del resumen oficial de la Sentencia en los idiomas indígenas por medio de una emisora radial de amplia cobertura en la región de la comunidad en cuestión; d) la implementación de campañas de sensibilización respecto de la importancia de las labores de los defensores del medio ambiente, y e) la creación de un monumento en memoria de defensores ambientales en un parque nacional.

Como medidas de rehabilitación: La Corte ha ordenado al Estado: a) mientras se entrega el territorio tradicional o las tierras alternativas, adoptar de manera inmediata, periódica y permanente, medidas sobre el suministro de agua potable suficiente; la revisión y atención médica y psicosocial de todos los miembros de la comunidad; la atención médica especial a las mujeres embarazadas; la entrega de alimentos en calidad y cantidad suficientes; la instalación de servicios sanitarios adecuados, y la dotación de materiales y recursos a la escuela para garantizar el acceso a la educación básica, procurando el respeto de las tradiciones culturales y las lenguas propias; b) establecer un puesto de salud permanente y con las medicinas e insumos necesarios para una atención en salud adecuada; c) establecer un sistema de comunicación; d) asegurarse que el puesto de salud y el sistema de comunicación señalados se trasladen al lugar donde la Comunidad se asiente definitivamente una vez recuperado su territorio tradicional,⁸² y e) elaborar programas de salud y tratamiento médico y psicológico.⁸³

Como garantías de no repetición: La Corte ha ordenado al Estado: a) adoptar en su derecho interno las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un sistema eficaz de reclamación de tierras ancestrales o tradicionales de los pueblos indígenas que posibilite la concreción de su derecho de propiedad, y b) remover obstáculos para la devolución de las tierras tradicionales.⁸⁴ En el caso *Saramaka*, respecto de las concesiones ya otorgadas dentro del territorio tradicional, se ordenó a Surinam c) revisarlas, a la luz de la Sentencia, con el fin de "evaluar si es necesaria una modificación a los derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo"; e) "abstenerse de realizar actos que puedan afectar la existencia, valor, uso o goce del territorio al cual tienen derecho los integrantes del pueblo, a menos que el Estado obtenga el consentimiento previo, libre e informado de dicho pueblo"; f) garantizar el derecho de consulta y

⁸² *Xákmok Kásek*, *supra* nota 16.

⁸³ *Cfr. CIDH, Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116.

⁸⁴ *Xákmok Kásek*, *supra* nota 16.

compartir beneficios de los proyectos; g) realizar estudios de impacto ambiental,⁸⁵ y h) implementar programas o cursos obligatorios que contemplen módulos sobre los estándares nacionales e internacionales en derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas, dirigidos a funcionarios militares, policiales y judiciales, así como a otros cuyas funciones involucren relacionamiento con pueblos indígenas.⁸⁶

Como medidas de compensación económica: a) pagar las cantidades fijadas por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales y el reintegro de costas y gastos.

Como medidas socioeconómicas: a) la creación de programas de desarrollo que incluyen suministro de agua potable, infraestructura sanitaria, implementación de proyectos educativos, habitacionales, agrícolas y de salud para la comunidad, así como electricidad;⁸⁷ b) mantenimiento y mejoras en el sistema de comunicación vial entre las indicadas comunidades y la cabecera municipal;⁸⁸ c) una cantidad que deberá ser utilizada, entre otros, para la implementación de proyectos educativos, culturales, de seguridad alimentaria, de salud y de desarrollo ecoturístico u otras obras con fines comunitarios o proyectos de interés colectivo que el pueblo considere prioritarios.⁸⁹

8. Supervisión e implementación de las sentencias

La CIDH, de acuerdo con el artículo 67 y 68⁹⁰ de la CADH, da seguimiento al cumplimiento de sus propias sentencias.⁹¹ Al respecto, destaca el cumplimiento ca-

⁸⁵ *Saramaka*, *supra* nota 1, párr. 194.

⁸⁶ *Sarayaku*, *supra* nota 27 párr. 302.

⁸⁷ Caso *Yakye Axa*: Programa comunitario, destinado al suministro de agua potable e infraestructura sanitaria, y un fondo de desarrollo de 950 000 dólares para la implementación de proyectos educativos, habitacionales, agrícolas y de salud. Caso *Saramaka*: fondo de desarrollo de 600 000 dólares para financiar proyectos educativos, de vivienda, agrícolas y sanitarios, así como electricidad y agua potable.

⁸⁸ *Masacre Plan de Sánchez*, *supra* nota 83.

⁸⁹ *Sarayaku*, *supra* nota 27, párr. 323.

⁹⁰ Es una facultad inherente a las funciones jurisdiccionales de la Corte la supervisión del cumplimiento de sus decisiones. El artículo 68.1 de la Convención Americana estipula que "[l]os Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes". Para ello, los Estados deben asegurar la implementación a nivel interno de lo dispuesto por el Tribunal en sus decisiones. *Cfr. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia*. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 131; *Caso Valle Jaramillo vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de diciembre de 2010, Considerando tercero, y *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de diciembre de 2010, Considerando tercero.

⁹¹ A diferencia del Tribunal Europeo de DH, la CIDH tiene la facultad de supervisar sus propias Sentencias. Tradicionalmente, dicho procedimiento se realizó mediante la presentación de informes del

bal en el caso de la comunidad Mayagna, respecto del cual, la Corte dictó Sentencia de fondo y reparaciones el 31 de agosto de 2001. Posteriormente, a partir del 2007, la Corte adoptó una nueva práctica de convocar a audiencias a las partes para monitorear la supervisión de cumplimiento de casos. El 3 de mayo de 2008, la Corte celebró una de las primeras audiencias privadas en el caso de la comunidad Mayagna, en la que el Estado se comprometió a realizar acciones específicas para su cumplimiento.⁹² Mediante Resolución de 3 de abril de 2009, la Corte dio cumplimiento total de esta Sentencia, con motivo de que el Estado cumplió cabalmente con todas y cada una de las reparaciones ordenadas en la Sentencia⁹³ (*supra*).

Además, el 4 de febrero de 2008, la Corte celebró audiencia privada de supervisión de cumplimiento en los casos de las comunidades Yakye Axa y Sawhoyamaya. Posteriormente, el 15 de julio de 2009, celebró la primera audiencia "pública" de supervisión de cumplimiento en el caso de la comunidad Sawhoyamaya, durante su sesión extraordinaria en Bolivia. En el mes de noviembre de 2011, la Corte celebró una audiencia temática sobre la identificación, entrega y titulación de las tierras ancestrales ordenada en los tres casos paraguayos. En vista de lo anterior, el Estado ha reportado diversas acciones para cumplir este punto. Asimismo, el 26 de mayo de 2010 se celebró audiencia de supervisión en el caso del Pueblo Saramaka⁹⁴ y el 23 de noviembre de 2011 se emitió una Resolución de Cumplimiento, mediante la cual se declaró el cumplimiento de las traducciones y publicación de la Sentencia, la transmisión en radio de la misma, el reintegro de costas y gastos, así como el cumplimiento parcial del pago indemnizatorio a un fondo de desarrollo comunitario, quedando pendiente de cumplimiento los demás puntos ordenados.⁹⁵ Esta práctica de remisión de informes periódicos escritos y audiencias privadas o públicas ha contribuido a que las partes inicien diálogos y activen las gestiones necesi-

Estado y observaciones de los representantes y la CIDH. Posteriormente, la Corte emite una Resolución en la materia. A partir del 2007, la Corte incluyó en su práctica la realización de audiencias, ya sea privadas o públicas, de supervisión de cumplimiento, lo que ha ayudado de manera significativa a incrementar el cumplimiento e implementación de las medidas ordenadas.

⁹² El "Acta de acuerdos entre las Representaciones Legales del Estado de Nicaragua y la Comunidad de Awás Tingni en el caso de la *Comunidad Mayagna de Awás Tingni Vs. Nicaragua*". *Cfr. CIDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 07 mayo de 2008.

⁹³ *Cfr. CIDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de abril de 2009.

⁹⁴ *Cfr. CIDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Supervisión Cumplimiento Sentencia. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de abril de 2010. (Disponible solo en inglés)

⁹⁵ *Cfr. CIDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2011. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/saramaka_23_11_11.pdf>.

rias para dar cumplimiento a las Sentencias. No obstante, el cumplimiento, especialmente en lo que respecta a la reivindicación territorial, aún se encuentra pendiente en la mayoría de los casos.

Por otra parte, el 7 de septiembre de 2010, la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la CIDH realizó una visita a Paraguay con el objetivo de verificar la situación general de los pueblos indígenas del país, visitar comunidades indígenas que tienen casos pendientes ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos e informarse sobre los esfuerzos del gobierno nacional en este campo. La Relatoría reconoció las importantes contribuciones del Instituto Paraguayo del Indígena (INDI) y de la Comisión Interinstitucional para el Cumplimiento de las Sentencias Internacionales (CICSI) al desarrollo de propuestas constructivas, y destacó la existencia y composición de la CICSI en tanto ejemplo de arreglo interinstitucional potencialmente exitoso para la resolución de los problemas de los pueblos indígenas del país.⁹⁶

9. Desafíos verdes para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En los próximos años el SIDH se verá en la necesidad de enfrentar diversos planteamientos derivados del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y su relación con el medio ambiente. Asimismo, se presentarán casos concernientes a problemáticas exclusivamente ambientales, que representen mayores retos técnicos para su resolución. Para todo ello, considero que el sistema está preparado para emprender ese desafío y así resolver y generar estándares claros en la materia.

En específico, en el tema indígena se tendrán que aclarar los alcances de conceptos como los estándares de consentimiento frente al desarrollo de proyectos a gran escala, la participación efectiva, las costumbres y tradiciones, riesgo, la autodeterminación indígena, la obligación de compartir beneficios, los estudios de impacto ambiental, el desarrollo sostenible, la supervivencia de los pueblos, la discriminación estructural, las afectaciones a la identidad e integridad cultural, las afectaciones en el derecho a la circulación y residencia, la efectividad y alcance de las medidas provisionales, el ejercicio pleno de la legitimación activa de las comunidades ante la Corte, y las reparaciones con perspectiva indígena, de género y medio ambiente, entre otros.⁹⁷ Asimismo, se podrán ir refinando los alcances en la

aplicación del artículo 26 de la CADH (desarrollo progresivo) y la aplicación de los DESC mediante el Protocolo de San Salvador y el concepto y alcance del derecho a la vida digna de los pueblos indígenas y otras colectividades. El artículo 13 de la CADH (derecho/acceso a la información) será también un derecho para su posible expansión en la tutela de estos derechos, así como su interpretación a la luz de nuevos tratados en la materia.⁹⁸

En el campo ambiental, se deberá recurrir a la aplicación y desarrollo de principios internacionales del derecho ambiental, tales como: a) no causar daños ambientales en otras jurisdicciones; b) prevención; c) precautorio; d) evaluación de impacto ambiental; e) información, participación y acceso a la justicia.⁹⁹ Asimismo, el SIDH deberá recoger ciertos estándares que se encuentran en el *corpus juris* en la materia de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo y Agenda 21, el Convenio de Diversidad Biológica, el Convenio de Ramsar, Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de la UNESCO, el Protocolo de Nagoya, etc.¹⁰⁰ La Corte, además, deberá desarrollar estándares en casos relativos a los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades campesinas frente a proyectos de desarrollo, así como respecto de nuevas temáticas relacionadas con la biodiversidad, los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas (TK),¹⁰¹ la contaminación ambiental y el manejo de residuos, el cambio climático, las migraciones por refugiados ambientales, el acceso a la información, el desarrollo económico versus la explotación de recursos naturales, la responsabilidad del Estado por acciones de empresas privadas, la discriminación de las mujeres indígenas en la toma de deci-

american.edu/hracademy/mcourt/documents/CasoChupankyVAatlantisESPANOLFIAL.pdf>. Memorando de Ley <<https://www.wcl.american.edu/hracademy/mcourt/documents/BenchMemoChupankyVAatlantisSPANISH.pdf>>.

⁹⁸ En el caso *Sarayu*, la Corte desechó el alegato de la violación a este derecho, ver párr. 230 de la Sentencia. Véase también los temas discutidos en el caso *Citalitzin Topanqui vs. La República de Mayanlia* (caso hipotético sobre derechos de los pueblos indígenas, medio ambiente y conocimientos tradicionales), para el Concurso en Derecho Internacional, Eduardo Jiménez Aréchega 2011, disponible en <<http://www.scribd.com/doc/56498010/Caso-CEJA-2011-Comunidad-Citalitzin-Topanqui-Vs-la-República-de-Mayanlia>>.

⁹⁹ David Hunter et al., *International Environmental Law and Policy*, University Casebook Series, 1998, p. 231; Declaración de Río, *supra* nota 4, Principios 2, 4, 10, 15. Convención de Diversidad Biológica, *supra* nota 4, art. 14.

¹⁰⁰ Véase *supra* nota 4. Convención de Aarhus, junio de 1998, *Guía para la implementación*.

¹⁰¹ Cfr. Jorge Calderón Gamboa, "Protecting Traditional Knowledge for Indigenous Peoples: The Effectiveness of International Human Rights Remedies", *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Sumário da Revista, núm. 8, agosto 2008, disponible en <<http://www.ibdh.org.br/>>. También publicado en el *The Program of information justice and Intellectual Property*, AU-Wcl, <<http://www.Wcl.American.Edu/Pijip/>> English. Véase también *Caso Citalitzin Topanqui vs. La República de Mayanlia*, *supra* nota 98.

⁹⁶ Comunicado de Prensa 90/10. Cfr. <<http://www.cidh.org/Comunicados/Spanish/2010/90-10sp.htm>>.

⁹⁷ Véase temas discutidos en el *Caso hipotético Comunidad Chupanky y otra vs. La Atlantis*. Moot Court Competition 2012. American University, Washinton College of Law, disponible en <<http://www.wcl.american.edu/hracademy/mcourt/documents/BenchMemoChupankyVAatlantisSPANISH.pdf>>.

siones, la aplicación del control de convencionalidad en la jurisdicción interna en esta materia, etcétera.

Otro aspecto a considerar es cómo impactará la jurisprudencia emitida por la Corte en relación con países miembros de la OEA que no han firmado la CADH ni aceptado la competencia del Tribunal, tales como los Estados Unidos de América¹⁰² y Canadá, los cuales no solamente cuentan con reservas indígenas en sus territorios sino que además realizan grandes proyectos de inversión y extracción de recursos en territorios del Centro y Sudamérica ("efecto Avatar").

Frente a estas temáticas y el movimiento internacional generado por la protección del medio ambiente, resulta indispensable reconocer, valorar y aprender de la relación que los pueblos indígenas han tenido con el medio ambiente y gracias a ello han permitido parte de su preservación. Dicha relación no puede ser abordada más desde una perspectiva antropocéntrica que se traduce en la protección del medio ambiente, para que el ser humano no se vea afectado en cuanto a los recursos que necesita, sino que requiere de una perspectiva y aproximación *geoholística* (gaiana) que invita a respetar nuestro hábitat como nuestra casa y a percibirnos nosotros —como género humano— como parte de un todo, de una sola vida consiente. Esto implica "hacer la paz con la tierra", dejar de agredirla y comenzar el proceso de integración que nuestros ancestros indígenas nos han mostrado.¹⁰³

La Corte Interamericana no es ajena a este reto, por lo que hoy en día se encuentra en un proceso de gestión integral para digitalizar sus procedimientos y minimizar su huella de carbón, a fin de convertirse en una "Corte Verde", lo cual podría implicar alcanzar la meta de ser el primer tribunal internacional "carbono neutro", acompañado de un proceso de mitigación y compensación, así como de una política ambiental institucional, al cual se podrán sumar muchos otros actores nacionales e internacionales.

10. Conclusiones

La jurisprudencia de la Corte en materia de derechos de los pueblos indígenas y medio ambiente ha permitido en los últimos años generar estándares importantes para el reconocimiento de su relación intrínseca y apuntar hacia su protección más efectiva. Esta jurisprudencia está contribuyendo ampliamente al desarrollo del de-

¹⁰² Cfr. Response of the Government of the United States to October 10, 2002 Report No. 53/02, Case No. 11.140 (Mary And Carrie Dann). <<http://www.cidh.org/respuestas/usa.11140.htm>>.

¹⁰³ Véanse iniciativas en <<http://www.fundacionbanderaecologica.org/>>; <<http://www.costaricanatural.org/>>; Acuerdo de Paz con la Tierra, disponible en <<http://www.celebremoseldiauno.com/accciones-para-participar>>. Declaración de Principios para la Evolución Consciente de la Tierra.

recho internacional y el derecho de los Estados en la materia. En específico, mediante los casos Mayagna, Yakyé Axa, Sawhoyamaya, Xákmok Kásek, Saramaka y Sarayaku, se han desarrollado conceptos importantes, tales como el derecho a la propiedad comunitaria, aplicación de salvaguardias frente a proyectos de desarrollo, protección de los recursos naturales, y derecho a la vida digna, entre otros. No obstante, esta jurisprudencia deberá ser desarrollada a mayor profundidad tanto en los casos pendientes de resolución ante la CIDH como en los futuros casos que se avecinan derivado de las realidades de nuestra región. Asimismo, los mecanismos de supervisión de cumplimiento de las reparaciones ordenadas en las sentencias representan uno de los retos fundamentales para el SIDH, a fin de que los Estados cumplan y alcancen una debida implementación de tales estándares. Las medidas "punitivas" en el caso *Xákmok Kásek* pueden llegar a ser una alternativa a la cual habrá que evaluar su efectividad. La solicitud de medidas provisionales en estos casos representa también un mecanismo recurrente que se deberá de ir perfeccionando con estándares claros para la presentación de prueba respecto de los requisitos de extrema gravedad y urgencia, así como de la constitución de daños irreparables, a fin de lograr una protección efectiva. El Sistema Interamericano está preparado para generar estándares en nuevas temáticas de protección de pueblos indígenas (como conocimientos tradicionales, salvaguardas para la explotación de recursos y temas de biodiversidad), asimismo, respecto de temáticas ambientales, inclusive en casos no relacionados con pueblos indígenas (como contaminación ambiental, manejo de residuos y desplazados o refugiados ambientales).

El sistema se encuentra también frente a otros desafíos verdes respecto de los cuales una aproximación geoholística de tales asuntos será indispensable para brindar soluciones acordes a las exigencias actuales que requiere nuestro planeta. Reconocer, valorar y aprender de la relación que los pueblos indígenas han tenido con el medio ambiente, resulta una guía fundamental a seguir y un camino por recorrer también en la esfera de los derechos humanos.

*Que el nuestro sea un tiempo que se recuerde
por el despertar de una nueva reverencia ante la vida;
por la firme resolución de alcanzar la sostenibilidad;
por el aceleramiento en la lucha por la justicia
y la paz y por la alegre celebración de la vida.
CARTA DE LA TIERRA, El Camino Hacia Adelante.*

EL DERECHO AL TERRITORIO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Daniela G. Griego Ceballos
Ángel Pérez Silva

1. Introducción

El reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas implica romper con la ideología oficial adoptada por México y todos los países latinoamericanos sobre el Estado-nación. Esta doctrina sustenta que cada Estado se basa en una nación que precede a él, y es un conglomerado humano que comparte un mismo idioma, una misma religión, una misma identidad, así como los mismos valores, costumbres y, ambiciones, entre otros.

Compartimos la noción de que en América Latina, después de las luchas de independencia, los Estados-nación fueron una creación artificial usada por las minorías criollas para excluir a las culturas indígenas, estigmatizadas como insignificantes, ignorantes o atrasadas. Por medio de la imposición de políticas, los criollos aplicaron al resto de la población su identidad, lengua, historia, cultura, literatura, mitos. Por eso es que todavía algunos países quieren celebrar el 12 de octubre como fecha fundacional, un acontecimiento que realmente no fue significativo para el reconocimiento de los derechos de la mayoría indígena.

Aunque los españoles establecieron un sistema oficial que dividía a la población de las colonias en indios y españoles, desde la aparición de los primeros mestizos, surgió la pregunta respecto a quién podía ser calificado como indio y quién no.

Por regla general, los Estados latinoamericanos se establecieron históricamente sobre la base de una gigantesca ficción, una de esas invenciones del lenguaje jurídico que califica como *iuris et de iure* (de pleno y absoluto derecho) con efectos

erga omnes (respecto de todos o frente a todos), esto es, de principio que no admite prueba alguna en contrario, ni siquiera la de evidencia más palmaria, y que se entiende válido con carácter general, frente a cualquier pretensión, sin excepción posible. La ficción presumía que los colonialismos europeos, fundamentalmente el español, habían dominado completamente aquella geografía y asimilado a la humanidad indígena sobreviviente a la invasión y ocupación. Durante la primera mitad del siglo XIX unas minorías criollas, minorías americanas de cultura europea, constituyeron Estados sobre espacios que no dominaban y arrogándose la representación incluso de pueblos y comunidades que desconocían, en nombre de ellos, de unos perfectos desconocidos, proclamaron derechos de libertad, lograron la independencia y pasaron a constituir Estados. Los Estados se constituyeron sobre pueblos y comunidades indígenas sin contar con su consentimiento o sin plantearse ni siquiera que tal cosa pudiera requerirse.¹

A lo largo de los siglos, ser indio ha sido objeto de estigma y ha significado el ser tratado como menor de edad. Tal postura sigue vigente a principios del siglo XXI, con algunos cambios, como el hecho de reconocer la propia identidad que es el primer paso para el ejercicio de los derechos esenciales.

2. Los derechos humanos y los pueblos indígenas

Después de la Segunda Guerra Mundial,² los derechos humanos fueron, en gran medida, parte y paquete de las políticas de la Guerra fría, y así fueron considerados por la izquierda. Estándares dobles, complacencia hacia dictadores amigables, defensa de los intercambios entre los derechos humanos y el desarrollo, todo esto hizo sospechar de los derechos humanos como guión emancipador.³ Pero también se desarrolló un discurso y una práctica de derechos humanos con-

¹ Véase Bartolomé Clavero "Supremacismo cultural, constituciones de Estados y declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas", en Claire Chambers y Rodolfo Stavenhagen (eds.), *El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la declaración de la ONU sobre pueblos indígenas* [s. l.], IWGIA, 2009.

² También en esa época se empezaron a crear las primeras redes en defensa de los derechos humanos en América Latina, que fueron estableciendo la agenda de derechos humanos en cada país. Véase Margaret E. Keck y Kathryn Sikkink, "Redes de derechos Humanos", en *Activistas sin fronteras*, México, Siglo XXI, 2000.

³ Véase Boaventura de Sousa Santos, "Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos", *El otro derecho*, Bogotá, Colombia, ILSA, julio de 2002, núm. 28. En los países centrales o a lo largo del mundo en desarrollo, las fuerzas progresistas prefirieron el lenguaje de la revolución y el socialismo para formular una política emancipadora. No obstante, con la crisis aparentemente irreversible de estos anteproyectos de emancipación, estas mismas fuerzas progresistas se encuentran hoy acudiendo a los derechos humanos para reconstituir el lenguaje de la emancipación. Es como si los derechos hu-

trahegemonicos, que se han basado en conceptos no occidentales de derechos humanos, y han organizado diálogos y debates interculturales sobre derechos humanos.

La noción de derechos humanos⁴ descansa sobre un conjunto bien conocido de presuposiciones, todas las cuales son indistintamente occidentales, a saber: que existe una naturaleza humana universal que puede ser conocida por medios racionales; que la naturaleza humana es esencialmente diferente de y superior al resto de la realidad; que el individuo tiene una dignidad absoluta e irreducible que debe ser defendida de la sociedad o del Estado; que la autonomía del individuo requiere que la sociedad sea organizada de una forma no jerárquica, como una suma de individuos libres.⁵ Teniendo en cuenta que todas estas presuposiciones son claramente occidentales y liberales, y fácilmente distinguibles de concepciones de dignidad en otras culturas. Nos tenemos que preguntar ¿por qué la cuestión de la universalidad de los derechos humanos se ha querido imponer en todas las culturas?

El sello liberal occidental en el discurso dominante de los derechos humanos puede ser rastreado en muchas otras instancias: en la Declaración Universal de 1948, que fue preparada sin la participación de la mayoría de los pueblos del mundo; en el reconocimiento exclusivo de los derechos individuales, con la única excepción del derecho colectivo a la autodeterminación que, no obstante, fue restringido a los pueblos sometidos al colonialismo europeo; en la prioridad dada a los derechos civiles o políticos sobre los derechos económicos, sociales y culturales, y en el reconocimiento del derecho a la propiedad como el primero y, por mucho años, único derecho económico.

Ante esto, no hubo más que buscar la manera de utilizar el concepto y la práctica de los derechos humanos como una bandera de los movimientos sociales e indígenas, y así fue como surgieron la segunda y tercera generación⁶ de derechos humanos. Los derechos colectivos⁷ son parte de los llamados derechos de tercera

manos fueran llamados para llenar el vacío dejado por las políticas socialistas. ¿Puede de hecho el concepto de derechos humanos llenar tal vacío?

⁴ Si miramos la historia de los derechos humanos en el periodo de posguerra, no es difícil concluir que las políticas al respecto han estado claramente al servicio de los intereses económicos y geopolíticos de los Estados capitalistas hegemónicos. El discurso generoso y seductor de los derechos humanos ha permitido atrocidades inenarrables, evaluadas y manejadas de acuerdo con estándares dobles que resultan repulsivos.

⁵ Véase Raimundo Panikkar, "Is the Notion of Human Rights a Western Concept?", *Interculture*, vol. XVII, núm. 1, 1984, pp. 28-47, p. 30.

⁶ Algunos derechos de tercera generación son el derecho al desarrollo, a la paz, al patrimonio artístico y cultural, a un medio ambiente sano, los derechos de los pueblos indígenas, y los derechos de los consumidores.

⁷ Los derechos colectivos son verdaderamente un parteaguas frente a la idea central de los derechos humanos que son esencialmente individualistas.

generación, cuyo reconocimiento internacional fue históricamente posterior al de los derechos civiles y políticos (primera generación), y a los derechos económicos, sociales y culturales (segunda generación).

Será hasta después de la mitad del siglo XX que se han ido reconociendo progresivamente a los pueblos indígenas como ciudadanos de sus países respectivos, y se han eliminado muchas de las restricciones y limitaciones que quedaban para el pleno ejercicio de sus derechos y libertades.

3. El derecho al territorio

Indudablemente, el *derecho al territorio* representa un derecho fundamental para los pueblos indígenas de cualquier parte del mundo. En una sociedad pluricultural, el territorio es su antes, su ahora y su después. Este derecho garantiza que estos pueblos puedan beneficiarse y reproducirse cultural, social, política y económicamente con carácter y en forma colectiva dentro de un espacio-territorio con todo lo que éste incluye, sean sus recursos naturales, sus recursos bióticos, su tierra, su agua, sus sitios arqueológicos, su espacio.

El concepto territorial indígena es un tejido de relaciones biológicas, económicas, políticas, culturales y religiosas que las comunidades indígenas establecen con el entorno total, con el paisaje tangible e intangible culturalmente construido y reproducido. Es esta estrecha convivencia de lo espiritual y lo material que vuelven complejas y difícilmente asimilables a las categorías de la modernidad urbana occidental, las relaciones milenarias que los indígenas han establecido con su propio territorio y medio ambiente.⁸ Sin embargo, a pesar de tener presente esto, los Estados no han querido reconocerlos, y la lucha se ha dado en torno a establecerlos en los acuerdos internacionales para poder exigir que los países los tomen en cuenta en su legislación interna. Veamos los avances más importantes en la materia.

⁸ Véase Rodolfo Stavenhagen, *Conflictos étnicos y Estado nacional*, México, UNAM / UNRISD / Siglo XXI, 2000, y Magdalena Gómez, "Derecho indígena y constitucionalidad", en Esteban Krotz (ed.) *Antropología Jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, Barcelona, España, Anthropos / UAM-Iztapalapa, 2002, pp. 235-271.

4. Los acuerdos internacionales sobre el tema

Organización Internacional del Trabajo 169 (OIT 169)

El Convenio 169 de la OIT es, sin lugar a duda, la herramienta jurídica más importante por ser el único instrumento internacional ya ratificado, que se refiere específicamente a los derechos de los "pueblos" indígenas. Para los indígenas presentes en la elaboración del Convenio, la inclusión del término "pueblo" fue considerado un logro de gran importancia porque abrió una perspectiva sobre el derecho para determinar libremente su estatus político, así como su propio desarrollo económico, social y cultural. Sin embargo, la utilización del término en la Convención 169 está provisto de un candado: "La utilización del término 'pueblos' en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional".

Asimismo, el Convenio 169 adopta el término "territorio". El artículo 14 dice, prescriptivamente, que "deberá reconocerse a los pueblos interesados los derechos de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan". Con cierta ambigüedad, por no referirse al artículo 14, el Convenio 169 aclarece que la utilización del término "tierras" en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera.⁹

De esta manera el Convenio se refiere al "hábitat" principalmente en términos de recursos utilizados. Aunque se mencione la importancia especial de la tierra para las culturas y valores espirituales de los pueblos indígenas, no se establece una clara vinculación con las "costumbres e instituciones propias" mencionadas en el mismo Convenio. El Convenio 169 trata el "territorio" como recurso, por un lado, y como espacio espiritual, por el otro, pero evita hablar del territorio como espacio político o de jurisdicción.

El caso de una comunidad huichola en México es demostrativo de los límites del sistema de la OIT. En 1993 los huicholes de San Andrés Comiata presentaron ante la OIT una solicitud para que el gobierno mexicano cumpliera los artículos 13 y 15 del Convenio, referentes a la territorialidad. Tres años después, la OIT respondió a los huicholes que debían presentar su demanda apoyados por un sindicato, su gobierno o un grupo de trabajadores. Finalmente, en 1998 la OIT recomendó al gobierno mexicano reconocer la propiedad huichol sobre las 129 mil hectáreas que ocupan. Desde entonces, y pese a que el gobierno anunció el acatamiento de la

⁹ Véase Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 169 OIT, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, 1989, Ley 1257, 1991, art. 13.

exhortación, no parece haber avances en el asunto. Como parte del seguimiento de la OIT se formó un grupo de especialistas para analizar los informes presentados. Sin embargo, la OIT no puede obligar al gobierno mexicano a cumplir la recomendación. Para esto, la única vía es la opinión pública nacional e internacional o la generación de presión política en el contexto de negociaciones internacionales.¹⁰

Por último, podemos decir que el Convenio 169 se ha convertido en una importante referencia por ser el único instrumento legal específico vigente y por la inclusión simbólicamente significativa de los términos "pueblos" y "territorios"; pero que también tiene muchos candados; como que el proceso de reclamación ante la OIT a menudo lleva mucho tiempo, como demuestra el caso de los huicholes; y que la OIT dispone de pocos mecanismos efectivos para hacer cumplir sus recomendaciones. Esto depende, más bien, de la presión de la opinión pública o de presiones diplomáticas.¹¹

La ratificación del convenio en (1990), que lo convierte en ley nacional, obliga a la compatibilización de la Constitución y de la legislación nacional con los contenidos de dicho Convenio. Como sabemos, en México estas reformas están estancadas.

Organización de las Naciones Unidas

La Declaración del 2007 no sólo es una declaración de agravio a los pueblos indígenas, sino que también debe ser considerada como un mapa de acción para las políticas de derechos humanos que deben emprender los gobiernos, la sociedad civil y los propios pueblos indígenas si realmente se quiere garantizar, respetar y proteger sus derechos.

Si el argumento del carácter no legalmente vinculante de la Declaración ha sido reiterado después en la práctica internacional y estatal subsiguiente, algunas voces autorizadas han intentado argumentar justo lo contrario: que la Declaración, debido a las especiales características del proceso que llevó a su adopción es, de hecho, vinculante como instrumento. Clavero argumenta que la Declaración "no es, ciertamente, un convenio o tratado entre Estados, pero constituye un tratado, con-

¹⁰ Véase Magdalena Gómez, *Derechos indígenas: los pueblos indígenas en la Constitución mexicana (artículo cuarto, párrafo primero)*, México, Instituto Nacional Indigenista, 1995.

¹¹ Un caso exitoso de protestas basadas en el Convenio 169 es el del río Balsas en Guerrero, México. Mediante intensas protestas y una denuncia ante la OIT, los pueblos nahuas consiguieron la suspensión de la construcción de una represa en su territorio en 1992. Este éxito estaba relacionado al hecho de que México acababa de ratificar el Convenio 169 y de modificar el artículo 40. constitucional en medio de las conmemoraciones del V centenario. Para no arruinar la fiesta, el entonces presidente, Carlos Salinas, suspendió el proyecto. Además que fue un referencia básica para el convenio de los acuerdos de San Andrés en 1996.

venio o pacto entre Estados y pueblos". Hubo un avance significativo, como por ejemplo, la afirmación de "que todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o individuos o que la propugnan aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas"; así como también lo establecido el artículo 40. que a la letra dice: "Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas".

Lo señalado en la Declaración clarifica los puntos centrales del debate sobre los derechos de los pueblos indígenas en los últimos años, cuando menos en México. Ya que de ella se desprenden tres ejes que son fundamentales para los pueblos indígenas y son parte del proyecto político que el movimiento indígena está impulsando en México y en América Latina.

Garantías contra el racismo y la discriminación

Disipado el proyecto homogeneizador en su posibilidad integracionista, e insuficiente la propuesta multiculturalista reflejada en el Artículo cuarto de la actual Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), el nuevo pacto social no podrá omitir normativamente el tema del racismo, hasta hoy silenciado en el texto constitucional. Creemos que se debe abordar este tema —en sí mismo un requisito previo— para establecer las condiciones mínimas de un inevitable diálogo intercultural, de doble vía, para poder transitar del miedo y el resentimiento al reconocimiento activo del otro.¹²

¹² Véase Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial 1965, Ley 1978, 1999*; Organización de las Naciones Unidas, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, 2007, art. 2; Organización de Estados Americanos, *Proyecto de Declaración Americana OEA sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* (18 de julio de 2006), en cuya elaboración y debates deben participar activamente las organizaciones indígenas del país y su gobierno, art. XI.

El núcleo de articulación de la problemática de derechos indígenas tiene su eje en la libre determinación (art. 3 ONU), que plantea un nuevo tipo de relación con el Estado mexicano hasta hoy solamente multiétnico y pluricultural. Este ejercicio de derechos comienza por el respeto a la autodefinición de los pueblos indígenas en tanto pueblo, o, en cuanto nación, que establecerá los procesos y alcances de su autodeterminación.

Autodeterminación significa también la plena vigencia de la institucionalidad y de los saberes indígenas en la toma de decisiones, para diseñar y administrar instituciones y políticas de desarrollo económico sostenible en el marco de sus propias culturas y expectativas, en los ámbitos de educación, salud, justicia comunitaria, patrimonio cultural e intelectual, biodiversidad.

Tierra-territorio y derecho al consentimiento

El concepto territorial indígena es un tejido de relaciones biológicas, económicas, políticas, culturales y religiosas que las comunidades indígenas establecen con el entorno total, con el paisaje tangible e intangible culturalmente construido y reproducido. Es esta estrecha convivencia de lo espiritual y lo material que vuelven complejas y difícilmente asimilables a las categorías de la modernidad urbana occidental, las relaciones milenarias que los indígenas han establecido con su propio territorio y medio ambiente. Como vemos en el cuadro siguiente, ambas son muy parecidas y son ambas un marco fundamental para la lucha de los pueblos indígenas.

¹³ La actual CPEUM reconoce la existencia de los pueblos indígenas y originarios en el Artículo 40, así como sus derechos económicos, sociales y culturales, pero de ninguna manera el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas y originarios —ni en su sentido fuerte, descolonizador, ni en el sentido funcional de autonomías.

Tabla 2. *Tierras, territorios y recursos naturales*

OIT 169	Artículos	Derechos indígenas según la Declaración de la ONU	Artículos
Reconocimiento de la especial relación con las tierras y territorios	13(I)	Reconocimiento de la especial relación con las tierras y territorios	25
Derechos sobre las tierras Derechos sobre los recursos	14 15 (1)	Derechos sobre tierras y recursos	26, 27 26, 27
Consulta en relación con la explotación de recursos	15 (2)	Consulta en relación con la explotación de recursos	32 (2)

Fuente: Luis Rodríguez Piñero Royo, "Cuando proceda": vigilancia y aplicación de los derechos de los pueblos indígenas según la Declaración", en C. Charters y R. Stavenhagen, *El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*.

Organización de Estados Americanos (OEA)

Si el Convenio 169 no establece un vínculo claro entre territorio y ejercicio de autoridad y jurisdicción, los proyectos de declaraciones del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de la ONU y el proyecto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA sí establecen tales vínculos. Los dos proyectos contienen referencias claras al derecho al autogobierno y al mantenimiento de sus instituciones políticas y formas de hacer justicia. Por ejemplo, el proyecto de la OEA, versión 1997, decía:

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar libremente su estatus político y promover libremente su desarrollo económico, social, espiritual y cultural, y consecuentemente tienen derecho a la autonomía o autogobierno en lo relativo a, inter alia, cultura, religión, educación, información, medios de comunicación, salud, habitación, empleo, bienestar social, actividades económicas, administración de tierras y recursos, medio ambiente e ingreso de no miembros; así como a determinar los recursos y medios para financiar estas funciones autónomas.¹⁴

¹⁴ OEA, *Proyecto de Declaración Americana...*, art. xv.1.

Así, los dos documentos han sido considerados ejemplos de derechos indígenas emergentes y de una nueva normatividad internacional.

Ante la ausencia de un instrumento específico sobre derechos indígenas, el sistema jurisdiccional de la OEA tiene un papel importante en la defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Cualquier individuo o grupo, a menudo las organizaciones no gubernamentales (ONG) dedicadas a la defensa de los derechos indígenas, desempeñan un papel importante, pues pueden llamar la atención de la Comisión de la OEA sobre violaciones de los derechos humanos. Si la Comisión acepta el caso, lo investiga y puede recomendar al gobierno correspondiente rectificar la situación. Si el gobierno en cuestión no cumple la recomendación, la Comisión puede hacer público el caso y así ejercer presión pública o moral. La otra posibilidad es llevar el caso a la Corte Interamericana en Costa Rica, si el Estado en cuestión ha aceptado la jurisdicción de esta Corte. En 1998, por primera vez, la Comisión llevó un caso a la Corte Interamericana. Es el caso de la comunidad de Awas Tingni en Nicaragua que protestaba la explotación de los recursos forestales en su territorio.

Un ejemplo de la acción de la Comisión son los informes sobre los países miembros que incluyen capítulos específicos sobre la situación de los derechos indígenas. En Bolivia, la Comisión investigó la masacre de Amayapampa y propuso unas recomendaciones en 1997. En Surinam, la Comisión llevó a la Corte Interamericana unas quejas individuales. En Paraguay, la Comisión se ocupó de la demanda territorial del pueblo Aché Guayki y logró la adopción de unas medidas en beneficio de este pueblo. En Colombia, la Comisión recomendó la suspensión de las exploraciones por parte de Occidental Oil en la cercanía del territorio reconocido de los U'wa.

5. La Reforma agraria en México y el despojo legalizado

El 6 de enero de 1992 se publicó el decreto que reformó el artículo 27 constitucional, dando fin a la base jurídica que había regulado la relación del Estado y los campesinos del México posrevolucionario. Tales modificaciones se apegaron sustancialmente a las "recomendaciones" que propuso el Banco Mundial¹⁵ para los

¹⁵ El paquete de medidas que debería conducir a la transferencia de tierra a dueños privados con seguridad jurídica puede incluir los siguientes detalles:

- 1) Legislación para promover contratos (mercados y renta de tierras).
- 2) Reforma agraria asistida por el mercado o negociada (promoción de redistribución de tierras con base en transferencias voluntarias o la mediación gubernamental entre compradores y vendedores).
- 3) La creación de "bancos de tierra"; promoción de sistemas confiables de compra y venta, como titulación, registro y catastro. (Basado en Gustavo Gordillo y Frank Boening, "Latin American Land Re-

forms in the 90s", material de trabajo presentado en Land in Latin America, New Context, New Claims, New Concepts", Ámsterdam, 26-27 de mayo de 1999.)

izar la bandera blanca del reparto agrario significó en los hechos la disolución de una conquista histórica, la cancelación jurídica de cualquier solicitud de tierras, ya sea para conformar nuevos núcleos agrarios o para la ampliación de los ya existentes. Como parte de ese mismo objetivo de otorgar certeza y seguridad jurídica a los inversionistas se aprobó y se ha promovido la creación de asociaciones y sociedades mercantiles, las cuales se han ido apropiando de grandes extensiones de tierra, incluidas no sólo las parceladas de buena calidad y mejor ubicadas, ya sea en zonas turísticas o conurbadas, sino también de las tierras de uso común de los núcleos agrarios correspondientes a los agostaderos y bosques.

Pero el menú de posibilidades para apropiarse, ya sea de las tierras o de su riqueza, es amplio, las otras opciones son mediante la compra, renta o bien del cambio del régimen de tenencia de la tierra, es decir, de la conversión de propiedad social a propiedad privada por medio de la adquisición del dominio pleno. Existen diferentes alternativas jurídicas para que el inversionista realice sus cálculos de costo-beneficio y se decida por la que le garantice una mayor plusvalía y el menor riesgo de conflicto social o agrario.

Parte fundamental de este paquete jurídico han sido los programas operativos impulsados a partir de 1993, el Programa de Certificación de Derechos Ejidales y Titulación de Solares Urbanos (Procede) y el Programa de Certificación en Comunidades (Procecom), concluidos en el 2006. Los cuales tuvieron el objetivo de delimitar, destinar y asignar de manera individual la tierra de los núcleos agrarios. Programas que significaron la premisa legal sin la cual no sería posible optar por las nuevas alternativas jurídicas. Lejos de lo que en su discurso manejaron los responsables de ejecutar estos programas, no fueron aceptados en muchos ejidos y comunidades de manera voluntaria ni democrática, basta revisar su propio marco legal. El programa podía ser aprobado, por ejemplo, en una asamblea convocada por segunda ocasión con la mayoría de votos de los sujetos agrarios que asistan, es decir, la decisión podía recaer en un número de ejidatarios o comuneros poco representativo. Esa fue una de las salidas legales a partir de la cual las instituciones agrarias lograron que el programa fuera aceptado.

Esta reforma da un cierto reconocimiento de la legitimidad de demandas indígenas y el derecho colectivo a la tierra. En el Artículo 27, reformado en 1992, dice que "La ley protegerá la integridad de las tierras de los grupos indígenas". Sin embargo, la Ley Agraria del mismo año dice: "Las tierras que corresponden a los grupos indígenas deberán ser protegidas por las autoridades, en los términos de la ley que reglamente el artículo 4o. y el segundo párrafo de la fracción VII del artículo 27 constitucional".¹⁶

La ambigüedad y la apertura a la venta de la tierra es clara en la Constitución Mexicana. Además, resulta que no existe legislación reglamentaria del artículo 4o. que reconozca de cierta forma la composición pluricultural de la nación mexicana. Las tentativas para elaborar tal legislación se estancaron muy pronto después de la reforma constitucional de 1992, debido al rechazo del Gobierno mexicano de reformar la Constitución con base en los Acuerdos de San Andrés de 1996. Por lo tanto, las comunidades quedaron sujetas a los preceptos de la Ley Agraria, que autorizan la conversión de comunidades en ejidos y autoriza la privatización de tierras ejidales mediante resolución de la asamblea ejidal. La legislación protectora, en la práctica, devino inservible. Además, podemos notar que los legisladores mexicanos modificaron la propuesta del Ejecutivo al cambiar la palabra "territorialidad" por la palabra "tierras", y el concepto "pueblos indígenas" por el de "grupos indígenas".

En el 2001 el Congreso de la Unión aprobó la Ley de Derechos y Cultura Indígena. En esta Ley, el derecho territorial que se les reconoce a los pueblos indígenas está muy lejos de parecerse a lo dispuesto en el Convenio 169. Se limita su derecho a la conservación y al mejoramiento del hábitat y al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades (art. 2, fracs. V y VI, CPEUM).

Tales disposiciones suprimen los conceptos de tierra y territorio, desconocen el derecho de propiedad y posesión,

[...] reducen su derecho de control colectivo a sólo derecho de preferencia, negando su pertenencia territorial, su derecho a la territorialidad y a las facultades sobre sus territorios. Omiten explícitamente el concepto de territorio y lo convierten en lugares. Y sólo se les confiere como derecho la conservación del hábitat, cuando éste constituye una obligación social de todos los mexicanos. Por tanto, no se garantiza la integridad de los territorios indígenas, ni se les otorga el uso y control colectivo de los recursos naturales en ellos contenidos. En resumen, "se despoja a los pueblos indios del espacio físico para el ejercicio de su autonomía".¹⁷

¹⁶ Procuraduría Agraria, *Ley Agraria*, México, Procuraduría Agraria, 1993, art. 106.

¹⁷ Jorge Alonso, *El zapatismo y la nueva ley indígena en México* [mimeo], México, 2002.

Para los pueblos indígenas no basta con el reconocimiento de la propiedad de la tierra, es necesaria una garantía jurídica de protección de sus territorios; sólo de esta manera podrán proteger su cultura y su futuro como pueblos. Al respecto, Francisco López Bárcenas nos advierte que "no debe confundirse el derecho de propiedad con el derecho de los pueblos indios a preservar los recursos naturales de su territorio o los lugares que consideran sagrados".¹⁸ Por ello, el concepto de territorio es imprescindible para entender y definir la idea que tienen los pueblos indígenas de la autonomía.

6. Conclusiones

Lo que podemos concluir es que a pesar de los avances en cuanto a las reformas constitucionales en los países de América Latina y a los convenios internacionales, que han logrado un marco mínimo de derechos indígenas, seguimos viendo como socavados, por un lado, los derechos procesales, como el derecho a la consulta, y por el otro, los derechos sustantivos, como el derecho a la tierra y la propiedad sobre los recursos naturales. Esto se debe a las políticas internacionales y a los acuerdos comerciales que México ha firmado, y a las presiones que es sometido por la clase política que gobierna el país, en el marco del modelo capitalista¹⁹ que demanda de un sistema interestatal para reproducirse, y en la actual etapa de mundialización requiere de un Estado-nación que responda a las necesidades del centro financiero como de la periferia del sistema mundial capitalista para operar, convirtiéndolo en un actor fundamental de los cambios que se asisten en materia económica y política.²⁰

Es decir, por un lado ha sido muy lento el avance en términos de los instrumentos legales para el respeto a los derechos colectivos de los pueblos, de sus tierras y territorios, pero por otro lado, vemos los acelerados cambios de las leyes a favor de las empresas transnacionales que se imponen a los gobiernos federal, estatales

¹⁸ Francisco López, *Legislación y derechos indígenas en México*, México, D. F., Centro de Orientación y Asesoría a Pueblos Indígenas / Ediciones Casa Vieja / La Guillotina / Centro de Estudios Antropológicos, Científicos, Artístico, Tradicionales y Lingüísticos Ce-Acatl, 2002.

¹⁹ Gracias a las políticas neoliberales, de las cien mayores economías del mundo, 51 son empresas; las 200 empresas más grandes gobiernan 27.5% del producto interno bruto (PIB) mundial, y sus ingresos anuales combinados son mayores que los 182 Estados en los que habita 80% de la población mundial. Las ventas combinadas de las cuatro empresas más grandes del mundo exceden el PIB de toda África. (Ronen Shamir, "La responsabilidad social empresarial: Un caso de hegemonía y contrahegemonía", en B. de Sousa Santos y A. César Rodríguez Garavito, *El derecho y la globalización desde Abajo: Hacia una legalidad cosmopolita*. México, UAM-C / Anthropos, 2007.)

²⁰ Jaime Osorio, *El Estado en el centro de la mundialización*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

y municipales. Esto ha generado una serie de frentes de resistencia por la defensa de sus recursos, abrevando de la experiencia de la lucha histórica de los pueblos por permanecer en sus territorios habitados desde tiempos ancestrales.

Gracias a la Declaración de la ONU se ha abierto un nuevo espacio para la enérgica actuación de quienes creen que la Declaración representa un importante paso hacia adelante en la promoción y protección de los derechos humanos. Por un lado, existe la oportunidad, incluso la necesidad, de comenzar a trabajar en un *futuro convenio* sobre los derechos de los pueblos indígenas. Esta ha sido la estrategia en las Naciones Unidas con anterioridad: a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) siguieron los dos pactos internacionales de derechos humanos veinte años después (1966) y éstos sólo entraron en vigor en 1976. Algo muy similar ha sucedido con otras declaraciones y pactos (mujeres, niños, discriminación racial), aunque el periodo de espera en estos casos fue más breve. Por lo tanto, la Declaración debe ser enarbolada por los pueblos indígenas y sus defensores como un instrumento para perseguir y lograr sus derechos.

Lo importante es que se ha abierto otro horizonte de posibilidades que dependerá mucho de cómo sea utilizado por los pueblos indígenas, y por el movimiento indígena y social en el mundo.

LEY DE DERECHOS Y CULTURA INDÍGENA PARA EL DISTRITO FEDERAL: LA CONSTRUCCIÓN DE LA INCLUSIÓN

*Liliana Aquino Dehesa
Luis González Placencia
Julieta Morales Sánchez*

El 20 de noviembre de 2009 en su 43º periodo de sesiones, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas emitió la observación general número 21 relativa al derecho de toda persona a participar en la vida cultural, artículo 15, párrafo 1 a, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

De acuerdo con esta observación general, para garantizar el derecho a participar en la vida cultural se requiere que el Estado Parte se abstenga de hacer algo –obligaciones negativas–, por una parte, y que tome medidas positivas, por otra parte. Este trabajo se centra en la necesidad de adoptar medidas positivas, entre ellas y particularmente las de índole legislativo en el Distrito Federal. Por largo tiempo no se ha logrado materializar una ley de derecho y cultura indígena en la ciudad. Diversas iniciativas han fracasado y ello hace preguntarnos: ¿qué requiere una ley de derecho y cultura indígena para aprobarse?

El inicio del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en México puede ubicarse en 1989 cuando el Estado Mexicano firmó el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, mismo que fue ratificado en 1990. El 28 de enero de 1992 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* un nuevo primer párrafo al artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el que se reconoce la pluriculturalidad de la nación.

Desde el alzamiento indígena del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) –el cual expuso la situación de exclusión y marginalidad que vivían los indígenas en Chiapas y en el país–, se planteó la necesidad y la urgencia de legislar en materia de derechos indígenas, acorde con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Como producto de las mesas de diálogo para la paz, surgieron los Acuerdos de San Andrés Larráinzar y la Ley Cocopa.

En el 2001 se modificó la Constitución, dicha reforma fue ampliamente cuestionada bajo el argumento de que no respondía las necesidades reales de la población indígena y fueron los propios pueblos indígenas, quienes consideraron que esta reforma no retomaba lo establecido en los Acuerdos de San Andrés Larráinzar.

A partir de esa fecha diversos estados de la República, 15 en total, han legislado leyes de derechos y cultura indígena. Así pues, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal desde pasadas legislaturas ha intentando, mediante todas las fuerzas políticas, impulsar una ley de derecho y cultura indígena en la ciudad; sin embargo, las diversas propuestas de ley no han contado con los consensos que permitan su aprobación.

Además de la falta de consensos políticos que requiere cualquier ley para su publicación, estos proyectos han carecido del consentimiento de los pueblos originarios asentados en la Ciudad de México. Se han producido algunos dilemas: la consulta y participación directa de los pueblos indígenas y originarios en el Distrito Federal en la discusión y elaboración de la ley, y por otro lado, el proceso para generar una ley que reivindique la opinión de los pueblos indígenas sobre sus necesidades y derechos –reflejados en los Acuerdos de San Andrés, la Ley Cocopa y el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas– en el nuevo marco constitucional de derechos humanos aprobado en 2011.

Cuando se empieza hablar de pueblos indígenas,¹ pueden percibirse las diferentes posturas que existen en torno al tema, las cuales, a su vez, reflejan los debates aún abiertos desde la academia, el gobierno, la sociedad civil y los mismos pueblos. Por ello cuando se habla de los derechos de los pueblos indígenas, es importante poner en tela de juicio las ideas de progreso y evolución dogmáticamente consideradas; hay que entender a cada cultura en su propio contexto y no desde el marco de la civilización occidental, etnocéntrica y supuestamente superior.² Así, en

¹ Para efectos de este artículo, cuando se hable de "pueblos indígenas" nos estaremos refiriendo tanto a los pueblos indígenas residentes como originarios. No se entrará en este trabajo a realizar una distinción conceptual entre ambos, aunque se reconoce las diferencias existentes y las semejanzas compartidas.

² Héctor Díaz-Polanco, "La teoría indigenista y la integración", en *Indigenismo, modernización y marginalidad. Una revisión crítica*, México, Centro de Investigación para la Integración Social, 1979, pp. 22 y 23.

la realización de este trabajo se hará un esfuerzo por no partir de una visión occidental univocista; se pretende entonces analizar el tema desde un enfoque integral basado en la perspectiva de derechos humanos individuales y colectivos.

En todo el mundo, los pueblos indígenas suman 370 millones de personas, es decir, 5% de la población total; sin embargo, constituyen 15% de las personas pobres del mundo.

México está considerado como el país con mayor población indígena total en América Latina con 10 200 000 personas que se identifican como indígenas. De esta cifra total, 5.2 millones de las personas indígenas son mujeres. Dentro de las fronteras mexicanas se hablan más de 68 lenguas y 349 variantes dialectales.³

La población indígena del Distrito Federal (onceava entidad con más población indígena del país) se distingue por su elevado componente (98.7%) de población indígena que no reside en municipios predominantemente indígenas y donde la población es crecientemente urbana.⁴ Según el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI), existen 117 pueblos originarios⁵ y 174 barrios que conservan dichas categorías políticas, identificados con los límites precisos y que en total abarcan 148 kilómetros distribuidos en las 16 delegaciones que componen la Ciudad de México. Según Teresa Mora, considerados en conjunto, en esos pueblos y barrios se asientan 1509 355 personas, lo cual representa 17% de la población total de la ciudad.⁶ Los pueblos originarios han conservado un conjunto de instituciones políticas, culturales y sociales, resultante de la defensa de su integridad territorial y de los recursos naturales.⁷

Sin embargo, la realidad indígena está marcada por la exclusión y la marginalidad. Los "Indicadores socioeconómicos de los pueblos indígenas de México" de 2002 presentan una situación de inequidad social en acceso a salud y una vivienda digna. El 72.9% de la población indígena no tiene acceso a servicio de salud, 27.6% de viviendas indígenas tiene piso de tierra, 73% no tiene agua entubada,

³ *Los espacios conquistados. Participación política y liderazgo de las mujeres indígenas de México*, México, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2008, p. 25.

⁴ *Informe sobre Desarrollo Humano de los Pueblos Indígenas de México 2006*, México, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2006, p. 73.

⁵ Los pueblos originarios se conforman por las personas que nacieron aquí (en la Ciudad de México), que sus padres y abuelos nacieron aquí, que tienen un territorio, que tienen una estructura territorial y organizativa. También véase Teresa Mora Vázquez (coord.), *Los pueblos originarios de la Ciudad de México. Atlas etnográfico*, México, Gobierno del Distrito Federal/Instituto Nacional de Antropología e Historia, 2007, *passim*.

⁶ Teresa Mora Vázquez, *Los pueblos originarios en los albores del siglo xxi*, disponible en <<http://www.cdhd.org.mx/index.php?id=dfeago08moravazquez>>, consulta: 29 de junio de 2013.

⁷ *Idem*.

52.6% no cuenta con drenaje y 11.2% vive sin energía eléctrica.⁸ De acuerdo con el Programa General de Desarrollo del Distrito Federal 2007-2012, las comunidades indígenas presentan altas condiciones de migración, de marginación y pobreza. El 92% de la población indígena tiene ingresos por debajo de los cinco salarios mínimos.

Ahora bien, cuando se habla de la elaboración de una ley en la materia hay que entender que el tema requiere un abordaje holístico, es decir, no "parches o remiendos indigenistas", sino disposiciones que permitan lograr la igualdad y una vida digna a los pueblos indígenas y sus integrantes. "No son suficientes las políticas parciales de tipo integracionista, etnodesarrollista y otras prácticas aplicadas por los entes gubernamentales. Por esa vía no se resolverán (los) problemas. Es necesaria una transformación integral y a fondo del Estado y la sociedad nacional".⁹

Es urgente reconocer los derechos colectivos de los pueblos indígenas para avanzar en la consolidación de un Estado democrático y constitucional de derecho. Dentro de este reconocimiento se requiere incluir explícitamente los derechos específicos (de carácter económico, social, político y cultural) de los pueblos indígenas. Héctor Díaz Polanco hace énfasis en la necesidad de que la legislación y políticas en la materia sean concebidas y diseñadas por los pueblos indígenas; en caso contrario sería la "negación rotunda de que éstos tengan algo que opinar sobre sus propios asuntos".¹⁰ Como parte de este proceso de inclusión y reconocimiento, se requiere el cambio de paradigma cultural vigente en la sociedad occidental.

Así, en la construcción de iniciativas en materia indígena y en su negociación se debe considerar que muchas de las ideas establecidas en el texto pueden tener para las partes un sentido diverso. Esta discrepancia proviene, ante todo, de las diferencias culturales que pueden existir entre las partes negociantes, lo cual puede significar que cada una de ellas tenga una concepción diversa de las cosas objeto de negociación y, por lo mismo, de las expresiones utilizadas para darles forma jurídica.¹¹ Este aspecto debe tomarse en cuenta para elaborar una legislación integral fundamentada en la pluriculturalidad y la diversidad de los pueblos indígenas; se debe evitar, en todo momento, generar una legislación asistencialista que los excluya y les niegue su carácter como sujetos de derechos.

⁸ Programa General de Desarrollo del Distrito Federal, disponible en <http://www.icyt.df.gob.mx/documentos/variados/ProgGralDesarrollo_0712.pdf>, consulta: 3 de septiembre de 2013.

⁹ H. Díaz-Polanco, *Autonomía regional. La autodeterminación de los pueblos indios*, México, Siglo XXI Editores, 1991, p. 201.

¹⁰ H. Díaz-Polanco, "Derechos indígenas y autonomía", en *Crítica Jurídica*, núm. 11, México, 1992, pp. 43 y 44.

¹¹ José Roldán Xopa, *Derechos y cultura indígena. Los dilemas del debate jurídico*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1998, pp. 8 y 9.

En este sentido, se requiere consolidar su proceso de empoderamiento como grupos con identidades propias.

Éste es un requisito fundamental, sustento del reconocimiento de los derechos colectivos, los cuales no vienen a contraponerse a los derechos individuales sino a complementarlos, e incluso a asegurar que tales derechos o garantías puedan ejercerse apropiadamente. No es que lo colectivo sólo pueda justificarse desde lo individual, sino que ambos planos de la condición humana —en la medida que sigamos distinguiéndolos— deben reforzarse mutuamente.¹²

La elaboración de una ley indígena para el Distrito Federal tiene también el reto de reconocer a los pueblos indígenas que habitan en la Ciudad de México como sujeto de derecho público. Alan Arias sostiene que ser sujeto de derecho público colocaría a las comunidades en un estatus de competencia con otras entidades estatales, como el gobierno federal, el estatal y el municipal. Ubicarlas como entidades de interés público las condena a un estatus submunicipal y las sujeta a ordenamientos administrativos.¹³ Sobre este particular, hay que señalar que la Constitución mexicana delega al legislativo local la potestad de regular el reconocimiento de "las comunidades indígenas como entidades de interés público".

Aunado a su reconocimiento como sujetos de derecho público, en un Estado pluricultural como el mexicano, una ley indígena para el Distrito Federal se debe construir en la diversidad y reconocer, plenamente y sin "matices", los derechos de estos pueblos, su forma de organización, vida y cultura bajo un esquema respetuoso de los derechos de todas y todos.

Lo anterior conlleva a que dicha ley debe reconocer el derecho a la autonomía, entendida ésta como la capacidad de ciertos grupos sociales que forman parte de una nación (y que pueden ser una comunidad o un pueblo) para ejercer una forma limitada de soberanía dentro de esa misma nación. En la práctica, la autonomía implica, entre otros aspectos, que un grupo pueda decidir sus asuntos políticos internos, manejar su educación en su propia lengua y controlar y participar de asuntos que les atañen en el ámbito de territorio, recursos naturales y medio ambiente.

A este respecto, Díaz-Polanco sostiene que "el proceso de construcción autonómica no [se] puede realizar sino desde abajo, en la entraña de los propios pue-

¹² H. Díaz-Polanco, "Descontento indígena, justicia y autonomía", *Trabajo Social*, UNAM, julio 2005, p. 11.

¹³ Alan Arias, *EZLN. Violencia, derechos culturales y democracia*, México, Comisión Nacional de los derechos humanos, 2003, pp. 159-186.

blos [pero el] reconocimiento jurídico que da sustento legal a dicho proceso [es externo].¹⁴ Ésta es labor pendiente de los Poderes legislativos.

Así, a lo largo del siglo XX diversos países del mundo han otorgado diferentes grados de autonomía a pueblos que son diferentes (cultural o lingüísticamente) de la mayoría de su población. La autonomía ha permitido que estos pueblos tengan una mayor capacidad de decisión sobre su propio destino y puedan defender su lengua y su cultura sin tener que separarse de la nación a la que pertenecen.¹⁵

Entonces, el derecho al autogobierno se fundamenta en la caracterización de un Estado cultural y socialmente diverso, que se constituye por más de un pueblo. La existencia de este tipo de representación reduce la amenaza de ruptura, pues conecta a la comunidad autogobernada con el resto de la federación. Rechazar, pues, el derecho de autogobierno implicaría que la cultura mayoritaria se está imponiendo sobre las otras.¹⁶

Vinculado al autogobierno y al reconocimiento jurídico de los pueblos indígenas, también se debe visualizar que existe el derecho indígena entendido como "el conjunto de normas que tienen eficacia en comunidades que han sobrevivido a la opresión del Estado moderno; es un fenómeno que los sociólogos del derecho denominan pluralismo jurídico, es decir, un caso en que coexisten dos o más sistemas normativos en un mismo territorio".¹⁷ Así, el pluralismo jurídico es el "fenómeno de coexistencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a sistemas normativos distintos".¹⁸

Aunado a lo ya señalado, una ley indígena desde la doctrina debe considerar la diferencia entre tierras y territorio como el marco geográfico de ejercicio de derechos. Así, el término tierras

...sean ejidales, comunales, públicas o privadas, se refieren a un estatus de propiedad. Un territorio en cambio se define por su delimitación espacial, jurídica y política. Los pueblos al reivindicar el control territorial, y no únicamente la propiedad de tierras individuales, reivindican la integridad de sus comunidades y el ejercicio autónomo sobre los aspectos sociales, económicos, políticos y culturales de ese territorio.¹⁹

¹⁴ H. Díaz-Polanco, "Caracoles: la autonomía zapatista", *El Cotidiano, Revista de la Realidad Mexicana Actual*, año 21, Universidad Autónoma Metropolitana Azcapotzalco, junio-junio 2006, p. 47.

¹⁵ Federico Navarrete Linares, *Los pueblos indígenas de México. Pueblos indígenas del México contemporáneo*, México, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2008, pp. 130-131.

¹⁶ Cfr. S. Tamayo, "Entre la ciudadanía...", en *op. cit.*, p. 21.

¹⁷ Oscar Correas, *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*, México, Fontamara, 2003, p. 11.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ A. Arias, *EZLN. Violencia, derechos culturales...*, pp. 159-186.

A nivel constitucional se utiliza el término "tierra".

Para que una ley indígena para el Distrito Federal tenga la legitimidad y legalidad en su implementación debe gozar del respaldo, representatividad y reconocimiento de los pueblos indígenas y originarios que conforman esta metrópoli; es decir, debe evitar que sean los propios pueblos quienes la cuestionen, como ocurrió en las reformas constitucionales en materia de derechos y cultura indígena llevadas a cabo en 2001, ya que si bien dicha reforma fue declarada procedente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, su legitimidad quedó en entredicho ya que más de 300 municipios indígenas presentaron controversias constitucionales contra ella.²⁰

La inconformidad de los pueblos indígenas se basó en el alejamiento gubernamental de los Acuerdos de San Andrés. Efectivamente, en las normas constitucionales en materia indígena puede verse el rezago o timidez con que el Poder Legislativo federal abordó la temática indígena, sobre todo en comparación con otras Constituciones de nuestro continente, como las de Bolivia y Ecuador, y más aún frente a los tratados internacionales ratificados por México, que con la reforma publicada el 10 de junio de 2011 –bajo la luz del principio pro persona– han adquirido una renovada fuerza como parte del derecho mexicano.

Se podría pensar que es necesario contar con un marco constitucional más consistente en materia de derechos indígenas, ya que las disposiciones constitucionales contenidas en el artículo 2o. cobijan precariamente el reconocimiento y limitan el ejercicio de los derechos individuales y colectivos. Sin embargo, dicha reforma es innecesaria si se implementa plenamente el principio pro persona en la interpretación de los derechos individuales y colectivos contenido tanto en tratados internacionales como en la Constitución; es decir, nuestra Constitución se actualiza con el contenido de los tratados internacionales. No se profundizará en este aspecto ya que es propio de un estudio específico y excede los objetivos de este trabajo.

²⁰ Contra la reforma constitucional en materia indígena se promovieron 339 controversias constitucionales (interpuestas por municipios predominantemente indígenas), 18 juicios de amparo (comunidades indígenas) y diversas acciones de inconstitucionalidad (fracciones parlamentarias de legislaturas). Cfr. Guadalupe Espinoza Saucedo *et al.*, *Los pueblos indígenas ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Centro de Orientación y Asesoría a Pueblos/Convergencia Socialista/Comisión Independiente de Derechos Humanos de Morelos, 2002, p. 25 y José Alberto González Galván, "La Corte y los indígenas", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, disponible en <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/107/el/el10.htm>>, consulta: 7 de julio 2012. Véase también la tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: *Reforma constitucional en materia de derechos de los indígenas. Carece de interés jurídico una comunidad indígena para reclamar en juicio de amparo el proceso relativo. Novena Época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, xvi, noviembre de 2002, p. 455, tesis 2a. CXLI/2002.

En otro orden, es necesario combatir la persistente situación de invisibilidad, la ausencia de categorías e indicadores operativos que permitan la adecuada vigencia de los derechos de las personas y de los pueblos indígenas, los patrones de inequidad en el acceso diferencial a los bienes sociales y la persistencia de contextos de exclusión. Dicho de manera descriptiva, persiste el silencio estadístico que invisibiliza a estas poblaciones lo cual impide analizarla en sí misma y en comparación con la población no indígena.²¹ Éste es otro reto a superar.

Frente a la regulación internacional en materia indígena y la todavía escasa recepción de los criterios internacionales en el derecho interno mexicano resalta la importancia de la armonización legislativa, la cual se debe producir cuando el orden jurídico no contempla los derechos que los instrumentos internacionales prevén o si su estándar de protección es menor a lo que aquéllos establecen. Ello al margen de la aplicación irrestricta del principio pro persona.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha precisado que los derechos contenidos en el artículo 2o., son derechos mínimos que deben ser respetados para garantizar su efectividad, pero que pueden ser ampliados por el legislador ordinario, ya sea federal o local.²² Con base en este criterio, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal podría ampliar el catálogo de derechos de los pueblos y comunidades indígenas, contenido en el artículo 2o. constitucional, atendiendo al principio pro persona y los compromisos internacionales contraídos por México, teniendo como sustento la reforma constitucional en materia de derechos humanos que abrió paso a la interpretación de los derechos constitucionales conforme a los tratados.

Además de lo anterior, el Poder Legislativo del Distrito Federal debe atender los criterios establecidos por la jurisdicción internacional, en particular por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²³ En concreto, la Corte ha señalado que en el régimen de las reparaciones en materia indígena existe un concepto de muy amplio alcance; entre ellas, el suministro de bienes y servicios básicos a las víctimas

²¹ Los derechos de los pueblos indígenas en un proceso de cambio de la naturaleza de la nación y del Estado. Una aproximación desde el caso de Bolivia, *Investigación de mejores prácticas de aplicación de los principios del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*, Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social, Programa para Promover el Convenio 169 OIT, 2009, p. 9.

²² Derechos de los indígenas. Los establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos pueden ser ampliados por las legislaturas locales dentro del marco de aquélla. Novena Época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, xvi, noviembre de 2002, p. 446, tesis 2a. CXXXIX/2002, tesis aislada.

²³ Cfr. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni* (Nicaragua). Sentencia del 31 de agosto de 2001, párr. 148; Cfr. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya* (Paraguay). Sentencia del 29 de marzo de 2006, párrs. 176-178.

de violaciones,²⁴ restitución de tierras ancestrales, procedimientos idóneos para la protección de derechos de indígenas respecto a las tierras que sus comunidades reclaman²⁵ y adecuación de normas a la Convención y al derecho consuetudinario indígena.²⁶

Así también, la Corte Interamericana ha reconocido que los derechos individuales surgen, a menudo, en el marco de derechos colectivos, concernientes a la comunidad en su conjunto. De esta circunstancia se desprende la necesidad de adoptar ciertas medidas especiales, entre ellas el reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, a fin de garantizar efectivamente el ejercicio pleno de los derechos de los individuos.²⁷ Estos aspectos son importantes a fin de lograr la adecuada armonización de los compromisos internacionales contraídos por nuestro país y hacerlos efectivos en el ámbito del Distrito Federal.

Sería complejo hablar de conclusiones en un tema como el que nos ha ocupado. Sólo estimamos necesario reiterar que para que una ley indígena en el Distrito Federal tenga legitimidad y legalidad debe gozar del respaldo y reconocimiento de los pueblos indígenas y originarios que conforman esta metrópoli.

Es fundamental trabajar y reconocer los derechos de autoadscripción o conciencia de identidad, libre determinación o autonomía, participación, consulta y consentimiento, igualdad y no discriminación, personalidad jurídica, sistemas normativos, autoridades y representantes, tradiciones y costumbres, territorio, recursos naturales, medio ambiente, formas de organización social, acceso a la jurisdicción del Estado, educación bilingüe e intercultural, salud, empleo y capacitación, vivienda, derecho a no ser desplazado, patrimonio cultural, medio de información, lengua, propiedad intelectual, entre otros.

En suma, una ley en la materia para el Distrito Federal debe satisfacer, entre otros, los siguientes requisitos: reconocer derechos colectivos a fin de fortalecer el ejercicio de derechos individuales; contar con el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas; visualizar sujetos de derecho y no generar normatividad asistencial; reconocer a los pueblos indígenas como sujetos de derechos y no como objetos de políticas públicas;²⁸ asegurar que, como parte de sus dere-

²⁴ Cfr. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa* (Paraguay). Sentencia del 17 de junio de 2005, párrs. 219-221.

²⁵ Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (Paraguay). Sentencia del 17 de junio de 2005, párrs. 102-103 y 215-217; *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya* (Paraguay). Sentencia del 29 de marzo de 2006, párr. 135.

²⁶ *Caso Comunidad Mayagna* (Nicaragua). Sentencia del 31 de agosto de 2001, párr. 164.

²⁷ *Caso del Pueblo Saramaka*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 86 y 174.

²⁸ *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas*. Los derechos humanos y las cuestiones indígenas. Febrero de 2006. <http://

chos ciudadanos, los pueblos indígenas participen democráticamente en los procesos políticos y en los asuntos del Estado; fortalecer la libre determinación, autonomía, territorio, participación y representación política, administración y procuración de justicia, derechos colectivos y derechos de la mujer.

Es necesario transversalizar la perspectiva de derechos humanos en esta posible y urgente legislación que genere tolerancia, reconocimiento y diálogo que permitan hacer realidad el Estado de derecho en el Distrito Federal. Pero también se debe buscar que en todos los momentos de la producción legislativa exista la participación y voz de personas indígenas, de los pueblos indígenas u originarios. Se busca una legislación que mejore la situación de este grupo de personas y no que la perjudique.

La implementación de la observación general número 21 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales tendrá una mayor incidencia en la medida en que se realice una legislación de derechos y cultura indígena en la Ciudad de México que contemple la cosmovisión indígena y genere la participación activa en la toma de decisiones de las personas indígenas, para que ellas opinen determinantemente sobre sus propios asuntos. Las decisiones deben tomarse de común acuerdo y bajo el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos originarios y comunidades indígenas. Es necesario legislar con y para los pueblos indígenas desde los derechos humanos; será la única manera en la que se pueda transitar firmemente desde la ley hacia la realidad.

COLABORADORES

Martín G. Álvarez

Licenciado en Sociología por la Universidad de Guadalajara, con especialidad en Sociología de la Comunicación; exinvestigador del Consejo Consultivo del Seguridad Ciudadana de Guadalajara; colaborador de la agencia de desarrollo local CAMPO A.C. y dictaminador del Programa de Coinversión Social de Indesol, Delegación Jalisco. Exasesor de la Presidencia de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

Liliana Aquino Dehesa

Licenciada en Sociología por la Universidad Veracruzana. Cuenta con estudios y es tesista del posgrado en Antropología Social por la Universidad Iberoamericana; además estudió los cursos de especialización en Derechos Humanos impartidos por American University College of Law y el Netherlands Institute of Human Rights. Exasesora de la Presidencia de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

Leandro Eduardo Astrain Bañuelos

Maestro en Ciencias Jurídico Penales y doctorante en el programa de Doctorado Interinstitucional de Derecho, en el cual colaboran las universidades: Autónoma de Aguascalientes, de Colima, de Guanajuato, Michoacana de San Nicolás de Hidalgo y de Nayarit.

César Barros Leal

Procurador del estado de Ceará (Brasil); doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México; posdoctor en Estudios Latinoamericanos (Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM); posdoctor en Derecho por la Universidad Federal de Santa Catarina; presidente del Instituto Brasileño de Derechos Humanos; miembro de la Junta Directiva del Instituto Interamericano de Derechos Humanos; profesor jubilado de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Ceará.

Jorge Calderón Gamboa

Abogado coordinador Senior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; director del Proyecto Corte Verde; profesor en Derechos Humanos de la Universidad de Costa Rica; licenciado en Derecho por la Universidad Iberoamericana, México; Maestría (LL.M.) en International Legal Studies, American University, Washington Collage of Law; exfuncionario de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

Jorge Ulises Carmona Tinoco

Licenciado, maestro y doctor en Derecho por la UNAM; Master of Laws por la Universidad de Essex, Inglaterra; Especialista en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante, España; catedrático, desde hace una década, en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM; investigador titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; investigador nacional nivel II por el Conacyt. Defensor de los derechos universitarios de la UNAM.

Enrique Carpizo

Profesor de Amparo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México e investigador visitante en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Máxima Casa de Estudios. Correo electrónico: <e_carpizo@yahoo.com.mx>.

Edgar Gómez Jaimes

Estudios de licenciatura en Derecho de la Facultad de Derecho de la UNAM. Investigador-asistente en el área de investigación en el Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe). Es miembro fundador del Centro de Estudios sobre Derecho Ambiental Mexicano, A. C. (CEDAM). Participante del equipo representativo de la Facultad de Derecho de la UNAM en la cuarta edición (2005) y quinta edición (2006) de la competencia internacional "Víctor Carlos García Moreno, Procedimiento ante la Corte Penal Internacional".

Luis González Placencia

Doctor en Ciencias Penales con mención honorífica en el Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe), y el Master in Law (LL.M.), con especialidad en Sociología del Derecho, con distinción *Magna Cum Laude Aprobatur*, en el Instituto Interamericano de Sociología Jurídica. Licenciado en Psicología por la UNAM. Ha sido profesor e investigador de tiempo completo en el Inacipe y en la Universidad Autónoma Metropolitana. Fue investigador titular en el Instituto de la Judicatura Federal, donde además dirigió el posgrado. Desde 2004 es profesor-investigador asociado en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Políticas de la Universidad Autónoma de Tlaxcala. Expresidente de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF).

Daniela G. Griego Ceballos

Licenciada en Sociología por la Universidad Veracruzana. Integrante de la coordinación estatal del Movimiento Agrario Indígena Zapatista MAIZ-Veracruz. Temas de especialización: legislación agraria y tenencia de la tierra, construcción de ciudadanía y participación ciudadana, organización comunitaria, democracia electoral.

Luis Felipe Guerrero Agripino

Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Profesor titular del Departamento de Derecho de la División de Derecho, Política y Gobierno del Campus Guanajuato de la Universidad de Guanajuato, México. Rector del Campus Guanajuato, Universidad de Guanajuato, México. Investigador nacional nivel II del Sistema Nacional de Investigadores de Conacyt.

Laura Henríquez Maldonado

Abogada feminista. Maestra en Género y Derecho. Políticas contra la Desigualdad por la Universidad Autónoma de Barcelona. Estudió la Licenciatura en Derecho en la Universidad la Salle, A.C. En la administración pública federal, ha sido subdirectora de la Comisión Nacional de la Mujer y del Instituto Nacional de las Mujeres, y en el Poder Legislativo se ha desempeñado como asesora de la Comisión de Equidad y Género; secretaria técnica de la Comisión Especial de la Niñez, Adolescencia y Familias, e investigadora A por oposición del Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y la Equidad y Género; actualmente es parte del equipo técnico de la Comisión de igualdad de Género de la Cámara de Diputados.

Julio César Kala

Doctor en Ciencias Penales con especialidad en Criminología por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe); estancia doctoral y posdoctoral en el Instituto Max-Planck para Derecho Penal Extranjero, Friburgo, Alemania. Profesor del

Departamento de Derecho, Universidad de Guanajuato. Secretario técnico del Doctorado Interinstitucional de Derecho de la Región Centro Occidente de la ANUIES. Investigador nacional nivel I del Sistema Nacional de Investigadores de Conacyt. Áreas de interés: seguridad pública, teoría de la pena, criminología, estadística criminal y metodología de la investigación.

María Edith López Hernández

Abogada feminista, egresada de la UNAM, integrante del equipo para el litigio en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, *Caso González y otras "Campo Algodonero" contra México*. Consultora en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Derechos Humanos de las Mujeres y Perspectiva de Género. Asesora jurídica para el Instituto de las Mujeres del Distrito Federal y el Senado de la República.

Julieta Morales Sánchez

Investigadora del Programa Universitario de Derechos Humanos de la UNAM. Profesora de la Facultad de Derecho de la UNAM. Maestra y doctora en Derecho con Mención Honorífica por esta misma Facultad. Cuenta con el Certificado de Estudios Avanzados de Doctorado en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha y con el título de Especialista en Derechos Humanos por esta misma universidad. Investigadora nacional nivel I del Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt. Entre sus obras se encuentra *La reforma constitucional de derechos humanos 2009-2011*, 3a. ed., 2013, escrita con el doctor Sergio García Ramírez.

Héctor Olásolo Alonso

Catedrático de Derecho Penal Internacional y Derecho Procesal Internacional en la Universidad de Utrecht (Instituto Willem Pompe de Derecho Penal y Criminología). Letrado de Sala de la Corte Penal Internacional (2004-2010). Miembro de la Asesoría Jurídica y de la Sección de Apelaciones de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (2002-2004). Doctor en Derecho Procesal por la Universidad de Salamanca. Maestro en Derecho por la Universidad de Columbia.

Ángel Pérez Silva

Licenciado en Psicología por la Universidad Veracruzana; maestro en Sociología por la Universidad Iberoamericana, doctorante en Historia y Estudios Regionales del Instituto de Investigaciones Históricas Sociales de la Universidad Veracruzana. Temas de especialización: transparencia y rendición de cuentas, política agropecuaria y desarrollo rural, movimiento social y derechos de los pueblos indí-

genas, políticas públicas para el combate a la pobreza. Coordinador estatal del Movimiento Agrario Indígena Zapatista MAIZ-Veracruz.

Juan de Dios Ramírez Márquez

Licenciado en Derecho, con estudios de maestría por la Universidad de Guanajuato; maestro en Derecho por la Universidad Iberoamericana, y alumno del Doctorado Interinstitucional en Derecho; es defensor de oficio en materia penal de la Secretaría de Gobierno del Estado de Guanajuato.

Teresita Rendón Huerta Barrera

Doctora en Derecho por la UNAM. Profesora-investigadora y actualmente directora de la División de Derecho Política y Gobierno, Campus Guanajuato de la Universidad de Guanajuato, México. Es autora de *Derecho municipal*, México, Porrúa, 2007 y *Ética del juzgador*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Perfil Promep, del Programa de Mejoramiento del Profesorado de la Secretaría de Educación Pública de México. Perteneciente al Sistema Nacional de Investigadores (SNI) nivel I. Miembro de la Red de Investigadores en Gobiernos Locales de México (IGLOM). Correo electrónico: <doctorarendon@hotmail.com>.

Fátima Rostro Hernández

Maestra en Derecho Constitucional y Administrativo por la Universidad de La Salle Bajío, y doctorante en Derecho en el Programa Interinstitucional de las Universidades de la Región Centro Occidente de ANUIES. Profesora en posgrado de la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato, y es miembro fundador de la Red Estatal de Profesoras y Profesores en Derechos Humanos, Guanajuato.

Ricardo J. Sepúlveda I.

Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Panamericana, licenciado por la Escuela Libre de Derecho y especialista en Derechos Humanos por la Universidad de Nottingham en Inglaterra. Es director general de Política Pública de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación y profesor de la Escuela Libre de Derecho. Investigador nacional nivel I del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt).

Estela Serret

Doctora en Filosofía por la Universidad Nacional de Educación a Distancia, UNED, de Madrid, España. Profesora investigadora del Departamento de Sociología de la Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco y directora de ConGenia (Centro de Educación y Docencia en Estudios Feministas). Es investigadora nacio-

nal nivel II; especialista en teoría política feminista e identidades de género. Entre sus publicaciones recientes se cuentan *Democracia y ciudadanía. Perspectivas críticas feministas*, Fontamara, 2012 y el artículo "Ciudadanía de las mujeres y cultura política en México", en López y Tamayo (coords.), *Cultura (y) política*, UAM-A, 2013.

Jesús Soriano Flores

Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad Iberoamericana y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y doctorante en Derecho en el Programa Interinstitucional de las Universidades de la Región Centro Occidente de anuies. Profesor-investigador del Departamento de Derecho de la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato con perfil deseable Promep, y profesor invitado del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica de Nicaragua. Es miembro fundador de la Red Estatal de Profesoras y Profesores en Derechos Humanos, Guanajuato, y fue coordinador del Centro Estatal de Derechos Humanos. Miembro del Cuerpo Académico "Ciencia Penal, Estado de Derecho y Derechos Humanos".

María Eugenia Suárez de Garay

Comunicóloga, maestra en Antropología Aplicada y doctora en Antropología Social y Cultural por la Universidad Autónoma de Barcelona. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Profesora-investigadora de la Universidad de Guadalajara y actualmente directora de la Oficina de Investigación y Reforma Policial del Instituto para la Seguridad y la Democracia, A.C. (Insyde). Entre sus más recientes publicaciones: *Justiciabarómetro: Estudio de la policía municipal preventiva de la Zona Metropolitana de Guadalajara*; y *Crimen, castigo y género* (coord.), <maeugenia_suarez@insyde.org.mx>.

Manuel Vidaurri Aréchiga

Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla. Profesor-investigador titular del Departamento de Derecho de la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato. Perteneció al Sistema Nacional de Investigadores (nivel II) y cuenta con perfil deseable Promep. Perteneció, entre otras asociaciones, a la Academia Mexicana de Ciencias Penales, Sociedad Mexicana de Criminología y es miembro fundador de la Red Estatal de Profesoras y Profesores en Derechos Humanos, Guanajuato. Fue procurador de los Derechos Humanos en el estado de Guanajuato, y es miembro del Cuerpo Académico "Ciencia Penal, Estado de Derecho y Derechos Humanos".

ÍNDICE

Introducción.....	7
-------------------	---

I

INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

La interpretación viciada de los conceptos jurídicos indeterminados.	15
<i>Teresita Rendón Huerta Barrera</i>	
La aplicación judicial de los derechos humanos de fuente internacional (algunos de sus problemas, retos y propuestas de solución)	31
<i>Jorge Ulises Carmona Tinoco</i>	
El control constitucional y el convencional frente a la actividad protectora de los derechos humanos	69
<i>Enrique Carpizo</i>	

II

SEGURIDAD, MILITARIZACIÓN Y COMBATE A LA DELINCUENCIA: ¿LOS DERECHOS HUMANOS EN RIESGO?

La falacia de una política de seguridad al margen de los derechos humanos	127
<i>Ricardo J. Sepúlveda I</i>	

El papel de la sociedad civil en el paradigma de la seguridad ciudadana.	145
<i>Martín G. Álvarez</i>	
Violencia, decadencia y tragedia institucional. Desdoblamiento elasticidad y trama relacional en las subjetividades policiales.	155
<i>María Eugenia Suárez de Garay</i>	
III	
POLÍTICA CRIMINAL, JUSTICIA RESTAURATIVA Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL	
Política criminal, administración de justicia y derechos humanos.	169
<i>Manuel Vidaurri Aréchiga</i>	
<i>Fátima Rostro Hernández</i>	
<i>José Jesús Soriano Flores</i>	
Algunas consideraciones en torno a un programa penal.	185
<i>Julio César Kala</i>	
<i>Juan de Dios Ramírez Márquez</i>	
El arraigo y su control de convencionalidad en México.	201
<i>Luis Felipe Guerrero Agripino</i>	
<i>Leandro Eduardo Astrain Bañuelos</i>	
La justicia restaurativa: una visión global y su aplicación en las cárceles.	217
<i>César Barros Leal</i>	
Jurisdicción universal y su relación con el derecho penal internacional: un acercamiento desde una perspectiva garantista.	227
<i>Edgar Gómez Jaimes</i>	
La aplicación del concepto de autoría mediata por vía de aparatos organizados de poder por los tribunales penales internacionales: desde el caso Stakic hasta el caso Omar al Bashir.	243
<i>Héctor Olásolo Alonso</i>	

IV	
PERSPECTIVA DE GÉNERO Y DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES	
Libertad contra identidad. Algunas precisiones sobre los derechos de las mujeres.	267
<i>Estela Serret</i>	
Progresividad de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en México: reacción desde los congresos estatales a la sentencia de la Suprema Corte en materia de interrupción legal del embarazo.	281
<i>Laura Henríquez Maldonado</i>	
La sentencia <i>Caso Campo Algodonero</i> : un instrumento para el combate del feminicidio en México y América Latina.	297
<i>María Edith López Hernández</i>	
V	
DERECHOS COLECTIVOS	
Pueblos indígenas y medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un desafío verde.	321
<i>Por Jorge Calderón Gamboa</i>	
El derecho al territorio de los pueblos indígenas.	349
<i>Daniela G. Griego Ceballos</i>	
<i>Ángel Pérez Silva</i>	
Ley de Derechos y Cultura Indígena para el Distrito Federal: la construcción de la inclusión.	363
<i>Liliana Aquino Dehesa</i>	
<i>Luis González Placencia</i>	
<i>Julieta Morales Sánchez</i>	
Colaboradores.	373

*Esta obra se imprimió bajo el cuidado de Ediciones Coyoacán, S. A. de C. V.,
Av. Hidalgo No. 47-B, Colonia Del Carmen, Deleg. Coyoacán, 04100,
México D. F., en mayo de 2014
El tiraje fue de 1000 ejemplares más sobrantes para reposición.*